



**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

**Facultad de Derecho**

**Área de Investigación**

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

*Tutela cautelar administrativa como un mecanismo para la incorporación  
de la gestión del riesgo en la planificación urbana*

**Santiago Jiménez Sanabria**

**B33594**

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio Brenes

San Pedro de Montes de Oca

2019



31 de octubre de 2019  
**FD-3484-2019**

Dr. Alfredo Chirino Sánchez  
Decano  
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del estudiante: Santiago Jiménez Sanabria, carné B33594, denominado: "Tutela cautelar administrativa como un mecanismo para la incorporación de la gestión del riesgo en la planificación urbana" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA"**.

**Tribunal Examinador**

<b>Informante</b>	Dr. Carlos Eduardo Peralta Montero
<b>Presidente</b>	Dr. Rafael González Ballar
<b>Secretario</b>	Dr. Luis Diego Brenes Villalobos
<b>Miembro</b>	Dra. Ariana Macaya Lizano
<b>Miembro</b>	MSc. Carlos Picado Rojas

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **20 de noviembre del 2019**, a las 6:00 p.m. en el cuarto piso de la Facultad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras  
Director



RSP/lcv  
Cc: arch. Expediente

Nuestra *salud mental* importa

Recepción  
Tel.: 2511-4032  
[recepcion.fd@ucr.ac.cr](mailto:recepcion.fd@ucr.ac.cr)

Consultorios Jurídicos  
Tel.: 2511-1521  
[accionsocial.fd@ucr.ac.cr](mailto:accionsocial.fd@ucr.ac.cr)

Casa de Justicia  
Tel.: 2511-1558  
[administrativacasajusticia.fd@ucr.ac.cr](mailto:administrativacasajusticia.fd@ucr.ac.cr)

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio Brenes,  
28 de octubre del 2019

Señor  
Dr. Ricardo Salas Porras  
Director del Área de Investigación  
Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Por medio de la presente informo, en mi condición de Director de Tesis, que he leído y revisado el Trabajo Final de Graduación del estudiante Santiago Jiménez Sanabria, con carné universitario No. B33594, titulado *Tutela cautelar administrativa como un mecanismo para la incorporación de la gestión del riesgo en la planificación urbana*, al cual le otorgo mi aprobación.

Se trata de un trabajo de investigación con sólidas bases epistemológicas, adecuada metodología, marcado contenido crítico y redacción clara y propositiva. Tiene una perspectiva de pensamiento complejo, de carácter transdisciplinario. Esas características hacen que la tesis sea un producto de enorme relevancia para incentivar nuevas investigaciones en la materia. Aunado a ello, constituye un valioso insumo, teórico y práctico, tanto para la comunidad académica como para la elaboración de políticas públicas.

Por las razones apuntadas, el Trabajo Final de Graduación cumple de manera satisfactoria con todos los requisitos de forma y fondo para su defensa oral y pública en nuestra Unidad Académica.

Sin otro asunto por el momento, se despide cordialmente,



Dr. Carlos Eduardo Peralta Montero  
Director de Tesis

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 29 de octubre del 2019

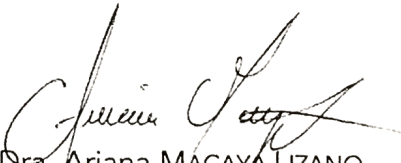
Dr. Ricardo SALAS PORRAS  
Director  
Área de Investigación  
Facultad de Derecho

Estimado señor Director:

En mi condición de lectora del Trabajo Final de Graduación del egresado de nuestra Facultad, Santiago JIMÉNEZ SANABRIA, carnet B33594, titulado "Tutela cautelar administrativa como un mecanismo para la incorporación de la gestión del riesgo en la planificación urbana", me presento ante usted para comunicarle que el mencionado trabajo de graduación cumple con los requisitos de fondo y forma exigidos por la normativa universitaria para una investigación de esta naturaleza.

Se trata de un trabajo sobre un tema novedoso, con un enfoque transdisciplinario. Se evidencia a lo largo del trabajo un gran rigor en la investigación y una voluntad de hacer un aporte concreto de una manera clara y concisa. Por estas razones, doy mi aprobación para que el egresado continúe con los trámites correspondientes.

Respetuosamente,



Dra. Ariana MACAYA LIZANO



Ciudad Universitaria Rodrigo Facio Brenes, 9 de octubre de 2019

Señor  
Dr. Ricardo Salas Porras  
Director del Área de Investigación  
Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

Estimado Director:

Me es grato informar que en mi calidad de lector de la investigación del estudiante Santiago Jiménez Sanabria, carné universitario n.º B33594, he impartido mi aprobación al Trabajo Final de Graduación titulado "Tutela cautelar administrativa como un mecanismo para la incorporación de la gestión del riesgo en la planificación urbana".

La investigación no solo supera los requisitos formales y de fondo que demanda la normativa universitaria para su defensa oral y pública, sino que además muestra una importante rigurosidad metodológica. Resulta destacable el análisis interdisciplinario y comparado del trabajo, aspectos que enriquecen el debate y profundidad del estudio.

Sin reserva alguna, mucho agradezco que se realicen los trámites administrativos correspondientes a fin de que el estudiante Jiménez Sanabria concrete la presentación de su trabajo ante el Tribunal Examinador correspondiente.

Atentamente,



Dr. Luis Diego Brenes Villalobos  
Lector

Cartago, 19 de octubre del 2019

Universidad de Costa Rica  
Facultad de Derecho  
Área de Investigación

Estimados señores:

Por este medio yo, Licda. Beatriz Ramírez Montero, mayor, filóloga de profesión, incorporada al Colegio de Licenciados y Profesores con el número de carné 012143, domiciliada en el Carmen de Cartago, portadora de la cédula de identidad 30255 0316, hago constar:

1. Que he revisado el Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, que lleva como título *Tutela cautelar administrativa como un mecanismo para la incorporación de la gestión del riesgo en la planificación urbana*.
2. Que la tesis para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho es presentada por el sustentante Santiago Jiménez Sanabria (B33594).
3. Que al trabajo se le ha hecho las correcciones en acentuación, ortografía, puntuación, concordancia gramatical y otras pertinentes del campo filológico, por ello doy fe de que se encuentra listo para ser presentado.

En espera de que mi participación satisfaga los requerimientos de la Universidad de Costa Rica, se suscribe atentamente



**Licda. Beatriz Ramírez Montero**  
**Carné No. 012143**  
**Filóloga**

## DEDICATORIA

A Dios Padre

*¡Alabado sea por siempre el nombre de Dios! Suyos son la sabiduría y el poder. Él cambia los tiempos y las épocas, pone y depone reyes. A los sabios da sabiduría y a los inteligentes discernimiento. Él revela lo profundo y lo escondido, y sabe lo que se oculta en las sombras. ¡En él habita la luz! A ti, Dios de mis padres, te alabo y te doy gracias. Me has dado sabiduría y poder (...). **La Biblia, Libro de Daniel, Capítulo 2, versículos 20-23.***

## **AGRADECIMIENTOS**

A Dios Padre, porque yo escogí el camino, pero Él guía mis pasos (Proverbios 16:9).

A mi familia, con amor a mi mamá y a mi papá, por cuya formación y corrección soy lo que soy. Por haberme capacitado para ser yo mismo. A ambos, por ser garantes materiales de mi carrera profesional. A mi mamá, por inspirar este trabajo. A mi hermano, por ser mi par.

A don Carlos Peralta, a quien le agradezco su orientación y su trato profesional, aún más, por confiar en mi trabajo y atreverse a dirigirlo. Por su amistad y apadrinamiento.

A doña Ariana Macaya y a don Luis Diego Brenes, por su considerada diligencia, su sincera revisión y justa corrección de mi trabajo.

A don Carlos Picado, a quien reconozco su vasta experiencia y conocimiento en el tema de riesgo de desastres en Costa Rica, por su ojo riguroso y científicamente celoso.

A don Rafael González Ballar, por su respetuoso reconocimiento a mi trabajo, pero más aún, por compartir conocimiento y propiciar la discusión de temas poco usuales en el derecho.

A la Universidad de Costa Rica.

*Si Dios no guardare la ciudad, en vano vela la guardia.*

— **Salmo 127:1**

## ÍNDICE GENERAL

Contenido	Página
Dedicatoria	i
Agradecimientos	ii
Epígrafe	iii
<b>Índice general</b>	iv
<b>Índice de diagramas</b>	vii
<b>Índice de cuadros</b>	viii
<b>Tabla de abreviaturas</b>	ix
<b>Resumen</b>	x
<b>Ficha bibliográfica</b>	xii
<b>I.- Introducción</b>	1
A.- Antecedentes y justificación	1
i.- Antecedentes	1
ii.- Justificación	12
B.- Hipótesis	14
C.- Objetivos	14
i.- Objetivo general	14
ii.- Objetivos específicos	14
D.- Metodología	14
<b>II.- Prefacio</b>	18
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>	
Riesgo y gestión del riesgo de desastres	
<b>a.- Riesgo y desastre como fenómenos sociales y jurídicos</b>	26
a.1.- Ontología del riesgo: el riesgo como realidad	27
a.2.- Epistemología del riesgo: el riesgo como valor	33
a.3.- Riesgo y desastre como fenómenos sociales y jurídicos	39
a.3.1. Riesgo como fenómeno social	40
a.3.2.- Desastre como fenómeno social	50
a.4. Riesgo y desastre como fenómenos jurídicos	57
<b>b.- Gestión del riesgo de desastres</b>	72
b.1.- Factores del riesgo	75
b.1.1.- Amenaza	75
b.1.2. Vulnerabilidad	79
b.2. Gobernanza del riesgo	86
b.2.1.- Conocimiento del riesgo o <i>risk knowledge</i>	87



b.2.2.- Percepción del riesgo (risk perception) y comunicación del riesgo (risk communication)	91
b.2.3.- El proceso de gobernanza del riesgo	94
(A) Fase de pre-evaluación	94
(B) Fase de evaluación del riesgo	97
(C) Fase de gestión del riesgo	103
b.2.4.- Particularidades de la gestión del riesgo de desastres	115
(A) Fase de preparación y respuesta	117
(B) Fase de rehabilitación y reconstrucción	119
<b>c.- Institucionalidad y mecanismos jurídicos para la gestión del riesgo de desastres según el esquema de la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo de Costa Rica</b>	121
c.1.- Objeto	122
c.2.- Sujeto	124
c.3.- Modo	131
c.3.1.- Instrumentos jurídicos de actividad ordinaria	133
i.- Política Nacional, Plan Nacional de Gestión del Riesgo, Programas de educación, capacitación y divulgación y Planes de Prevención de Riesgos	133
ii.- Potestad de gestión del riesgo (resoluciones administrativas vinculantes)	139
iii.- Función asesora	147
iv.- Solicitud y ofrecimiento de ayuda internacional	149
c.3.2.- Instrumentos jurídicos de actividad extraordinaria	150
i.- Declaratoria de Emergencia y Plan General de la Emergencia	150
ii.- Unidades Ejecutoras y contratación administrativa por excepción	157
iii.- Expropiaciones, servidumbres, derechos y acciones reales	159
iv.- Potestad de control y fiscalización	160
c.4.- Fin	161
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b> Planificación urbana en Costa Rica	
a.- Aproximación a los conceptos de <i>ordenamiento territorial</i> y <i>planificación urbana</i>	163
b.- Análisis del concepto de <i>planificación</i> según Carlos Matus Romo	177
c.- La planificación urbana en Costa Rica según la Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240	187
c.1.- Esquema legal de la planificación urbana en Costa Rica	192
c.1.1.- Objeto	194
c.1.2.- Sujeto	196
c.1.3.- Modo	197

c.1.4.- Fin	206
d.- Paradigma de la planificación urbana local: proceso o producto	207
e.- El Plan Regulador como proceso y producto	222
e.1.- Conceptualización: El Plan Regulador como proceso y producto	222
e.2.- Contenido del <i>Plan Regulador</i>	231
e.3.- Fundamento constitucional y procedimiento de emisión de <i>Planes Reguladores</i>	233
<b>CAPÍTULO TERCERO</b>	
Articulación de la planificación urbana local y la gestión del riesgo de desastres	
a.- La tutela cautelar en sede administrativa como mecanismo articulador entre la gestión del riesgo de desastres y el instrumento de planificación urbana <i>Plan Regulador</i>	238
a.1.- Tutela cautelar y ejecución del Plan Regulador	245
b.- Aspectos generales de la tutela cautelar en sede administrativa	254
b.1.- Causa de existencia de la tutela cautelar	254
b.2.- La tutela cautelar en sede administrativa como potestad implícita	262
b.3.- Fundamento de la tutela cautelar: objeto, objetivo y fin	270
b.4.- Reconceptualización de la tutela cautelar	277
c.- Sustento constitucional de la tutela cautelar	279
c.1. Tutela cautelar como contenido inherente al poder público constitucionalmente atribuido	279
c.2.- Tutela cautelar como contenido del derecho a una justicia pronta y cumplida o tutela judicial efectiva	283
d.- Características estructurales de las medidas cautelares y su relación con los fenómenos de riesgo	286
d.1. Instrumentalidad	287
d.2. Provisionalidad	293
d.3.- Flexibilidad	296
d.4.- <i>Summaria cognitio</i>	300
e. Presupuestos procedimentales para la procedencia de medidas cautelares: evaluación del riesgo	301
e.1. Riesgo sobre el objeto procesal o <i>periculum in mora</i> : evaluación del riesgo	302
e.2.- Fumus boni iuris o apariencia de buen derecho	308
e.3.- Ponderación de intereses: estimación del riesgo	310
f.- Contenido de las medidas cautelares: gestión del riesgo	321
g.- Revisión de la necesidad de las medidas cautelares: control del riesgo	328
h.- Algunos institutos y principios jurídicos coadyuvantes de la gestión del riesgo aplicables a la tutela cautelar	330
h.1.- Principios preventivo y precautorio	330

h.2.- Discrecionalidad administrativa y principio de proporcionalidad	335
<b>III.- Conclusiones</b>	347
<b>IV.- Bibliografía</b>	357

## ÍNDICE DE DIAGRAMAS

Diagrama	Página
<b>Diagrama No. 1:</b> Riesgo a nivel ontológico y epistemológico	28
<b>Diagrama No. 2:</b> Riesgo como estado transitorio de cambio	30
<b>Diagrama No. 3:</b> Esquema de la conceptualización ontológica y epistemológica del riesgo	38
<b>Diagrama No. 4:</b> Análisis fenomenológico-jurídico del riesgo	70
<b>Diagrama No. 5:</b> Dinámica de la vulnerabilidad	82
<b>Diagrama No. 6:</b> Esquema básico de la cadena de riesgo	88
<b>Diagrama No. 7:</b> Fases del proceso de gobernanza del riesgo	94
<b>Diagrama No. 8:</b> Riesgo aceptable, tolerable e intolerable. Modelo de Semáforo	101
<b>Diagrama No. 9:</b> Proceso de gobernanza del riesgo	114
<b>Diagrama No. 10:</b> Esquema del proceso de gestión del riesgo de desastres	116
<b>Diagrama No. 11:</b> Proceso de gestión del riesgo de desastres (fases de gestión del riesgo + fases de atención de emergencias y de desastres)	120
<b>Diagrama No. 12:</b> Estructura del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo. Instancias de coordinación	126
<b>Diagrama No. 13:</b> Alcances de ejecución de medidas de gestión del riesgo de desastres según relaciones entre instancias de coordinación	128
<b>Diagrama No. 14:</b> Atribución normativa de la potestad de planificación urbana. Distribución orgánica de competencias planificadoras	196
<b>Diagrama No. 15:</b> Niveles de planificación. Correlación forma-espacio.	198
<b>Diagrama No. 16:</b> Esquema del sub-proceso de planificación urbana local. Naturaleza dual del <i>Plan Regulador</i>	210
<b>Diagrama No. 17:</b> Dimensiones binominales del Plan Regulador	229
<b>Diagrama No. 18:</b> Procedimiento para la emisión, modificación y extinción de Planes Reguladores	235
<b>Diagrama No. 19:</b> Procedimiento para la emisión de <i>Planes Reguladores</i> diseñado por el INVU	236
<b>Diagrama No. 20:</b> Comparación del proceso de planificación urbana local y del proceso de gestión del riesgo de desastres	239
<b>Diagrama No. 21:</b> Ciclo del <i>plan-proceso</i> de planificación urbana local articulada con la gestión del riesgo de desastres respecto de ciclo de vigencia del <i>plan-producto</i>	242

## ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro	Página
<b>Cuadro No. 1:</b> Niveles de contenido del riesgo como fenómeno social	45
<b>Cuadro No. 2:</b> Clasificación de amenazas	78
<b>Cuadro No. 3:</b> Tipos o dimensiones de la vulnerabilidad	85
<b>Cuadro No. 4:</b> Componentes de la incertidumbre	89
<b>Cuadro No. 5:</b> Ambigüedad interpretativa y normativa	90
<b>Cuadro No. 6:</b> Componentes de la fase de pre-evaluación	96
<b>Cuadro No. 7:</b> Componentes genéricos de la evaluación del riesgo	98
<b>Cuadro No. 8:</b> Criterios para la evaluación de las opciones de gestión del riesgo	106
<b>Cuadro No. 9:</b> Estrategia de gestión del riesgo según su calificación	109
<b>Cuadro No. 10:</b> Estrategia de gestión según conocimiento del riesgo	111
<b>Cuadro No. 11:</b> Síntesis del contenido de la Ley No. 8488	121
<b>Cuadro No. 12:</b> Comparación de las definiciones legales contenidas en el artículo 4 de la Ley No. 8488 de los conceptos de <i>gestión del riesgo, desastres y emergencia</i>	122
<b>Cuadro No. 13:</b> Instrumentos o mecanismos jurídicos establecidos por la Ley No. 8488 para la gestión del riesgo de desastres	132
<b>Cuadro No. 14:</b> Organización de los instrumentos de planificación estratégica en materia de gestión del riesgo de desastres	134
<b>Cuadro No. 15:</b> Presupuestos existenciales y condiciones modales del objeto regulado por la Ley No. 4240	193
<b>Cuadro No. 16:</b> Síntesis del contenido de la Ley No. 4240	193
<b>Cuadro No. 17:</b> Criterios de distinción entre la planificación normativa y la planificación estratégica. Análisis de la presencia de estos criterios en la Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240	211
<b>Cuadro No. 18:</b> Síntesis del análisis comparativo entre la planificación normativa y estratégica aplicado a la Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240	219
<b>Cuadro No. 19:</b> Tipos de actuaciones públicas derivadas de la fase de implementación del Plan Regulador (plan-producto)	249
<b>Cuadro No. 20:</b> Determinación del efecto jurídico genérico. Estrategias de gestión del riesgo	322
<b>Cuadro No. 21:</b> Medidas de gestión conforme a evaluación derivada de la ponderación de intereses	324
<b>Cuadro No. 22:</b> Criterios para la evaluación de las opciones de gestión del riesgo relacionados con el análisis de la necesidad de la medida	344

## TABLA DE ABREVIATURAS

<b>CNE</b>	Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias
<b>INVU</b>	Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo
<b>IRGC</b>	International Risk Governance Council
<b>PRUGAM</b>	Plan Regional Urbano del Gran Área Metropolitana
<b>UNDRO</b>	United Nations Disaster Relief Organization
<b>UNISDR</b>	Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres

## RESUMEN

**i.- Problema de investigación:** El instrumento de planificación Plan Regulador no reacciona de manera eficaz frente a un espacio que se transforma, debido a la ocurrencia de un desastre provocado por un fenómeno natural, porque no contiene mecanismos idóneos para la incorporación del componente gestión del riesgo en la planificación urbana.

**ii.- Justificación:** La gestión del riesgo de desastres se encuentra en la práctica separada del proceso de planificación urbana o territorial. Proponer una forma de articulación entre esa técnica y ese proceso mediante la tutela cautelar en sede administrativa, contribuiría a explorar si el *Plan Regulador* puede enfrentarse ante una realidad transformada por un desastre y un riesgo de desastre, sin incurrir en ineficacia jurídica por desfase entre norma-realidad, esto es, por incorporar el componente de la gestión del riesgo como un mecanismo para gestionar la realidad transformada por la norma y, no que la norma pétrea pretenda imponerse sobre otra realidad *post-desastre*.

**iii.- Hipótesis:** La tutela cautelar administrativa constituye un medio idóneo, entre otros posibles, para que el *Plan Regulador* reaccione de manera eficaz frente un espacio que se transforma debido a la ocurrencia de un desastre provocado por un fenómeno natural.

**iv.- Objetivo General:** Proponer la tutela cautelar administrativa como un mecanismo idóneo para incorporar la gestión del riesgo en la planificación urbana, de modo que permita al instrumento de planificación *Plan Regulador* reaccionar de manera eficaz frente un espacio que se transforma por la ocurrencia de un desastre, provocado por un fenómeno natural.

**v.- Metodología:** el trabajo sigue una metodología deductiva de tipo cualitativo. El problema es jurídico, pero con repercusiones sociales, económicas, ambientales y políticas, por ello se aborda desde la idea de complejidad, de ahí que se contemple algunos conocimientos fuera del Derecho (gestión del riesgo de desastres). La hipótesis es exploratoria, por lo que se formula como resultado de las explicaciones teóricas surgidas y aplicables al problema. En el nivel más específico de la exposición, se busca verificar la hipótesis mediante una propuesta para entender la tutela cautelar a la luz de la gestión del riesgo. El trabajo tiene tres capítulos, todos teóricos, pero el último con carácter propositivo a ser aplicable en el análisis, procedencia y emisión de medidas cautelares. El primero analiza el riesgo, el desastre y su gestión; el segundo, la planificación urbana y territorial y el tercero la tutela cautelar administrativa como mecanismo articulador.



## vi.- Conclusiones:

- a. La incertidumbre que rodea al riesgo de desastre no compatibiliza con la certidumbre o seguridad que el ordenamiento jurídico ofrece: la estabilidad de las normas. Por ello, el ordenamiento jurídico debe ofrecer una regulación flexible, capaz de enfrentar el fenómeno riesgo con la regulación de mecanismos que gestionen los efectos materiales perdurables del desastre, como las causas potenciales de los riesgos.
- b. La Ley de Planificación Urbana posee normas cuya aplicación tienden a ubicarla dentro de un *paradigma normativo de la planificación como técnica*, tornándola en *impositiva, racionalista, rígida, tecnocrática*. Tales caracteres que impregnan la aplicación de normas jurídicas, haciéndola inflexible, aumentando el riesgo de ineficacia e inefectividad de las normas de planificación urbana y territorial sobre el objeto de planificación. Esto se agrava si se considera que la realidad puede ser transformada por un fenómeno contingente como el riesgo de desastres.
- c. Incorporar la gestión del riesgo de desastres en los procedimientos administrativos de implementación del *plan-producto* (Plan Regulador), mediante el *mecanismo articulador* de la *tutela cautelar en sede administrativa* es deseable para que se procure dotar de flexibilidad al Plan, al tiempo que se contribuye a reducir el *riesgo de ineficacia e inefectividad*, por gestionar una de las *vulnerabilidades* del Plan (su rigidez) y *potenciar su capacidad de respuesta* (medidas cautelares), debido a que las *amenazas* son diversas y la *exposición* a riesgos extra o intra-sistemáticos inevitable.

## FICHA BIBLIOGRÁFICA

Jiménez Sanabria, Santiago. *Tutela cautelar administrativa como un mecanismo para la incorporación de la gestión del riesgo en la planificación urbana*. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2019. xii-381.

**Director:** Dr. Carlos Eduardo Peralta Montero

**Palabras claves:** riesgo, desastres, gestión del riesgo, planificación urbana, ordenamiento territorial, plan regulador, tutela cautelar, mecanismo articulador, articulación de la gestión del riesgo con la planificación urbana.

## I.- INTRODUCCIÓN

### A.- ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN

#### i. Antecedentes

En primer término. El problema de investigación en el fondo, es un problema de eficacia jurídica de las normas, en este caso provocado por un desfase entre norma y realidad. La causa del desfase viene dada por la transformación de la realidad, debido al acaecimiento de un desastre en el espacio sobre el cual debe aplicarse la norma, específicamente el territorio cantonal.

Se propone analizar cómo un *Plan Regulador* vigente enfrenta la realidad que se transforma por ese desastre, es decir, la capacidad de respuesta de un instrumento normativo, que es precisamente la posibilidad mantener la correlación entre supuesto de hecho normativo y realidad.

Esto es debido a una inadecuada gestión del riesgo de desastres, ya que la incorporación de este componente en el proceso de elaboración de un *Plan Regulador*, *grosso modo*, el proceso de planificación urbana, vendría a solventar en gran medida este desfase.

En Costa Rica no existe una plena y adecuada articulación entre la gestión del riesgo de desastres y la planificación urbana mediante el *Plan Regulador*. En ese sentido, un antecedente importante a nivel latinoamericano lo constituye el trabajo de la experta Nelly Gray De Cerdán. Ella identifica la inadecuada, y a veces inexistente, conexión entre la gestión del riesgo de desastres y los procesos de planificación urbana y de ordenamiento territorial, al respecto señala: “*El O.T. [ordenamiento territorial], como disciplina, como intervención operativa, como tecnología de organización y como política territorial, ha sido “descubierto” por la G.R [gestión del riesgo]; ahora falta que haya un descubrimiento pleno a la inversa*”<sup>1</sup>.

Agrega que las amenazas de desastre (en general, naturales o antrópicas) son abordadas por las políticas de ordenamiento territorial y de planificación urbana “*como simples fenómenos naturales que caracterizan un “entorno” ambientalmente complejo*”, pero “*no se tienen en cuenta sus efectos, impactos territoriales (...)*”<sup>2</sup>. Concluye que el ordenamiento territorial “*no*

---

<sup>1</sup> De Cerdán, Nelly. (2007) “Articulación del ordenamiento territorial y la gestión del riesgo”. En: *Tiempo para entregar el relevo: reducción del riesgo de desastres desde la perspectiva de gestión ambiental, ordenamiento territorial, finanzas e inversión pública*. San José: Grupo de Recursos del Sur: p. 89. Disponible en: <<http://www.cridlac.org/digitalizacion/pdf/spa/doc16823/doc16823.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>2</sup> Id., p. 89.

tiene herramientas probadas para hacer estos análisis y sobre todo no tiene la capacidad para generar los tipos de políticas necesarias para su corrección y prevención”<sup>3</sup>.

Por otro lado, la profesora de la Universidad de Lund, investigadora del *Centre for Sustainability Studies* de esa casa de estudios, en su tesis doctoral *Managing Urban Disaster Risk. Analysis and Adaptation Frameworks for Integrated Settlement Development Programming for the Urban Poor*, señala que la integración de la gestión del riesgo de desastres en la planificación urbana fue retomada con mayor intensidad y seriedad a partir de los inicios del siglo XXI, con la consolidación de la United Nations International Strategy for Disaster Reduction (UNISDR), que ya existía, pero con menor nivel de institucionalidad.

Ese factor “(...) has helped to raise the profile of related discussions. UNISDR promotes the idea that the reduction of disaster risk requires a long-term engagement in development processes (including settlement development) and hence an increased engagement of international organizations in this field” (Subrayado es suplido)<sup>4</sup>.

Ya en el ámbito nacional y de manera reciente, un antecedente de importancia lo constituye el estudio de la Comisión Nacional de Emergencia, en el que se señala la necesidad de incorporar y articular la gestión del riesgo de desastres en los procesos de planificación urbana y ordenamiento territorial, afirmación cuya naturaleza deja entrever que esa interrelación no existe o es inadecuada. En concreto señala: “(...) deberá incluirse, entre todos los ejes transversales de la planificación, el enfoque para la gestión del riesgo de desastres, el enfoque de derechos y el enfoque de género (...)”<sup>5</sup>.

En el ámbito jurídico, el jurista estadounidense Richard Posner realiza un estudio de los desastres desde la perspectiva jurídica. Respecto de la atención que el Derecho le confiere al tema de la gestión del riesgo de desastres señala: “*In the case of law, neglect of the catastrophic risks is part of a larger problem, that the law’s faltering struggle to cope with the onrush of science*”<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Id., p. 89.

<sup>4</sup> Wamsler, Christine. (2007) *Managing Urban Disaster Risk. Analysis and Adaptation Frameworks for Integrated Settlement Development Programming for the Urban Poor*. Tesis Doctoral, Housing Development & Management, Architecture and Built Environment, Lund University: p. 14. Disponible en: <[http://www.hdm.lth.se/fileadmin/hdm/Wamsler\\_Managing\\_Urban\\_Disaster\\_Risk.PhD.2007.pdf](http://www.hdm.lth.se/fileadmin/hdm/Wamsler_Managing_Urban_Disaster_Risk.PhD.2007.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “(...) ha ayudado a elevar el perfil de las discusiones relacionadas. UNISDR promueve la idea de que la reducción del riesgo de desastre requiere un compromiso de largo plazo en los procesos de desarrollo (incluyendo el desarrollo de asentamientos) y, entonces, un compromiso mayor de las organizaciones internacionales en ese campo”.

<sup>5</sup> Comisión Nacional de Emergencias (2014) *Normas y elementos básicos de gestión municipal del riesgo de desastre con énfasis en prevención, control y regulación territorial*. 1ª Ed. San José: CNE: p. 1.

<sup>6</sup> Posner, Richard. (2004) *Catastrophe. Risk and Response*. 1st Ed. Oxford: Oxford University Press: p. 8. Traducción libre: “En el caso del Derecho, el rechazo a los riesgos de desastre es parte de un problema de larga data, esa es la lucha oscilante del Derecho, enfrentarse con la avalancha de la ciencia”.

La inadecuada gestión del riesgo es una problemática real en Costa Rica, más aún cuando se vincula con la planificación urbana. El Derecho, según se desprende de lo dicho por Richard Posner, no está exento del análisis del riesgo de desastres, a pesar de que ha sido poco el abordaje desde esta área de las ciencias sociales.

El problema de la eficacia general de las normas deja de ser un tema filosófico y sociológico, que explique la razón por la cual las personas deciden someterse a reglas que modelen su conducta, para convertirse en una reflexión jurídica: la aplicación del Derecho a la realidad que regula.

Desde ese eje de análisis, autores clásicos como Hans Kelsen, en su obra *Teoría Pura del Derecho y Teoría General de las Normas*, estudia el tema de la eficacia general de las normas. Además, interesa particularmente el trabajo de Angelo Falzea, cuyo estudio se centra en la Teoría y en la Filosofía del derecho. Su obra *Eficacia Jurídica* es un antecedente muy importante en la comprensión del problema de la eficacia general de las normas. En el mismo sentido, el análisis crítico y profundo de Pedro Haba Müller, en su obra *Metodología (realista) del Derecho*, dos volúmenes.

El desfase entre norma y realidad, la ineficacia jurídica, entraña un asunto, entre otros, de seguridad jurídica, de certeza en el ordenamiento jurídico. Gustav Radbruch precisa cuatro condiciones para la existencia de la seguridad del Derecho mismo, parafraseando, estas condiciones son: 1) El Derecho debe estar positivizado; 2) el ordenamiento debe basarse para su elaboración en hechos y no en juicios de valor vagos; 3) que la definición de los hechos sea clara y 4) estabilidad en la vigencia del Derecho positivo<sup>7</sup>. La tercera y cuarta condición llaman especialmente la atención, en cuanto a la definición de los *hechos*, lo que se refiere a la construcción del supuesto de hecho normativo, Radbruch afirma:

*Que estos hechos en que se base el Derecho puedan establecerse con el menor margen posible de error, que sean “practicables” -para ello no hay más remedio que aceptar, a veces, conscientemente, su tosquedad, como cuando, por ejemplo, se suplen los hechos verdaderamente buscados por ciertos síntomas exteriores (...)*<sup>8</sup>

Agrega, en relación con la estabilidad en la vigencia del Derecho positivo que, “-*si se quiere garantizar la seguridad jurídica- no debe hallarse [el Derecho] expuesto a cambios demasiado frecuentes, no debe hallarse a merced de una legislación incidental, que dé todo género de facilidades para troquelar cada caso concreto en forma de ley (...)*”<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Radbruch, Gustav. (1951) *Introducción a la filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica: pp. 40-41.

<sup>8</sup> Id., p. 40.

<sup>9</sup> Id., p. 188.

Se vislumbra cómo el Derecho aspira a la estabilidad, que no es rigidez, pero que las malas prácticas legislativas tienden a la “juridificación de la realidad”, su petrificación. De modo que, a mayor estabilidad mayor seguridad. Esta visión tiene el sesgo de concebir el cambio, la variación y la transformación como antivalores. Este análisis, que solo es una ilustración de cómo se ha estudiado antes la eficacia general de las normas, permite entender que el Derecho debe aspirar a un funcionamiento flexible, mas no inseguro u oscilante.

Esto es justamente lo que ocurre con la planificación urbana, más concretamente con los *Planes Reguladores*, cuya normatividad “juridifica” el espacio y tiende a descuidar su dinamicidad. En ese sentido, David Smith, investigador del Programa del Estado de la Nación, en su informe *Gestión del riesgo y cambio climático*, para el Decimotavo Informe del Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible (2010), señala que la mala gestión del riesgo de desastres en Costa Rica (por ejemplo, por condiciones de vulnerabilidad, falta de recursos, coordinación interinstitucional, entre otros) se debe en parte a factores como como:

- a) *Vacíos e inconsistencias en la concepción y aplicación de planes de desarrollo; y b) el doble reto de resolver vacíos de política pública y de gestión privada civil por una parte, además de mecanismos de reglamentación, aplicación y sanción en casos de políticas existentes pero in-satisfactoriamente implementadas.* (Subrayado es suplido)<sup>10</sup>

Existe una relación recíproca entre la inadecuada gestión del riesgo y la inadecuada regulación jurídica del espacio (mediante el instrumento *Plan Regulador*, particularmente). De modo tal que, la inadecuada gestión del riesgo sirve de causa para una regulación omisa, tanto como que, una regulación jurídica irreflexiva potencia una inadecuada gestión del riesgo de desastres. Alonso Ramírez y Ariana Araujo, investigadores del Programa del Estado de la Nación, en 2017 señalaron:

*La implicación aquí es que, si bien hay muchísimas normas que gobiernan sobre actividades sociales por medio de los cuales se pueden materializar situaciones de mayor riesgo a desastres, prácticamente ninguna lo hace incorporando una perspectiva de gestión de riesgo, es decir, el enfoque debe ser adaptado y apropiado por la entidad a su propio quehacer y esto puede complicar la situación.* (Subrayado es suplido)<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Smith Wiltshire, David A. (2011) “*Gestión del riesgo y cambio climático. Informe final*”. Decimotavo Informe del Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible (2010). <https://estadonacion.or.cr/>: p. 14. Disponible en: <[https://estadonacion.or.cr/files/biblioteca\\_virtual/015/Gestion.pdf](https://estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/015/Gestion.pdf)>

<sup>11</sup> Ramírez, Alonso, Araujo, Ariana. (2017) “*Marco normativo e institucionalidad para la prevención de riesgos en Costa Rica, con énfasis en el nivel municipal*”. Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible 2017. <https://estadonacion.or.cr/>: p. 4. Disponible en: [https://estadonacion.or.cr/files/biblioteca\\_virtual/023/Ambientales/Ramirez\\_A-y-Araujo\\_A\\_2017.pdf](https://estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/023/Ambientales/Ramirez_A-y-Araujo_A_2017.pdf)



En tono con lo anterior y en segundo lugar, es necesario considerar algunos antecedentes sobre la otra dimensión del problema de investigación, que ya no es puramente jurídica, como la antes expuesta, sino que comparte lugar con aspectos técnicos ajenos al Derecho.

La inadecuada gestión del riesgo de desastres en la planificación urbana es con-causa del problema de investigación, como se desprende de lo analizado por los autores antes citados. He ahí el pivote que incorpora elementos de la ciencia y la técnica en el abordaje jurídico del problema.

Es por la innovación de las disciplinas que trata esas temáticas, como la geología, geografía, ingeniería civil, arquitectura, sociología, urbanismo, entre otras, que se han encontrado puntos de contacto con el Derecho y, este puede encontrar un rumbo de la mano con tales planteamientos. Esto es posible por el surgimiento y desarrollo del Derecho ambiental, lo que no se logra con el Derecho urbanístico y administrativo por sí mismos<sup>12</sup>.

Así, interesa ubicar temporalmente el inicio de las técnicas modeladoras del espacio, lo que se denominó urbanismo, en general, o bien, el proceso de planificación urbana y ordenamiento territorial.

Grandes aportes al urbanismo provienen desde la época del Imperio Romano<sup>13</sup>. Sin embargo, para lo que interesa en este trabajo, resulta de mayor trascendencia los esfuerzos encaminados a reflexionar sobre la organización espacial de la actividad humana. Esto es precisamente lo que permite hablar de ordenamiento territorial y planificación urbana, dos conceptos que se explican con detalle en el Capítulo Segundo, pero que su práctica data del siglo XIX<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Bassols Coma analiza los cambios en el proceso de planificación urbana y en el Derecho Urbanístico, introducidos por los nuevos paradigmas del Derecho Ambiental y la ecología, como el desarrollo sostenible. Lo que evidencia cómo la renovación conceptual en el Derecho Urbanístico ha provenido de otras áreas jurídicas y de disciplinas ajenas al Derecho. En ese sentido señaló: *“El objetivo de la sostenibilidad a nivel de las proclamaciones a que hemos hecho referencia y a otras muchas que pudieran traerse a colación aparece como una cláusula abierta, informadora y de principios que por su enfoque o presencia holística está destinado a renovar y replantear los fundamentos de la planificación urbanística y de la concepción misma del Derecho urbanístico”*. Bassols Coma, Martín (2004) “La planificación urbanística y su contribución al desarrollo urbanístico sostenible”. En: *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, 2004 (677-709): p. 681. Disponible en: <[http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1132/medio\\_ambiente\\_38\\_bassols.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1132/medio_ambiente_38_bassols.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>13</sup> El Imperio Romano logró potenciar el urbanismo de manera organizada, ya que desde antes existían diversas nociones espaciales y prácticas espaciales, como en el caso de ciudades antiguas como Babilonia o el urbanismo helénico. Chueca Goitia señala: *“La aportación más original al trazado de ciudades es precisamente aquella que debe su origen a los campamentos militares. Los romanos eran un pueblo eminentemente práctico y organizador, que buscaba las soluciones simples y claras que han preferido siempre las grandes empresas coloniales. Carecían del refinamiento artístico de los helenos y eran más ingenieros que arquitectos”*. Chueca Goitia, Fernando. (2011) *Breve Historia del urbanismo*. Madrid: Alianza Editorial: p. 72.

<sup>14</sup>Ver en este sentido: Reza, Pablo (1999) *El estado y el ordenamiento territorial*. Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid: pp. 67-81. Disponible en:

Estas dos figuras surgen una primero que la otra. Es necesario señalar que primero ocurre la urbanización como consecuencia natural del explosivo desarrollo industrial. Surge entonces el urbanismo. La planificación urbana, durante la primera mitad del siglo XX, salta como respuesta de contención a ese crecimiento exacerbado del entorno urbano, principalmente.

La planificación urbana tiene una lógica abstracta, puesto que busca modelar la ciudad según preconcepciones ideales, muchas de las cuales son a causa del desorden urbano causado por la industrialización. Por su parte, el ordenamiento territorial es un poco más reciente que la planificación, aun cuando este surge como reacción de la concentración urbana. Entonces, en un primer momento la planificación se ocupa del entorno urbano y el ordenamiento del resto del territorio no urbano.

Es así como el ordenamiento territorial, en su desarrollo, vendrá acompañado de nuevos paradigmas, los cuales surgen no ya de una necesidad humana de organizar el espacio, sino de considerar el espacio primero para luego decidir como ocuparlo. Surge luego un paradigma ecológico, característico del ordenamiento territorial, ajeno en un inicio a la planificación urbana.

En el marco de esta evolución del urbanismo, cabe decir que a nivel nacional, la morfología de los centros de población es de larga data, ya que responde en gran parte a los designios colonizadores, por tanto, fiel ejecución de las Leyes de Indias<sup>15</sup> y <sup>16</sup>.

---

<<https://eprints.ucm.es/2221/1/S0041801.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Parejo Alfonso, Luciano. (1986) *Derecho Urbanístico. Instituciones Básicas*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina: pp. 5-14.

<sup>15</sup> Por la denominación "Leyes de Indias" se entiende el documento oficial denominado *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias*, promulgada en 1680. Sin embargo, esta recopilación se enmarca dentro de lo que se conoce como Derecho Indiano, un corpus mixto de legislación aplicable en el Reino de las Indias Occidentales. Bien lo explica Sáenz Carbonell, en tanto dicho Derecho implicó "(...) el desarrollo de un nuevo sistema normativo para las Indias, el Derecho indiano, al que además se incorporaron elementos del Derecho castellano y de los sistemas normativos indígenas". Sáenz Carbonell, José Francisco. (2012) *Los sistemas normativos en Historia de Costa Rica: Ordenamientos indígenas, Derecho Indiano y Derecho Nacional*. 1ª Ed. San José: Editorial ISOLMA: p. 121. Lo mismo dice Beatriz Bernal, "(...) el indiano propiamente dicho, esto es, el producido de manera especial en las Indias o para las Indias, y los derechos castellano e indígena que se aplicaron en ellas con carácter supletorio o subsidiario (...)". Bernal Gómez, Beatriz. (2014) "El Derecho Indiano, concepto, clasificación y características". Conferencia impartida en el marco de XI Congreso de Historia del Derecho Mexicano en la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato. 12 de noviembre de 2014. En: *Revista Ciencia Jurídica*, No. 7(4) (183-193): p. 185. Disponible en: <<http://www.ddpg.ugto.mx/images/stories/revistas/cienciajuridica/no7.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>16</sup> En cuanto la conformación de los primeros asentamientos humanos en Costa Rica en la época de conquista y colonización española, Sáenz Carbonell reseña: "De conformidad con la tradición grecorromana, en el Derecho indiano la fundación de las ciudades y villas españolas se efectuaban mediante una serie de formalidades y era un acto jurídico de suma importancia. Una vez elegido el sitio para el emplazamiento de la población, se trazaba el plano de la urbe con manzanas de igual tamaño para casas, divididas por calles rectas; se escogían los sitios destinados para ubicar la plaza principal, la iglesia parroquial, las "casas reales" o residencia de los gobernadores, la sede del ayuntamiento local y otros edificios, y se repartían solares urbanos a los fundadores según su

En términos generales, en Costa Rica hasta 1968 la legislación sobre el espacio regula los siguientes aspectos<sup>17</sup>:

- Creación, fusión, eliminación de entidades territoriales (provincias, cantones y distritos)
- Tratados limítrofes
- Afectación a determinados fines de zonas particulares de terreno (reservas)

---

*categoría y por suertes*". Sáenz Carbonell, José Francisco. (2012) *Los sistemas normativos en Historia de Costa Rica: Ordenamientos indígenas, Derecho Indiano y Derecho Nacional*. 1ª Ed. San José: Editorial ISOLMA: p. 216. | Sobre el asentamiento grecorromano, también empleado por la colonización española, se dice: "El urbanismo grecorromano tiene un devenir coherente, tomado como unidad de sentido. Vemos, en primer lugar, cómo se forma la idea de ciudad, así como la de marca estructural que la define, y que básicamente es la de un trazado regular, constituido por haces de líneas perpendiculares entre sí. (...) El trazado geométrico revivirá una y otra vez en la historia del urbanismo grecorromano: cada una de las nuevas apariciones responderá, sin embargo, a nuevos objetivos. El urbanismo grecorromano le otorgó un sentido particular al extenderlo sobre los espacios que colonizaba por primera vez: el sentido de una primera inscripción para la ciudad". Llorente, Marta (2015) *La ciudad: huellas en el espacio habitado*. 1ª Ed. Barcelona: Acantilado: pp. 128 y 134.

A mayor abundamiento, se transcribe a continuación la Ley No. VIII del Tomo II, Libro IV, Título VII: De la población de las ciudades, villas y pueblos, de la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias*, en que se preceptúa el orden en que deben construirse los edificios públicos y religiosos en la fundación de un nuevo pueblo, villa o ciudad, al respecto señala:

*En lugares mediterráneos no se fabrique el Templo en la plaza, sino algo distante de ella, donde esté separado de otro cualquier edificio, que no pertenecerá a su comodidad y ornato, y porque de todas partes sea visto, y mejor venerado, este algo levantado del suelo, de forma, que se haya de entrar por gradas, y entre la plaza mayor, y Templo se edifiquen las Casas Reales, Cabildo o Concejo, Aduana, y Atarazana, en tal distancia, que autoricen al Templo, y no le embaracen, y en caso de necesidad se puedan socorrer, y si la población fuera en costa, dispóngale de forma que en saliendo del Mar sea visto, y su fábrica como defensa del puerto, señalado solares cerca de él, y no a su continuación, en que se fabriquen Casa Reales, y tiendas en la plaza para propios, imponiendo algún moderado tributo en las mercaderías: y asimismo sitios en otras plazas para las iglesias parroquiales, y monasterios, donde sean convenientes. Rey Carlos II. (1681) *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*. Tomo II. Madrid: Ivlian de Paredes: p. 91 reverso. Disponible en: <<http://fondosdigitales.us.es/fondos/libros/752/descargar/recopilacion-de-leyes-de-los-reynos-de-las-indias/>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.*

Aún cuando la recopilación es promulgada en 1680, ya para la fundación la villa de Cartago (1563), Costa Rica, la práctica colonizadora heredada de las normas castellanas fue aplicada por Juan Vásquez de Coronado, misma práctica que luego fue recogida en las Leyes. En esa ocasión Vásquez de Coronado relata: "Tracé una ciudad en aquel valle, en un asiento junto a dos ríos. Tiene el valle tres leguas y media de largo; tiene muchas tierras para trigo y maíz; tiene el temple de Valladolid, buen suelo y cielo. Nombré a la ciudad Cartago, por llamarse esta provincia este nombre". Palabras recopiladas en por: Fernández Esquivel, Franco. (2013) *Cartilla histórica de Cartago*. 1ª Ed. San José: ATABAL: pp. 20-21. Ver en el mismo sentido: Solórzano Fonseca, Juan Carlos, Quirós Vargas, Claudia. (2006) *Costa Rica en el siglo XVI. Descubrimiento, exploración y conquista*. 1ª Ed. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica: p. 216. Sirvan las citas anteriores como ilustración de cómo la Leyes de Indias modelaron los asentamientos humanos durante la conquista y colonización española en América, con aclaración sobre el caso particular de Costa Rica.

<sup>17</sup> Consultar: Betrano, Sonia. (2017) "Evolución sobre la legislación sobre uso del suelo en Costa Rica (1949-2016)". Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible 2017. <https://estadonacion.or.cr/>. Disponible en: <[https://estadonacion.or.cr/files/biblioteca\\_virtual/023/Ambientales/Betrano\\_S\\_2017.pdf](https://estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/023/Ambientales/Betrano_S_2017.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

- Autorización o prohibición de ciertas actividades en particulares zonas de terreno (uso de suelo para fines: forestales, vivienda, agropecuarios, infraestructura vial, turismo, industriales, comerciales, mineros, pesca y acuicultura, otros)
- Otorgamiento de títulos de “ciudad” a ciertas localidades.
- Limitaciones a la propiedad privada

Antes de 1968, el cuerpo legal más completo y unificado sobre aspectos meramente urbanísticos corresponde a la Ley de Construcciones, Ley No. 833 del 2 de noviembre de 1949, aún vigente. Luego de ello, el 15 de noviembre de 1968 se emite la Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240, vigente hoy.

A finales de la década de 1990, se emiten varias leyes ambientales, como la Ley Orgánica del Ambiente, Ley No. 7554 del 4 de octubre de 1995. La Ley de Biodiversidad, Ley No. 7788 del 30 de abril de 1998. La Ley Forestal, Ley No. 7575 del 13 de febrero de 1996, que tiene dos antecedentes: la Ley Forestal de 1969 y 1968, leyes Nos. 4465 y 7032, respectivamente. Asimismo, el 30 de abril de 1998 se emitió la Ley de Uso, Manejo y Conservación de los Suelos, Ley No. 7779. Sobre el recurso hídrico puede remitirse a la Ley de Aguas, Ley No. 276 del 27 de agosto de 1942 y la Ley General de Agua Potable, Ley No. 1634 del 18 de setiembre de 1953.

En cuanto a la regulación de las costas, el 2 de marzo de 1977 se emite la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, Ley No. 6043, que establece una regulación amplia sobre la organización del espacio costero. Esta ley deroga la Ley de Urbanización Turística de la Zona Marítimo Terrestre, Ley No. 4558 del 22 de abril de 1970.

La estructura agraria del territorio nacional se moldea por numerosas leyes y desde tiempos lejanos. Se pueden mencionar las siguientes leyes: 1. Ley General sobre terrenos baldíos, Ley No. 13 del 10 de enero de 1940; 2. Ley de poseedores precarios, Ley No. 88 del 14 de julio de 1942; 3. Leyes de cabezas de familia, No. 137 del 14 de agosto de 1924, No. 20 del 11 de julio de 1934, No. 3 del 12 de noviembre de 1969; 4. Leyes sobre informaciones posesorias, No. 50 del 26 de setiembre de 1874, No. 3 del 17 de noviembre de 1909, No. 75 del 30 de agosto de 1924, No. 11 del 6 de enero de 1939 y No. 139 del 14 de julio de 1941; 5. Ley de fomento económico, Ley No. 2466 del 9 de noviembre de 1959; 6. Ley de tierras y colonización, Ley No. 2825 del 14 de octubre de 1961; Ley que crea el Instituto de Desarrollo Agrario, Ley No. 6375 del 29 de marzo de 1982 y Ley que transforma el Instituto de Desarrollo agrario en el Instituto de Desarrollo Rural, Ley No. 9036 del 11 de mayo de 2012, entre otros cuerpos legales.

El régimen municipal actual, cuenta con una normativa que data del 30 de abril de 1998, fecha de promulgación del Código Municipal vigente. Antes de ese se encontraba vigente el

Código Municipal del 4 de mayo de 1970, Ley No. 4574 y las Ordenanzas Municipales del 24 de julio de 1867, Ley No. 20.

Curiosamente, la división territorial administrativa actual de Costa Rica se consolida mediante la Ley sobre división territorial administrativa, Ley No. 4366 del 5 de agosto de 1969, muy reciente, al tratarse de un aspecto medular del Estado. No obstante, desde 1909 está vigente la Ley sobre división territorial municipal, Ley No. 56, que ya establece una organización territorial de siete provincias con sus respectivos cantones y distritos.

Estos son algunos ejemplos que sirven de guía para ubicar temporalmente la tradición legislativa costarricense en cuanto a la regulación del espacio y las actividades que sobre este se pueden realizar, así como el aprovechamiento adecuado de los recursos naturales. Claro está, no se limitan a lo descrito anteriormente.

Finalmente, resta señalar algunos datos sobre la gestión del riesgo de desastres, componente esencial de esta investigación. El antecedente útil sobre lo que hoy se entiende por gestión del riesgo de desastres se ubica, temporalmente, en 1979.

En 1979 la *United Nations Disaster Relief Organization* (en adelante UNDRRO por sus siglas en inglés), hoy conocida como la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres (UNISDR, en sus siglas en inglés), convoca a una reunión de expertos que se realiza durante los días 9, 10, 11 y 12 de julio de 1979, con el propósito de reconceptualizar el esquema de análisis que hasta ese momento adopta la Organización.

De esa reunión de expertos surge un documento clave, como Informe de las deliberaciones, intitulado *Natural Disaster and Vulnerability Analysis. Report of Expert Group Meeting*. Este documento propone uniformar terminología y recomienda el uso de los siguientes conceptos: amenaza natural (*natural hazard*), vulnerabilidad (*vulnerability*), elementos en riesgo (*elements at risk*), riesgo específico (*specific risk*) y riesgo (*risk*).

Estos tres elementos (dos de los cuales son factores del riesgo) son configurados en una fórmula matemática que es la que hoy se utiliza para el análisis del riesgo y su gestión, a saber: riesgo=amenaza • vulnerabilidad<sup>18</sup>.

La gestión del riesgo de desastres se nutre de planteamientos matemáticos y estadísticos, pero también de análisis geológicos, tectónicos, vulcanológicos, hidrogeológicos, geográficos, económicos, ingenieriles, arquitectónicos, entre otros estudios técnicos.

---

<sup>18</sup> United Nations Disaster Relief Organization (1980) *Natural Disaster and Vulnerability Analysis. Report of Expert Group Meeting (9-12 July 1979)*. Geneva: UNDRRO. Accesado el 6 de noviembre del 2018 en el sitio web: <<https://archive.org/details/naturaldisasters00offi/page/n5>>

En Costa Rica, antes de la Ley hoy vigente se aplica la Ley Nacional de Emergencia, Ley No. 4374 del 14 de agosto de 1969. El 22 de noviembre de 2005 se promulga la Ley No. 8488, Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, hoy vigente. Este cuerpo normativo incorpora la visión ya consolidada sobre gestión del riesgo de desastres, la expuesta y simplificada en la fórmula antes referida.

Sin embargo, es desde finales de los años noventa e inicios del siglo XXI que se hacen esfuerzos por articular la gestión del riesgo en la planificación urbana y en el ordenamiento territorial. Al respecto se dice:

*The new millennium. During recent years, the growing experience gained within the above-mentioned pilot programmes in the field of disaster risk management [promovidos por International Decade for Natural Disaster Reduction], combined with ongoing conceptual developments (...), resulted in the gradual evolution of a common understanding. In fact, disaster risk management is now generally seen as a cross-cutting topic, and the causal factors of disasters are understood to be directly linked to development processes, which generate different levels of vulnerability (...). Hence, the integration of disaster risk management into development planning (i.e. the pre-disaster context) has become the main focus (...). (Subrayado es propio)<sup>19</sup>.*

Tal y como lo refiere Christine Wamsler, el *Marco Internacional de Acción del Decenio Internacional para la Reducción de los Desastres Naturales*, fue el aliciente para que en el seno de las Naciones Unidas se potencie el surgimiento de iniciativas sobre la reducción del riesgo de desastres, dicho *Marco de Acción* tiene lugar durante el Decenio, sea entre los años de 1990 y 1999. Para 1994, como resultado de la Primera Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres Naturales, en Yokohama, Japón, se establece la *Estrategia de Yokohama para un mundo más seguro: directrices para la prevención de los desastres*

---

<sup>19</sup> Wamsler, Christine. (2007) *Managing Urban Disaster Risk. Analysis and Adaptation Frameworks for Integrated Settlement Development Programming for the Urban Poor*. Tesis Doctoral, Housing Development & Management, Architecture and Built Environment, Lund University: p. 17. Disponible en: <[http://www.hdm.lth.se/fileadmin/hdm/Wamsler\\_Managing\\_Urban\\_Disaster\\_Risk.PhD.2007.pdf](http://www.hdm.lth.se/fileadmin/hdm/Wamsler_Managing_Urban_Disaster_Risk.PhD.2007.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “El nuevo milenio. Durante años recientes, la experiencia creciente ganó, dentro de los programas pilotos antes mencionados [promovidos por International Decade for Natural Disaster Reduction], esto combinado con los desarrollos conceptuales en marcha (...), resultado de la evolución gradual de un entendimiento común. De hecho, la gestión del riesgo de desastres es ahora generalmente vista como un tema transversal y los factores causales de los desastres son comprendidos como directamente vinculados con los procesos de desarrollo, lo cual genera diferentes niveles de vulnerabilidad (...). Entonces, la integración de la gestión del riesgo de desastres en la planificación del desarrollo (por ejemplo, en el contexto pre-desastres) se ha convertido en el enfoque principal (...).”



naturales, la preparación para casos de desastre y la mitigación de sus efectos, con su *Plan de Acción*<sup>20</sup>.

En el año 2002, en el marco de la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible, se da a conocer una versión preliminar del documento *Vivir con el Riesgo: Informe mundial sobre iniciativas para la reducción de desastres*, el cual se publica finalmente en el 2004, por parte de la Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres de Naciones Unidas. Como complemento de lo anterior, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo publica en 2004 el documento *Reducir el Riesgo de desastres: un desafío para el desarrollo*<sup>21</sup>.

Siempre en el escenario internacional, estos documentos sirven como base común para generar discusión e insumos, en la Segunda Conferencia Mundial sobre Reducción de Desastres, realizada en Kobe-Hyogo, Japón, en enero de 2005. Producto de esa Conferencia surge el *Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres*<sup>22</sup>.

Los logros y los puntos de mejora como resultado de la implementación del *Marco de Acción de Hyogo* son analizados en la Tercera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas, celebrada en Sendai, Japón, en marzo de 2015. De esa reunión surge el actual *Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030*<sup>23</sup>.

Todos estos esfuerzos específicos vienen a complementar los planteamientos establecidos por las Naciones Unidas en los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (2015-2030), aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en setiembre de 2015<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Oficina de Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres. (2004) *Vivir con el Riesgo: Informe mundial sobre iniciativas para la reducción de desastres*. Geneva: UN Publicaciones: pp. xi-xii. Disponible en: <[http://www.unisdr.org/files/657\\_lwrsp.pdf](http://www.unisdr.org/files/657_lwrsp.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>21</sup> Id., pp. xi-xii.

<sup>22</sup> Estrategia Internacional de las Naciones Unidas para la Reducción de los Desastres (2007). *Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres*. Ginebra: EIRD. Disponible en: <<https://www.eird.org/cdmah/contenido/hyogo-framework-spanish.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>23</sup> Oficina de Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres. (2015) *Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030*. Ginebra: UNISDR. Disponible en: <[https://www.unisdr.org/files/43291\\_spanishsendaiframeworkfordisasterri.pdf](https://www.unisdr.org/files/43291_spanishsendaiframeworkfordisasterri.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>24</sup> Organización de Naciones Unidas. (2018) *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe*. Santiago: ONU. Disponible en: <[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141_es.pdf)> Accesado el: 27 de agosto del 2019.

## ii. Justificación.

Frente a un espacio transformado por un desastre, es posible reflexionar sobre dos aspectos: 1. ¿por qué es importante atender un desastre? Y 2. ¿Qué relevancia tiene el espacio transformado por un desastre?

Hay interés en reflexionar sobre la atención de desastres, puesto que transforman el espacio donde habita la humanidad. En su origen primitivo, se trata de una cuestión de sobrevivencia. Un desastre puede atenderse como tal (atención de emergencias y manejo de desastres), o bien, pueden atenderse sus efectos, sea en la vida y salud de las personas (medicina, enfermería), sea en los vínculos sociales (sociología, trabajo social), sea en el territorio (geología, geografía, sismología, vulcanología), sea en lo construido y destruido (arquitectura, ingeniería, urbanismo), sea en los bienes y la producción (economía), sea en el funcionamiento del Estado y sus instituciones (política y derecho), sea en el ambiente (ecología), entre otras áreas. Las “respuestas” aludidas deben entenderse conjuntamente, es decir, en reacción a un problema complejo: la atención del desastre, lo cual sugiere un abordaje inter-disciplinario.

En esta investigación se busca conjugar dos elementos: por un lado, el territorio que se transforma por el desastre y, por el otro, la respuesta del Derecho frente a esa transformación.

El ordenamiento jurídico en su conjunto establece, *a priori*, un orden determinado sobre la realidad espacial y sobre los eventos futuros. En un primer momento, el Derecho urbanístico es el sector de ordenamiento jurídico en conjuntar normas, principios e institutos dirigidos a un mismo propósito, cual es regular el uso del suelo, la urbanización y la edificación. Para tales propósitos, esta rama de Derecho cuenta con la *planificación urbana*, considerada como el instituto por antonomasia, mediante la figura del *plan*.

No obstante, con la evolución de otras ramas del Derecho, como la ambiental, y el desarrollo de disciplinas ajenas al Derecho que analizan los mismos problemas, la perspectiva meramente urbanística se hace insuficiente.

Así, la dispersión de las normas, principios e institutos no permite que el Derecho urbanístico brinde una solución integral al problema de la transformación del espacio por desastres. De ahí que se haga necesario considerar los planteamientos de otras ramas del Derecho, como el ambiental y el administrativo, tanto como los mecanismos técnicos de disciplinas afines al problema investigado.

Existe una tensión entre el carácter prospectivo de la planificación urbana y el carácter eventual de un desastre. Tensión que aún no es debidamente resuelta. En este trabajo se propone que el instrumento *Plan Regulador*, como catalizador de la planificación urbana, responda de manera segura y eficaz a la variación de las circunstancias materiales, es decir, frente a la transformación del espacio.

La dificultad del instrumento *Plan Regulador* de hacer frente a un espacio transformado por desastre, tal como se problematiza en este trabajo, permite pensar que ese cambio sustancial del espacio va a estar sujeto a un *Plan Regulador* vigente en ese momento. Esto implica que las normas vigentes son aplicadas a una realidad espacial diversa, recientemente transformada.

He aquí la relevancia de considerar el componente de la gestión del riesgo, que debe articularse o incorporarse, por regla de principio, en el proceso de planificación urbana.

Interesa desde este planteamiento el proceso *ad hoc*, si se quiere, que se genera para atender la transformación del espacio producto de un desastre. Ese proceso que es de planificación urbana, pero que sobreviene al plan regulador vigente, por tanto, surge paralelamente. Proceso que no es de atención del desastre, sino de atención del espacio transformado y que por ser resultado de un desastre requiere del componente de la gestión del riesgo.

En este trabajo se propone abordar exhaustivamente uno de los mecanismos que puede preparar el proceso de planificación urbana *post-desastre*, estabilizando el espacio, si se quiere decir así. De modo que las nuevas proyecciones, planes y normas urbanas se apliquen a la nueva realidad *post-desastre* de manera adecuada y eficaz.

El mecanismo propuesto es el instituto de la tutela cautelar administrativa. Se busca, con este instituto, que el instrumento *Plan Regulador* sea operativo ante el espacio transformado al que es aplicable.

Así, en la primera línea de respuesta *post-desastre*, se encuentra la posibilidad de implementar medidas especiales de tipo cautelar o preventivas, mismas que son de carácter preparatorio y estabilizador para iniciar un proceso paralelo y sobreviniente de planificación urbana con ocasión del espacio transformado por el desastre.

La Administración Pública Municipal, como ente público encargado de ejecutar y administrar el *Plan Regulador*, está facultada de forma genérica para implementar medidas cautelares en sede administrativa; sin embargo, en este trabajo se parte del supuesto de que la tutela cautelar en sede administrativa es un mecanismo jurídico ausente en la regulación normativa del *Plan Regulador*.

## **B.- HIPÓTESIS**

La tutela cautelar administrativa constituye un medio idóneo, entre otros posibles, para que el *Plan Regulador* reaccione de manera eficaz frente un espacio que se transforma, debido a la ocurrencia de un desastre provocado por un fenómeno natural.

## **C.- OBJETIVOS**

### **i. Objetivo general**

Proponer la tutela cautelar administrativa como un mecanismo idóneo para incorporar la gestión del riesgo en la planificación urbana, de modo que permita al instrumento de planificación *Plan Regulador* reaccionar de manera eficaz frente un espacio que se transforma por la ocurrencia de un desastre provocado por un fenómeno natural.

### **ii. Objetivos específicos**

- a. Conceptualizar el riesgo de desastres como un fenómeno social que exige flexibilidad en la regulación jurídica del espacio.
- b. Explicar porqué el instrumento de planificación urbana *Plan Regulador* no reacciona de manera eficaz, frente a un espacio que se transforma por la ocurrencia de un desastre provocado por un fenómeno natural.
- c. Analizar porqué tutela cautelar administrativa constituye un mecanismo idóneo para incorporar el componente gestión del riesgo en el instrumento de planificación urbana "Plan Regulador", lo que le permite a este instrumento reaccionar de manera eficaz frente a un espacio que se transforma por la ocurrencia de un desastre provocado por un fenómeno natural.

## **D.- METODOLOGÍA**

El problema de investigación consiste en estudiar si *el instrumento de planificación Plan Regulador no reacciona de manera eficaz frente un espacio que se transforma debido a la ocurrencia de un desastre provocado por un fenómeno natural, porque no contiene mecanismos idóneos para la incorporación del componente gestión del riesgo en la planificación urbana.*

Su estudio exige explorar la relación teórica entre los conceptos riesgo, desastre y planificación y, consecuentemente, la necesidad práctica de proponer, al menos, un *mecanismo de articulación* entre una técnica de gestión de riesgos y otra técnica de planificación urbana y territorial. En ese sentido, el problema de investigación es de tipo teórico-

práctico, en el cual se requiere “*obtener información desconocida en la solución de problemas de la práctica*”<sup>25</sup>.

El problema se estructura como relación de causa-efecto. Según el esquema de Daniel Márquez Muro, recogido por Blanca Zenteno y Armando Osorno, el problema de investigación posee un *primer nivel* generado por una *causa eficiente*, “*la que hace que una cosa sea lo que antes no era*”<sup>26</sup>. Ese primer nivel es el estudio del riesgo y desastre (causas eficientes) como fenómenos transformadores de la realidad (efecto).

Sobre el primer nivel se apoya el *segundo*, que establece una relación de causa-efecto a partir de una *causa formal*, “*la que determina el grado de perfección (ser) del efecto*”<sup>27</sup>, esto es a nivel jurídico, el desfase entre realidad (causa) y norma jurídica (efecto). Por su parte, la estructura interna de la norma jurídica revela un desfase entre el supuesto de hecho normativo (que capta la realidad) y el efecto jurídico.

Consecuentemente, formular la hipótesis de investigación requiere conjuntar ambos niveles, de ahí que se hable de *mecanismo de articulación*, como un instrumento jurídico para vincular en la práctica la planificación urbana y territorial con la realidad transformada por un fenómeno de riesgo de desastre.

El *mecanismo articulador* es la tutela cautelar administrativa y la hipótesis es afirmar que constituye un medio idóneo, entre otros posibles, para que el *Plan Regulador* reaccione de manera eficaz, frente un espacio que se transforma debido a la ocurrencia de un desastre provocado por un fenómeno natural.

La hipótesis es de tipo conceptual en tanto que se “*formula como resultado de las explicaciones teóricas aplicables al problema*”<sup>28</sup>. Restituto Sierra Bravo clasifica a esta hipótesis conforme a su función para la investigación y la denomina como sustantiva, es decir,

---

<sup>25</sup> Zenteno Trejo, Blanca; Osorno Sánchez, Armando. (2015) *Elementos para el diseño de investigaciones jurídicas. Una perspectiva multidimensional*. 1ª Ed. México: Benémerita Universidad Autónoma de Puebla-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Piso 15 Editores: p. 81. | En el mismo sentido, Restituto Sierra Bravo explica sobre este tipo de problema de investigación: “(...) *buscan determinar si no ya las causas, si algunos de los motivos que expliquen más o menos parcialmente los fenómenos sociales o bien precisar los efectos sociales de situaciones nuevas, de transformaciones sufridas, de innovaciones introducidas (...)*” Sierra Bravo, Restituto (1992) *Técnicas de Investigación Social. Teoría y Ejercicios*. 8a Ed. Madrid: Editorial Paraninfo S.A.; p. 61.

<sup>26</sup> Márquez, Daniel. (1990) *Lógica*. 14ª Ed. México: Porrúa: p. 13, citado por Zenteno Trejo, Blanca; Osorno Sánchez, Armando. (2015) *Elementos para el diseño de investigaciones jurídicas. Una perspectiva multidimensional*. 1ª Ed. México: Benémerita Universidad Autónoma de Puebla-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Piso 15 Editores: p. 87.

<sup>27</sup> Id., p. 87.

<sup>28</sup> Id., p. 95.

que “*relaciona variables conceptuales o generales*”<sup>29</sup>, con el propósito de explorar las relaciones posibles entre los conceptos que la integran.

Precisamente por ese carácter exploratorio, la presente investigación adopta un método cualitativo en el marco, además, del pensamiento complejo. Al tratarse de un problema social, el abordaje jurídico pretendido solamente es una variable de las múltiples que lo componen. Esta conciencia de complejidad tiene al menos dos consecuencias, a saber: 1. Es necesario considerar aspectos no jurídicos para comprender mejor el problema y mejorar la capacidad de comprobación de la hipótesis, tanto como la viabilidad de la propuesta; 2. En razón de la capacidad académica del autor, no es posible ahondar en aspectos meramente técnicos y propios de otras disciplinas, pero sí es posible señalar los puntos en los que el abordaje jurídico requiere de la colaboración de esas otras áreas del conocimiento. En ese sentido, se rescata las palabras de Blanca Zenteno y Armando Osorno, al decir que “*el pensamiento complejo aspira al conocimiento multidimensional, pero sabe desde el inicio que el conocimiento completo es imposible ya que uno de los axiomas de la complejidad es la imposibilidad incluso teórica de una omnisciencia*”<sup>30</sup>.

El análisis del primer nivel de causa-efecto del problema requiere de la integración de conocimientos atípicos para el Derecho, pero no incompatibles. Con ese propósito es necesario recurrir al estudio de fuentes documentales que aborden teóricamente el concepto de riesgo y de desastre, así como estudios sobre el concepto de planificación y de la técnica de gestión del riesgo.

Correlativamente, y ya en el segundo nivel de causa-efecto del problema de investigación, se requiere del estudio y posterior análisis de los trabajos efectuados por la doctrina del Derecho respecto de la eficacia de las normas jurídicas, así como de la planificación urbana y territorial, la figura del plan y el instituto de la tutela cautelar.

Si bien, se pretende efectuar una propuesta para contribuir a la solución del problema de investigación, lo cierto es que las implicaciones prácticas de esa propuesta no pueden ser identificadas con anterioridad, dado que en parte son novedosas, producto de la relación entre conceptos que hasta el momento no han sido abordados de la manera que se pretende. En ese caso, el componente práctico del problema de investigación es el potencial para ser aplicado y no su experiencia de aplicación.

---

<sup>29</sup> Sierra Bravo, Restituto (1992) *Técnicas de Investigación Social. Teoría y Ejercicios*. 8a Ed. Madrid: Editorial Paraninfo S.A.; p. 61.

<sup>30</sup> Zenteno Trejo, Blanca; Osorno Sánchez, Armando. (2015) *Elementos para el diseño de investigaciones jurídicas. Una perspectiva multidimensional*. 1ª Ed. México: Benémerita Universidad Autónoma de Puebla-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Piso 15 Editores: p. 18.

El enfoque cualitativo de esta investigación, tanto como su dimensión compleja, permiten acercarse al problema y explorar la hipótesis mediante la *técnica documental*, según la cual se puede “capturar los conocimientos, experiencias y avances más significativos del objeto de estudios” mediante la “búsqueda bibliográfica de las opiniones de otros autores respecto del mismo tema-problema”<sup>31</sup>. En este sentido, Armando Cruz Covarrubias entiende esta técnica como un método para la comprobación de la hipótesis, en el cual esta se compara “con una fuente de información –por supuesto digna de credibilidad- y al llevar a cabo la contrastación o comparación se obtiene una conclusión sobre la validez o invalidez de la hipótesis”<sup>32</sup>.

La verificación de la hipótesis entraña una propuesta, misma que se ha formulado como objetivo general de este trabajo, que es *proponer la tutela cautelar administrativa como un mecanismo idóneo para incorporar la gestión del riesgo en la planificación urbana, de modo que permita al instrumento de planificación Plan Regulador reaccionar de manera eficaz, frente un espacio que se transforma por la ocurrencia de un desastre provocado por un fenómeno natural*.

Al final de la investigación se debe extraer conclusiones del desarrollo teórico, de modo que se dirijan a verificar o descartar la hipótesis, pero en uno u otro caso se cuenta con todo el respaldo documental del cuerpo de la investigación.

---

<sup>31</sup> Id., p. 122.

<sup>32</sup> Cruz Covarrubias, Armando (2008) *¿Cómo hacer un protocolo o proyecto de investigación jurídica?*. En: *Revista DEJURE de Investigación y Análisis*, 3ª Época, Vol. 1, (65-87): p. 77. Disponible en: <<http://dejure.ucol.mx/descarga.php?archivo=355>> Accesado el: 27 de agosto del 2019.

## II.- PREFACIO

Esta tesis está estructurada en tres capítulos, conforme al problema y la hipótesis de investigación. Los primeros dos corresponden a los niveles de relación causa-efecto que conforman el problema y el tercero corresponde a la propuesta que subyace en la hipótesis, en caso de ser verificada. Para cada capítulo existe un objetivo específico. El trabajo es exploratorio conforme a una lógica deductiva.

El primer nivel del problema de investigación señala una relación entre riesgo y desastre como causas de los efectos transformadores sobre la realidad. Por esa razón, el objetivo del Capítulo Primero es *conceptualizar el riesgo de desastres como un fenómeno social que exige flexibilidad en la regulación jurídica del espacio*.

El apartado a) de ese Capítulo efectúa un análisis teórico del riesgo, a nivel ontológico, epistemológico y fenomenológico, luego, estudia el concepto de desastre como fenómeno social y como un tipo de resultado del riesgo que se materializa. Esta exposición es meramente teórico-conceptual, general y abstracta, pero necesaria para estudiar en el apartado b) la gestión del riesgo de desastres, la cual, al ser una técnica, adquiere matices prácticos que no posee el primer apartado.

El apartado a) tiene la ventaja de tomar como base de estudio la vasta producción bibliográfica sobre el riesgo en áreas disciplinarias como sociología, geografía, geología, economía, principalmente. En relación con el análisis ontológico del riesgo (sub-apartado a.1.), es decir, el riesgo dado como realidad, son de utilidad los trabajos del sociólogo Ortwin Renn específicamente. Allí, la discusión gira en torno a definir si el riesgo es o no un objeto independiente de quien lo observa, por tanto, ubicado en la realidad.

En cuanto a la epistemología del riesgo (sub-apartado a.2.), son de utilidad los trabajos de Ulrich Beck que analiza la sociedad desde el riesgo y de Niklas Luhmann, que analiza el riesgo desde la sociología a luz de la teoría de sistemas. Ambos autores proporcionan elementos para construir una epistemología del riesgo, entendida esta como la forma en que un sujeto cognoscente comprende el fenómeno de riesgo y lo caracteriza al interactuar con él, sea mediante la mera percepción, la toma de decisiones, la asignación de responsabilidades, la experiencia de sus efectos o su estudio.

El sub-apartado a.3) estudia el riesgo y el desastre como fenómenos sociales, según el análisis propuesto por Ulrich Beck en su obra *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (1998) y otros trabajos conexos. Ya no se trata de definirlos como tales, sino de estudiarlos en su relación con la sociedad. Ese abordaje permite complementar el análisis epistemológico del riesgo y proponer niveles de contenido del riesgo, los cuales funcionan como parámetros a la hora de valorar la presencia del riesgo en las decisiones de los actores sociales



en diversas posiciones, entre las cuales se ubica el rol del operador jurídico, sea en función legislativa, jurisdiccional o en la academia.

En relación con el concepto de desastre, ese sub-apartado lo analiza en su estatus ontológico de resultado, es decir, un estado determinado de la realidad provocado por la materialización de un riesgo anterior que funge como su causa, pero agrega la dimensión social, al definirlo como un evento disruptor del orden que hasta ese momento existe, generando con ello graves consecuencias materiales, sociales, económicas, ecológicas, entre otras. Para el estudio del desastre son de utilidad los trabajos del geógrafo Allan Lavell, quien dedica gran parte de su vida académica al estudio de la gestión del riesgo de desastres en América Latina, en el marco del Programa de investigación sobre riesgo y desastres de la Secretaría General de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) y el proyecto de gestión Local de Riesgo y Adaptación al Cambio Climático financiado por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN por su siglas en inglés). Además, se toman como referencia los trabajos del jurista brasileño Délton Winter de Carvalho, cuyos aportes son de significativa rigurosidad, tanto en lo técnico como en lo jurídico, aún cuando no tenga suficiente eco en los países de habla hispana.

El sub-apartado a.4) fue elaborado como resultado de los sub-apartados anteriores, recogiendo todos los elementos teóricos proporcionados por la bibliografía sobre el riesgo y el desastre, para luego analizarlos *sub-specie iuris*, esto es mediante la fenomenología jurídica. El resultado es una propuesta de análisis concreta que pueda ser utilizada por el operador jurídico para comprender de mejor manera el fenómeno de riesgo y a partir de ello pueda regularlo, gestionarlo, mediante la prevención o mitigación y, en general, resolver conflictos jurídicos que involucren en alguna medida fenómenos de riesgo. El análisis fenomenológico-jurídico del riesgo se efectúa con el instrumental teórico suministrado por Angelo Falzea, doctrina italiana, así como el trabajo de Marcos Bernandes de Mello, brasil y en Costa Rica, el trabajo de Víctor Pérez Vargas y de Pedro Haba Müller, en relación con los aspectos axiológicos.

La gestión del riesgo de desastres es una técnica con sustento teórico pero con alcances prácticos, por ello debe ser analizada luego del análisis teórico. Esta técnica es estudiada en el apartado b) del Capítulo Primero. Dos elementos deben ser resaltados, primero los factores del riesgo analizados en el sub-apartado b.1), según la perspectiva de Allan Lavell, Sergio Mora, Gilberto Gallopín y Omar Darío Cardona, principalmente. En segundo lugar (sub-apartado b.2.) debe mencionarse la propuesta metodológica del *International Risk Governance Council*, que comprende la gestión del riesgo bajo el concepto de *gobernanza*. Este abordaje es integral y más amplio, especialmente, en cuanto a la incorporación de los intereses de los actores sociales al proceso de gestión del riesgo. La metodología es desarrollada, en gran parte, por Ortwin Renn y se encuentra publicada en el Libro Blanco del Consejo denominado *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach* (2005).

Cuando el riesgo es de desastre, el proceso de gestión adquiere otras dimensiones, por ello, el proceso se ensancha a otras fases que usualmente no se contemplan en la gestión del riesgo *per se*. Estas especificidades se detallan en el sub-apartado b.2.4., en el que se explican las fases de preparación y respuesta que son inmediatamente antes del acaecimiento del desastre y las fases de rehabilitación y reconstrucción, post-desastre, esta última también se le denomina en general como fase de recuperación.

El Capítulo Primero culmina con el apartado c) que describe la institucionalidad y los mecanismos jurídicos para la gestión del riesgo en Costa Rica, según la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo de Costa Rica, Ley No. 8488 de 2005. El análisis es preponderantemente descriptivo y en algunos puntos es crítico, se encuentra ordenado conforme al contenido de la Ley, según el objeto de regulación, los sujetos competentes para aplicar la Ley, el modelo de gestión (instrumentos jurídicos para la gestión del riesgo) y el fin público que la justifica.

El segundo nivel del problema de investigación señala una relación entre la realidad (causa) y la norma jurídica (efecto), que a su vez considera que la estructura interna de la norma jurídica surge por la realidad captada (supuesto de hecho normativo) que es causa del efecto jurídico (efecto). El Capítulo Segundo tiene como objetivo *explicar porqué el instrumento de planificación urbana Plan Regulador no reacciona de manera eficaz frente a un espacio que se transforma por la ocurrencia de un desastre provocado por un fenómeno natural*.

Para tal propósito, se entiende que la norma jurídica está representada en general por ordenamiento jurídico que regula el suelo, sea en lo urbano o no, por tanto, también incluye la regulación ambiental y en alguna parte la sanitaria, por ejemplo. Así, la planificación urbana y territorial se analiza en su dimensión dinámica (proceso) y estática (producto), pero considerando el instrumento *Plan Regulador* como proceso y producto, así como su doble naturaleza, plan estratégico y norma jurídica.

En tal caso, la relación de causa y efecto que describe el problema de eficacia jurídica de las normas (desfase norma-realidad), se puede explicar por la forma en que el ordenamiento jurídico regula la planificación urbana en Costa Rica, especialmente el esquema de la Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240 de 1968.

El Capítulo Segundo comienza con dos apartados eminentemente teóricos (a y b), el primero efectúa a una aproximación conceptual a lo que se entiende por ordenamiento territorial y planificación urbana, para lo cual se emplean los trabajos del arquitecto Henri Lefèbvre, del arquitecto y urbanista brasileño Fábio Duarte de Araujo Silva, del arquitecto uruguayo Carlos de Mattos y del geógrafo colombiano Ángel Massiris. Este primer apartado distingue la planificación urbana y el ordenamiento territorial según la delimitación de su objeto

(el espacio) y la perspectiva histórica, así como identifica rasgos comunes en cuanto al empleo de la técnica de la planificación o planeamiento sobre el espacio.

Precisamente, por existir una técnica común en ambos conceptos, es que el apartado b) analiza el concepto de planificación según el abordaje propuesto por el economista chileno Carlos Matus, en el marco de los estudios fomentados por el Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES). Tres son los aportes de esta sección, primero, analizar el concepto de planificación, para lo cual se recurre a dos categorías de análisis propuestas por Matus, la coyuntura dinámica y la política construida; segundo, se caracteriza la planificación según los cinco supuestos básicos propuestos por ese autor (a) correspondencia, b) totalidad analítica, c) equilibrio, d) racionalidad y e) cuantificación operativa); y en tercer lugar, se analizan los dos paradigmas básicos de la planificación, sea la normativa o la estratégica.

El apartado c) del Capítulo Segundo proporciona un análisis del esquema legal de la planificación urbana en Costa Rica, según la Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240. Este apartado comienza con unas consideraciones preliminares para redimensionar, a manera de interpretación armónica de esa Ley con la Ley Orgánica del Ambiente, Ley No. 7554, los alcances del concepto de planificación urbana que la misma Ley No. 4240 define, pero de manera ambigua. Esto es, para considerar que los instrumentos de planificación urbana no tienen restricción legal para efectuar, a su vez, ordenamiento territorial, aun cuando la Ley, de manera nominal, refiera a la planificación urbana. El sub-apartado c.1) realiza el análisis del esquema legal de la planificación urbana, de la misma manera en que se efectúa el análisis de la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo de Costa Rica, Ley No. 8488 en el Capítulo Primero.

Los apartados d) y e) permiten responder, finalmente, al objetivo específico del Capítulo. El apartado d) explica el paradigma de la planificación (normativo o estratégico) subyacente en la Ley de Planificación Urbana. Para ello se utiliza el esquema del sociólogo argentino Ezequiel Ander Egg, quien realiza estudios de posgrado en planificación económica y social. Este autor en su obra *Introducción a la planificación estratégica (2007)*, propone trece pares de criterios de contraste entre la planificación normativa y la estratégica. El ejercicio consiste en verificar si para cada par de criterios (uno correspondiente a cada paradigma de planificación) alguno de ellos o ambos están presentes en la Ley de Planificación Urbana. La información se sintetiza en un cuadro y se logra determinar, en razón de la cantidad de criterios distintivos presentes, hacia cuál paradigma de planificación tiende la Ley de Planificación Urbana: sea la planificación normativa.

Esta conclusión es de relevancia a la hora de analizar, en el apartado e), el instrumento *Plan Regulador*. Esto debido a que ese apartado tiene la virtud de analizar el *plan* como proceso y producto, es decir, en fase dinámica y estática respectivamente. Además, lo caracteriza con

naturaleza dual, sea como mecanismo técnico de planificación y como instrumento jurídico de regulación, como plan y norma. Este análisis está directamente relacionado con el paradigma de planificación que prepondere en la aplicación de la Ley de Planificación Urbana, por lo que si este es un paradigma de planificación normativa (que no quiere decir, necesariamente, que sea norma jurídica), existe una alta probabilidad de que el *Plan Regulador* se concentre en su fase estática, como producto preconcebido (política construida), dirigido a imponerse sobre la realidad, a pesar de las circunstancias que la hagan variar (coyuntura dinámica). Así, es claro que un paradigma de planificación normativa genera las condiciones para que las normas jurídicas contenidas en un *Plan Regulador* no puedan adaptarse a una realidad que se transforma, en este caso, por acaecimiento de un desastre, con lo cual brinda elementos para explicar el objetivo específico del Capítulo Segundo.

Finalmente, el Capítulo Tercero está directamente relacionado con la hipótesis de investigación, especialmente con la propuesta que se origina de ella. El objetivo de este Capítulo es *analizar porqué tutela cautelar administrativa constituye un mecanismo idóneo para incorporar el componente gestión del riesgo en el instrumento de planificación urbana "Plan Regulador", lo que le permite a este instrumento reaccionar de manera eficaz, frente a un espacio que se transforma por la ocurrencia de un desastre provocado por un fenómeno natural.*

Este Capítulo tiene una vocación propositiva sustentada teóricamente en los Capítulos Primero y Segundo. El Capítulo comienza con una consideración previa de lo que se entiende por "articulación", lo cual está relacionado a todo aquel *mecanismo o instrumento articulador* provisto por el Derecho, cuya función sea unir dos o más contenidos (conocimiento, procedimientos, principios, acciones, efectos, entre otros elementos) propios de cada una de las técnicas objeto de articulación, sean en este caso: la *planificación urbana* o la *gestión del riesgo de desastres*. El apartado a) describe la relación entre el proceso de planificación urbana y territorial con el proceso de gestión del riesgo, para ello se emplea un Diagrama que evidencia los puntos de articulación y las fases paralelas de cada proceso. En ese marco, se explica el rol de la *tutela cautelar* para articular ambos procesos, propiamente en la fase de plan-producto, es decir, en la implementación del *Plan Regulador*, esto conforme a la naturaleza meramente procesal de la *tutela cautelar*. Por ello, el sub-apartado a.1) describe las posibles aplicaciones del *Plan Regulador* en los ciudadanos (procedimientos administrativo-sede administrativa) que dan pie para valorar la procedencia de la tutela cautelar y, por medio de ella, incorporar el componente de la gestión del riesgo de desastres en los procedimientos de implementación de ese *plan-producto*.

Con el apartado b) se inicia el análisis de la idoneidad de la tutela cautelar para incorporar el componente de gestión del riesgo de desastres en el Plan Regulador. La propuesta de este trabajo es dogmática, por tanto, el análisis se ubica en los aspectos generales de la tutela cautelar, sin entrar a analizar cuestiones relativas según la legislación particular, de esa

manera se omite aspectos como la tipología procesal, impugnación, notificaciones, descripción del cauce procesal, entre otros relacionados.

El análisis se efectúa simultáneamente desde dos flancos: por un lado, analizando críticamente el instituto de la tutela cautelar, según los trabajos de doctrina autorizada y por otro lado, incorporando los elementos de la gestión del riesgo de desastres mediante la fenomenología jurídica del riesgo y otros institutos jurídicos de utilidad.

Este apartado es general, por lo que incluye aspectos como la causa de existencia de la tutela cautelar, su carácter de potestad implícita, el fundamento (objeto, objetivo y fin) y culmina, a partir de esas consideraciones, con una propuesta de reconceptualización. El apartado c) expone el sustento constitucional, lo cual se realiza desde dos niveles correlativos, primero, como contenido inherente al poder público constitucionalmente atribuido a órganos jurisdiccionales y administrativos y, segundo, como contenido del derecho a una justicia pronta y cumplida o tutela judicial efectiva.

El apartado d) analiza cuatro características estructurales de las medidas cautelares y su relación con los fenómenos de riesgo. La selección de las características se hizo considerando que la caracterización implica identificar rasgos esenciales, sin los cuales no se está frente al instituto cautelar sino ante otro, por tanto, algunas características propuestas por la doctrina no son consideradas, como la jurisdiccionalidad, ya que no toda medida cautelar es emitida por una autoridad judicial, como la necesidad de la medida, lo cual es un juicio correspondiente al presupuesto de la ponderación de intereses, la impugnabilidad, que deriva del carácter de *summaria cognitio*, la coercitividad, que es evidente, puesto que es manifestación del poder público, sea jurisdiccional o administrativo, entre otras. Las características analizadas son: d.1.) instrumentalidad, d.2.) provisionalidad, d.3.) flexibilidad y d.4.) *summaria cognitio*.

El análisis arroja buenos resultados al momento de vincular la doctrina jurídica con la gestión del riesgo, puesto que existe relación de articulación desde la estructura de las propias medidas cautelares, por ejemplo, la instrumentalidad, que no está reducida a ser un medio del medio, es decir, no es un procedimiento del proceso, sino un instrumento del objeto del proceso, por tanto, se abre el elenco de posibilidades para considerar que la tutela cautelar no protege el proceso de sí mismo (mora procesal), sino de elementos extra-procesales que inciden sobre el objeto del proceso. Así visto, la instrumentalidad se analiza junto con la provisionalidad y la *summaria cognitio*, esto es que la medida no es un instrumento del proceso principal, sino un medio de protección provisional anticipada del objeto del proceso.

La flexibilidad resulta ser especialmente útil para incorporar el componente de gestión del riesgo, considerando que esta característica responde a un elemento fáctico, como es la variabilidad de las circunstancias, lo cual reconoce sin problema la naturaleza contingente, huidiza, eventual y abstracta del fenómeno de riesgo, de ahí que el riesgo sobre el objeto

procesal pueda variar y, por paridad de razón, también la necesidad y requerimientos de tutela cautelar.

Una vez analizados aspectos generales y propuesta la reconceptualización, la cual se reafirma con el estudio de las características estructurales y su relación con la gestión del riesgo, el análisis de los presupuestos procesales se convierte en un ejercicio de suma riqueza, por cuanto permite configurar en el plano de lo fáctico la *situación real de riesgo* que incide sobre el objeto procesal. El apartado e) redimensiona los tres presupuestos, comenzando con el tradicional *periculum in mora* (sub-apartado e.1.). Este presupuesto es esencial, pero su estudio siempre está arraigado a los postulados tradicionales, por ello, la incorporación del componente gestión del riesgo permite ensanchar los alcances del presupuesto y proponerlo como *riesgo sobre el objeto procesal*. Esta propuesta se sustenta en lo analizado sobre la instrumentalidad y en la comprensión de los factores del riesgo, por considerar que el peligro o amenaza es tan solo una parte del todo, es decir, el *periculum in mora* solo toma en cuenta un factor (parte) y no el fenómeno de riesgo completo (todo), por tanto, permite incorporar al análisis elementos como las vulnerabilidades, la exposición y la capacidad de respuesta, antes no considerados. He aquí la fase evaluación del riesgo, sub-etapa de identificación de los factores de riesgo, lo que comporta un *diagnóstico preliminar del riesgo sobre el objeto procesal*.

El sub-apartado e.2.) estudia el *fumus boni iuris*, pero no escrupulosamente, sino desde un punto de vista real, es decir, fuera del prurito de la imparcialidad, ya que la medida cautelar en verdad es un medio de protección provisional anticipada del objeto procesal, por tanto, su único objetivo es gestionar el riesgo sobre las circunstancias fáctico-jurídicas del proceso, de manera que la aplicación definitiva del ordenamiento jurídico mediante la decisión final no se convierta en ineficaz o inefectiva. Así, la medida de protección no tiene porqué referirse al fondo del asunto, aún cuando anticipe la protección, es decir, debe abandonar el afán de condicionar la medida al éxito que pueda obtener alguna de las partes respecto del *objeto procesal*. La apariencia de buen derecho es una valoración negativa de que lo pretendido es legal y razonable y que existe un riesgo que justifica la protección.

El tercer presupuesto es la ponderación de intereses que se aborda en el sub-apartado e.3.). La propuesta es de utilidad, puesto que identifica dos niveles de análisis en los intereses involucrados, sea el fáctico y el axiológico. Esto permite ponderar la relevancia jurídica de cada interés y luego proceder con una jerarquización relativa, es decir, relativa solo frente a la pretensión cautelar y no respecto de la tutela definitiva. Este presupuesto permite, luego de aquel análisis, efectuar un juicio de ponderación del riesgo (fase de evaluación del riesgo) para calificarlo como aceptable, tolerable o intolerable, lo cual se ubica en la fase de evaluación del riesgo, sub-etapa de evaluación *per se*.

La verificación de los presupuestos debe llevar a la necesidad de conceder una medida cautelar, por tanto, ahora corresponde valorar cuál es el contenido de la medida. El apartado f) estudia el contenido de las medidas cautelares, especialmente, según su clasificación en típicas y atípicas. Sin embargo, lo más significativo de este apartado es la fenomenología jurídica del riesgo, descrita en el Capítulo Primero, aplicada a la tutela cautelar con el propósito de determinar el efecto jurídico genérico de la medida cautelar, de tal forma que sea incida la situación jurídica de riesgo o situación jurídica cautelable, en tal caso. La fijación del contenido de la medida cautelar permite transformar la *situación real de riesgo* (nivel fáctico), identificada con el análisis de los presupuestos procedimentales en una *situación jurídica de riesgo* (nivel jurídico). Luego de ese análisis fenomenológico, es posible identificar las estrategias de gestión del riesgo (prevención o mitigación) e individualizar las medidas concretas, según la calificación dada en la evaluación del riesgo (aceptable, tolerable o intolerable).

El apartado g) contempla la revisión de la necesidad de las medidas cautelares, es decir, fase de control del riesgo, *post*-gestión. Se parte del escenario de que la medida ha sido ejecutada, por lo que cobra relevancia la característica estructural de la flexibilidad por variación de las circunstancias. La revisión implica valorar si los presupuestos se mantienen, se modifican o se extinguen, en cuyo caso así también deberá cambiar el contenido de la medida o su revocación. Para ello, se propone tres criterios de revisión, sin ser exhaustivo, que son: 1. Por transformaciones en la instrumentalidad y provisionalidad; 2. Por transformaciones en la *summaria cognitio* y el presupuesto de *fumus boni iuris*; 3. Por transformaciones en el riesgo sobre el objeto procesal y 4. Por transformaciones en los intereses involucrados.

En general, la doctrina jurídica sobre la tutela cautelar ha surgido de la teoría general del proceso, en especial, del proceso civil. Esto es especialmente en el marco de la doctrina italiana con Giuseppe Chiovenda y Piero Calamandrei. En Costa Rica, se utiliza como base el trabajo de Ernesto Jinesta Lobo titulado: *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo* (1996) y el de Álvaro López Camacho, denominado: *Medidas Cautelares. En el Código Procesal Contencioso Administrativo* (2012). Igualmente se consultan trabajos de la doctrina española de Jaime Guasp, Jesús González Pérez, Eduardo García de Enterría, Carmen Chinchilla Marín y de doctrina nacional en el ámbito del derecho procesal civil, como Carlos Picado Vargas y Sergio Artavia Barrantes.

El apartado h) tiene como propósito analizar algunos institutos y principios jurídicos que puedan coadyuvar en el trámite de gestión del riesgo al momento de conceder una medida cautelar, para ello se seleccionan los siguientes: h.1.) Principios preventivo y precautorio; h.2.) Discrecionalidad administrativa y principio de proporcionalidad.

## CAPÍTULO PRIMERO

### Riesgo y gestión del riesgo de desastres

El problema de investigación surge del desfase entre norma jurídica y realidad. En este Capítulo se analiza el riesgo y el desastre como fenómenos que transforman la realidad, por tanto, como co-causantes de ese desfase. El objetivo específico de este Capítulo es *conceptualizar el riesgo de desastres como un fenómeno social que exige flexibilidad en la regulación jurídica del espacio*.

Se estudia el riesgo desde un punto de vista teórico, para ello se sigue una lógica deductiva, por lo que el apartado a) comienza con una conceptualización del riesgo y del desastre como fenómenos de tipo social y jurídico. Ese apartado realiza un análisis ontológico, epistemológico y fenomenológico-jurídico del riesgo. El apartado b) parte de ese marco teórico para luego analizar, ya en un nivel más operativo, el concepto de *gestión del riesgo de desastres*. Para ese propósito, se recurre al abordaje propuesto por el *International Risk Governance Council*, por lo que el concepto específico utilizado es el de *gobernanza del riesgo*. Este apartado termina describiendo las particularidades de la gestión del riesgo de desastres, la cual contempla fases adicionales al proceso normal de gestión o gobernanza del riesgo.

El apartado c) es el último del Capítulo y su propósito es describir y en algunos casos analizar críticamente el esquema legal de la gestión del riesgo de desastres en Costa Rica, conforme a la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, Ley No. 8488. Para ello se identifica el *objeto* de regulación, los *sujetos* competentes y el *modo* o *modelo* implantado por la Ley para la gestión del riesgo. Lo anterior, se concretiza con el análisis de los *instrumentos jurídicos para la gestión del riesgo*. El apartado termina con el análisis del *fin* público subyacente en la Ley No. 8488.

#### **a.- Riesgo y desastre como fenómenos sociales y jurídicos**

El riesgo es fácil de experimentar, pero difícil de definir. Ontológica y epistemológicamente constituye una noción compleja que es mayoritariamente estudiada por la economía, la estadística, la ciencia actuarial, la geografía, la geología, la filosofía, la psicología, entre otras disciplinas. Desde el Derecho, el estudio del riesgo es tratado en pocos ámbitos, como en el caso del derecho ambiental, derecho de los seguros, de los contratos, responsabilidad patrimonial, riesgos del trabajo y derecho penal, por ejemplo.

Lo que el Derecho conoce del riesgo es porque lo “experimenta” y porque son otras las disciplinas las que lo definen y caracterizan, pero no necesariamente porque desde la



dogmática jurídica se emprende la tarea de estudiar la noción de riesgo, salvo algunas excepciones<sup>33</sup>.

Debido a esta insuficiencia, en este trabajo se propone un abordaje teórico sobre el concepto de riesgo (ontología, epistemología y fenomenología), para lo cual se toman como base los trabajos de Ulrich Beck, Niklas Luhmann, Ortwin Renn y Andreas Klinke. Por precisión y claridad teórica, debe indicarse que el pilar principal para este análisis es el trabajo de Ulrich Beck (*La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad*), de modo que las consideraciones de otros autores son empleadas con precauciones necesarias para evidenciar los puntos en los que tales planteamientos resultan divergentes unos de otros.

### a.1.- Ontología del riesgo: el riesgo como realidad

El *riesgo* es conceptualizado de dos formas: por un lado, como un *objeto* de la realidad y, por otro, como una *representación* o *percepción* de la realidad<sup>34</sup>.

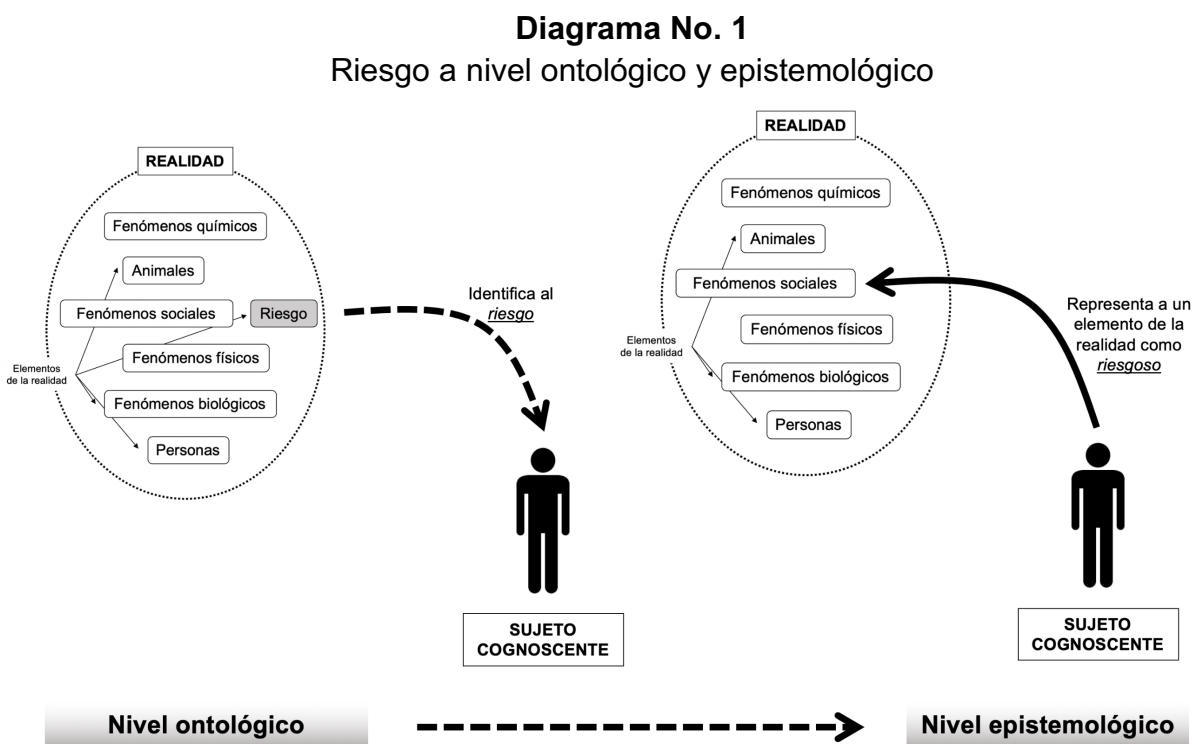
---

<sup>33</sup> Por ejemplo, ver: Posner, Richard. (2004) *Catastrophe. Risk and Response*. 1st Ed. Oxford: Oxford University Press | Esteve Pardo, José. (1999) *Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*. Barcelona: Ariel. | Leite, José Rubens Morato (Coord.) (2012) *Dano ambiental na sociedade de risco*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva. | Bahía, Carolina Medeiros (2012) *Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente: elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental*. Tesis para optar por el grado de Doctorado en Derecho, Centro de Ciencias Jurídicas de la Universidad Federal de Santa Catarina. Disponible en: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99316/302182.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Calderón Ramírez, Daniel, Frey, Klaus. (2016) "El ordenamiento territorial para la gestión del riesgo de desastres en Colombia". Disponible en: *Territorios*, (36) (239-264). DOI: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/territorios/a.4795> | Forray, Vincent. (2014) "Peut-être. Incertitude du risque et dialectique de la responsabilité". En: *McGill Law Journal*, 59(4) (847-887). Disponible en: <<https://www.erudit.org/fr/revues/mlj/2014-v59-n4-mlj01492/1026131ar/>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Fortin, Isabelle (2000) "Réflexion sur l'assurabilité du risque environnemental au Québec". En: *Le Cahiers de droit*, 41(3) (473-512). Disponible en: <https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/2000-v41-n3-cd3823/043613ar/> | Luhmann, Niklas (2014) *A sociological Theory of Law*. 2<sup>nd</sup> Ed. Oxon: Routledge. | Viscusi, Kip. (1999) "How Do Judges Think about Risk?" En: *American Law and Economics Review*, Vol. 1, No. ½ (26-62). Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/42705348>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Viscusi, Kip. (2000) "Risk Equity". En: *The Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. S2 (843-871). Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/10.1086/468097>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Finkelstein, Claire (2003) "Is Risk a Harm?" En: *The University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, No. 3 (963-1001). Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/3312883>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Fennell, Lee Anne. (2011) "Unbundling Risk". En: *Duke Law Journal*, Vol. 60, No. 6 (1285-1365). Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/25799511>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Martínez García, Jesús Ignacio. (2010) "Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann". En: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, No. 21 (133-160). Disponible en: <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/273/3014>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>34</sup> Terje Aven resume: "Some consider risk as subjective and epistemic, dependent on the available knowledge, whereas others grant risk an ontological status independent of the assessors". Aven, Terje. (2011) "On How to Conceptualize and Describe Risk". En: *RT&A*, (1)20, Vol. 2 (28-37): p. 28. Disponible en: <<http://hdl.handle.net/11250/181876>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: "Algunos consideran el riesgo como subjetivo y epistémico, dependiente del conocimiento disponible, mientras que otros le garantizan un estatus ontológico independiente de los observadores (evaluadores)".

En rigor, la ontología del riesgo solo puede analizarse en el marco de la primera idea, puesto que la segunda es parte de la epistemología, en el entendido de que el objeto aprehendido por el sujeto no es el riesgo *per se*, sino cualquier elemento de la realidad representado como riesgoso.

Quienes niegan el estatus ontológico del riesgo, basan su análisis únicamente a nivel epistemológico, mientras que aquellos que le reconocen algún tipo de estatus ontológico, admiten un análisis bidimensional: primero ontológico y luego epistemológico. De modo que la concepción puramente epistemológica no incluye la ontológica. La relación entre el análisis ontológico y epistemológico, puede esquematizarse de la siguiente manera:



**Fuente:** elaboración propia, 2019.

El Diagrama anterior describe dos niveles de análisis (ontológico y epistemológico) y permite explicar mejor la concepción del riesgo. Desde el punto de vista puramente epistemológico, el riesgo no es un objeto, sino que es la representación de un elemento de la realidad. De modo que el riesgo no existe como entidad autónoma a nivel ontológico, más bien, lo que existe es el estatus ontológico del elemento de la realidad que se representa como riesgoso. El riesgo es, pues, una representación únicamente.

Por su parte, cuando se considera que el riesgo sí es un *objeto* de la realidad, entonces adquiere estatus ontológico. De ahí que el *sujeto cognoscente* lo identifique como tal en la

realidad; sin embargo, una vez identificado se crea una *relación* entre objeto-sujeto cuya explicación se efectúa a nivel epistemológico.

En el Diagrama, las *flechas con líneas discontinuas* expresan el tránsito del nivel ontológico al epistemológico, mientras que en el caso de la perspectiva puramente epistemológica la *flecha es una línea continua*. La dirección de la flecha en el caso del nivel ontológico va en sentido objeto-sujeto, ya que el objeto es identificable y, por tanto, es percibido por el sujeto como tal. Mientras que en el nivel puramente epistemológico la dirección de la flecha va en el sentido sujeto-objeto, enfatizando que el sujeto es quien representa lo riesgoso en la realidad.

La cuestión es “(...) *to what extent risk then exist objectively, independently of the assessor*”<sup>35</sup>. En este trabajo se parte de un análisis bidimensional del riesgo, sea en su nivel ontológico como epistemológico. La siguiente explicación pretende reducir a su mínima expresión el estatus ontológico del riesgo, para luego explicar su complejidad de una manera más clara.

El *riesgo* es un objeto ideal de la realidad. Por ideal entiéndase lo contrario a lo material, es decir, aquello que no tiene corporeidad, algo inmaterial, pero real.

Ontológicamente, el *riesgo* puede concebirse como un *estado transitorio de una situación real*, sea esta última un conjunto de relaciones entre sujetos, objetos, hechos o actos. Esta proposición es referencial, puesto que hace depender la existencia y dinámica del *riesgo* de la preexistencia y dinámica de la *situación real*, la cual viene siendo su sustrato material.

Ese *estado transitorio* es un lapso y un espacio en que la *situación real* está en transformación. Así, el *riesgo* es un *estado transitorio de cambio*. Mientras dure el *cambio* existe *riesgo*. El *cambio de estado* puede o no producirse, lo que implica que el *riesgo* puede extinguirse o prolongarse. El riesgo se extingue, sea porque su causa dejó de existir, o bien porque se materializó el cambio.

Para dejar clara esta aproximación, considérese el siguiente ejemplo: un sujeto cognoscente se encuentra al medio día cerca de un área con vegetación. La vegetación se encuentra en su gran mayoría sin follaje verde, reseca y otro tanto muerta, esto debido a que las condiciones

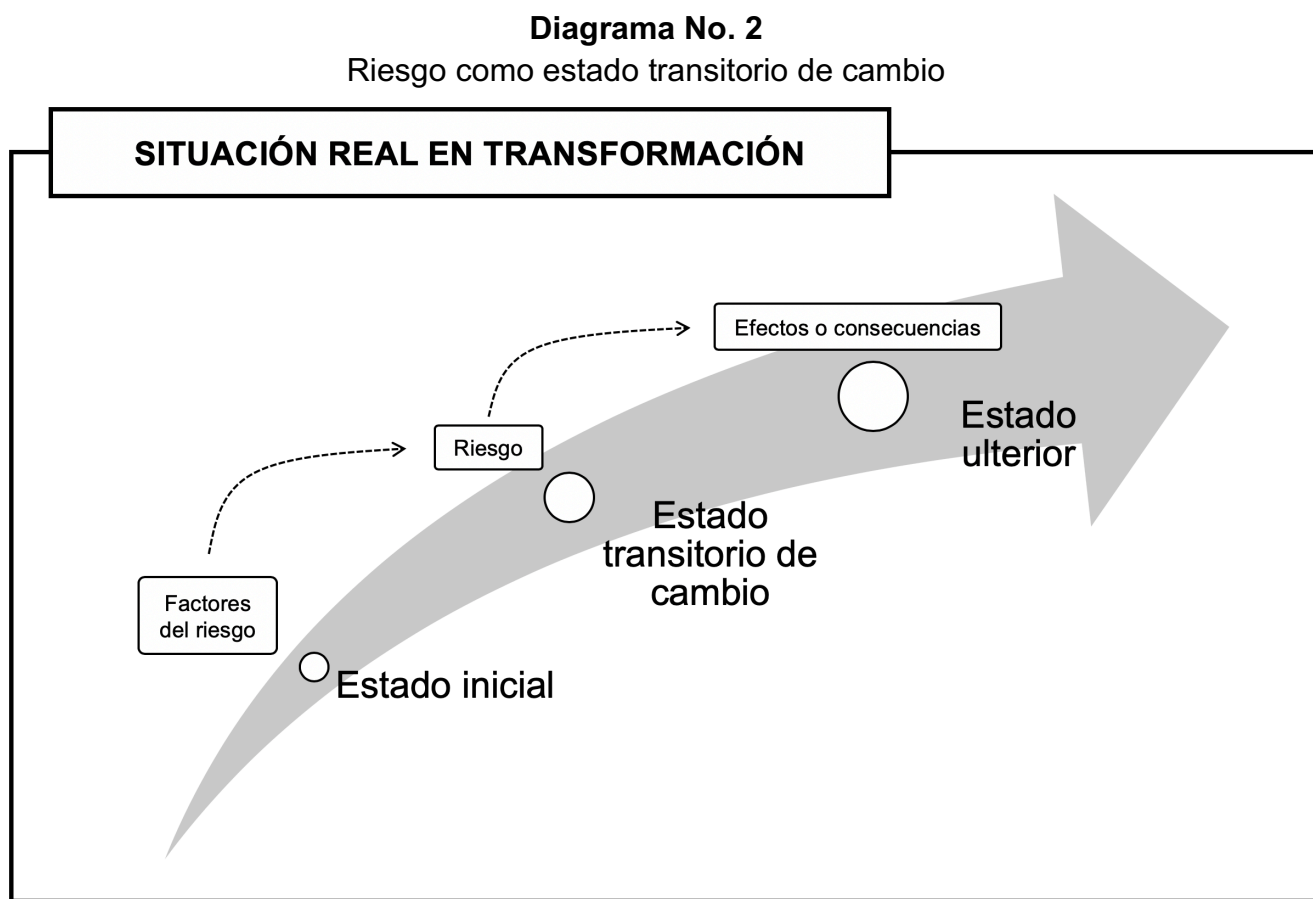
---

<sup>35</sup> Aven, Terje; Renn, Ortwin; Rosa, Eugene. (2011) “*On the ontological status of the concept of risk*”. En: *Safety Science*, No. 49 (1074-1079): p. 1075. Disponible en: <[https://www.academia.edu/attachments/54487853/download\\_file?st=MTU1NzI1NjlxMywyMDAuOS41OS4yNDgsMTExODQ3MzEw&s=swp-toolbar](https://www.academia.edu/attachments/54487853/download_file?st=MTU1NzI1NjlxMywyMDAuOS41OS4yNDgsMTExODQ3MzEw&s=swp-toolbar)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “*Hasta que punto el riesgo existe objetivamente, independientemente de la persona evaluadora*”. Ver en el mismo sentido: Althaus, Catherine. (2005) “A disciplinary Perspective on the Epistemological Status of Risk”. En: *Risk Analysis*, Vol. 25, No. 3 (567-588): p. 567. Disponible en: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1539-6924.2005.00625.x>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

climáticas actuales son propias de la época seca (verano). No hay lluvia ni nubosidad. Un sujeto cognoscente considera que existe un riesgo de incendio forestal.

Según el ejemplo, puede preguntarse: ¿cómo el sujeto logra identificar en la realidad un *riesgo de incendio forestal*, considerando que la vegetación está en su estado normal para la época (sin follaje, reseca y otro tanto muerta) y no se vislumbra al momento de observación ningún conato de incendio?

Entonces: ¿la falta de incendio implica la ausencia de riesgo, o más bien, que ante condiciones normales no existe riesgo? Claramente, las conclusiones anteriores son incorrectas y esto es así porque estas describen, respectivamente, los estados previo y ulterior al estado de riesgo, el cual es un *estado transitorio de cambio*. La dinámica de cambio de una situación real puede graficarse de la siguiente manera:



**Fuente:** Elaboración propia, 2019.

El Diagrama anterior aclara lo expuesto. Inmediatamente antes y durante el *riesgo* aparecen los *factores del riesgo*. Una vez configurado el *riesgo*, comienza el *estado transitorio de cambio* y, finalmente, siempre que el riesgo se materialice, es posible que se generen los *efectos o*

consecuencias del riesgo, las que son eventuales. Para efectos de esta aproximación ontológica, se entiende que los *factores de riesgo* intervienen como elementos de la *situación real de riesgo*. Estos *factores* se denominan *amenazas* o *vulnerabilidades*. Sin embargo, su análisis a detalle se hace más adelante, por ahora interesa su categoría ontológica, sea como actos, hechos, objetos o sujetos.

En el ejemplo dado, el *estado inicial*<sup>36</sup> está definido, entre otras cosas, por las *vulnerabilidades* de los *elementos en riesgo* (vegetación y sujeto observador) y las múltiples *amenazas* que inciden sobre la materialización del riesgo (la radiación solar, otro tipo de radiaciones, fuentes combustibles, entre otras). El *estado transitorio de cambio* es el riesgo en sí, es decir, mientras los elementos de la realidad implicados no modifiquen los factores del riesgo, el riesgo existe en mayor o menor medida. El *estado ulterior* es eventual, porque depende de la materialización del riesgo. Pero, una vez materializado los *efectos* o *consecuencias* se generan indudablemente. En el ejemplo, es fácil concluir que si los factores del riesgo no se modifican, puede aumentar la posibilidad de que el riesgo se materialice, generando con ello el *incendio forestal*, el que ya no sería un riesgo, sino *resultado* de él. Claro está, la materialización de un riesgo puede implicar la generación *ex novo*, la materialización o potenciación de otros riesgos existentes.

El *riesgo* como *estado transitorio de cambio* es la *posibilidad de ocurrencia de algo no deseado*. Esto es similar a lo que se entiende por *potencia*, en el sentido de que algo es capaz de cambiar de *estado*, pero, específicamente, esa posibilidad de cambio se entiende como *no deseada*, al prever que el cambio es hacia algo negativo. Explica Aristóteles que “*la definición principal de la potencia, en su sentido primario, será: principio productor de cambio en otro, o (en ello mismo, pero) en tanto que otro*”<sup>37</sup>.

El *riesgo* existe como un *fenómeno potencial*, como *posibilidad*, como *estado transitorio de cambio*, existe *riesgo* siempre que éste no devenga efectivo. En rigor, el riesgo es esa falta de actualización de la posibilidad, por tanto, existe riesgo mientras no ocurra lo posible. El *riesgo* es siempre una potencialidad y no un resultado. Es un estado en desarrollo, pero no un resultado. Así lo entiende Ortwin Renn al explicar:

*All risk concepts have one element in common: the distinction between reality and possibility. (...) If the future is either predetermined or independent of present human activities, the term risk makes no sense. (...) If the distinction between reality and possibility is accepted, the term risk denotes the possibility that an undesirable state*

---

<sup>36</sup> El estado inicial o normal no debe ser visto como ausencia de transformación, puesto que es perfectamente posible que una situación real se transforme sin llegar a constituir en algún momento un riesgo. De modo que el apelativo “inicial” es relativo a la posibilidad de entrar a un estado transitorio de cambio, es decir, a la posibilidad de convertirse en riesgo y no a la ausencia de transformación o a la retroacción de estado.

<sup>37</sup> Aristóteles. (1994) *Metafísica*. 1ª Ed. Madrid: Editorial Gredos S.A.: p. 237.

*of reality (adverse effects) may occur as a result of natural events or human activities*<sup>38</sup>.

El riesgo no siempre es causa efectiva, por tanto, el *resultado* del riesgo es *accidental* al estatus ontológico del riesgo como tal. Esto quiere decir que no es exacto definir *ontológicamente* al riesgo a partir de su resultado.

Considerando que el *riesgo* es un *estado transitorio de cambio*, cuya existencia se define como la *posibilidad de ocurrencia de algo no deseado*, ese estado tiene como sustrato material una *situación real* que es un conjunto complejo de relaciones entre objetos, sujetos, actos y hechos.

De esta manera, la *situación real* se transforma a una *situación real de riesgo* (estado transitorio de cambio) cuando le sobreviene la influencia de vulnerabilidades y amenazas. Las *vulnerabilidades* y *amenazas* cuando aparecen se integran a la *situación real* y a partir de ese momento se constituyen como el elemento causal del riesgo, es decir, como *factores de riesgo* que dan como resultado a una *situación real de riesgo* que es lo mismo que el *estado transitorio de cambio*.

Mientras los *factores de riesgo* estén presentes, el *estado transitorio de cambio* o *riesgo* existe. La *situación real de riesgo* es *activa y pasiva*, según que los elementos de esta sean *factores de riesgo* (elementos activos) o sean *elementos en riesgo* (elementos pasivos). Sintéticamente, el *riesgo* está compuesto en su unidad ontológica mínima por los siguientes dos elementos, todos parte del conjunto denominado como *situación real de riesgo, estado transitorio de cambio* o *riesgo*<sup>39</sup>: (1) **Elemento activo**: factores *de* riesgo; (2) **Elemento pasivo**: elementos *en* riesgo.

---

<sup>38</sup> Renn, Ortwin. (1992) "Concepts of Risk: A classification". En: *Social theories of risk*. Krinsky, Sheldon (Ed.). Westport: Praeger, pp. 53-79: p. 56. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/publication/309010237\\_Concepts\\_of\\_risk\\_A\\_classification/download](https://www.researchgate.net/publication/309010237_Concepts_of_risk_A_classification/download)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: "Todos los conceptos de riesgo tienen un elemento en común: la distinción entre realidad y posibilidad. (...) Si el futuro es predeterminado o independiente de las actividades humanas presentes, el término riesgo no tendría sentido. (...) Si la distinción entre realidad y posibilidad es aceptada, el término riesgo denota la posibilidad de que un estado no deseado de la realidad (efectos adversos) pueda ocurrir como resultado de eventos naturales o actividades humanas".

<sup>39</sup> Esto ha sido expuesto de manera similar por Åsa Boholm y Hervé Corvellec en su teoría relacional del riesgo, explicada a partir de los planteamientos de Stephen Hilgartner, según los cuales el concepto de riesgo tiene en común al menos tres elementos: objeto en riesgo, un daño putativo (potencial) y un vínculo causal entre el objeto y el daño. Ellos resumen su planteamiento de la siguiente manera: "(...) *this theory conceives risk as resulting from situated cognition that establishes a relationship of risk linking two objects, a risk object and an object at risk, in a causal and contingent way so that the risk is considered, in some way and under certain circumstances, to threaten the value object at risk*". Boholm, Åsa; Corvellec, Hervé. (2011) "A relational theory of risk". En: *Journal of Risk Research*, 14(2), (175-190): p. 176. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/publication/233233175\\_A\\_relational\\_theory\\_of\\_risk](https://www.researchgate.net/publication/233233175_A_relational_theory_of_risk)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: "(...) *esta teoría concibe el riesgo como resultado de una cognición situada que establece una relación de riesgo entre dos objetos, un objeto de riesgo y un objeto en riesgo, de manera*

Ortwin Renn explica que “*the definition of risk contains three elements: undesirable outcomes, possibility of occurrence and state of reality*”<sup>40</sup>. Esta definición es conforme con la explicación aquí sustentada: *el riesgo es la posibilidad de ocurrencia de algo no deseado*. Obsérvese con cuidado que los “undesirable outcomes” son equivalentes a lo que aquí se dice como “algo no deseado”. Esta “forma de decir” evidencia el carácter axiológico del riesgo, lo que no implica que el resultado del riesgo sea, en sí, parte de su ontología. El “state of reality” viene siendo lo que aquí se explica como *situación real de riesgo o estado transitorio de cambio*.

Ahora bien, en aras de dejar clara la exposición, retómese el ejemplo anterior: en este la *situación real en estado inicial* está definida por un objeto (vegetación), un sujeto (sujeto cognoscente) y unos hechos (estado de la vegetación y condiciones climáticas). La *situación real de riesgo o estado transitorio de cambio* se estructura así: los *elementos pasivos* son la vegetación (objeto) y el sujeto cognoscente (sujeto), mientras que los *elementos activos o factores de riesgo* vienen siendo los hechos, por un lado el estado de la vegetación como *vulnerabilidad* del objeto y por otro lado las condiciones climáticas (radiación solar) como *amenaza*.

## **a.2.- Epistemología del riesgo: el riesgo como valor**

Si el *riesgo es la posibilidad de ocurrencia de algo*, entonces, ¿qué lo diferencia de la mera *probabilidad, potencialidad, posibilidad o chance*? La pregunta es esencial y la respuesta constituye el vínculo entre el estatus ontológico del riesgo y su concepción epistemológica. Es a nivel epistemológico que el *riesgo* se concibe como un fenómeno social, así como otras concepciones<sup>41</sup>.

---

*causal y contingente, de manera que el riesgo es considerado, de alguna forma y bajo ciertas circunstancias, para amenazar el valor del objeto en riesgo*”. Considérese que lo que estos autores consideran como una “relationship of risk” aquí se propone como un *estado transitorio de cambio o situación real de riesgo*. Los elementos de esa relación (elementos de la situación real de riesgo) son lo que aquí se considera como elementos activos (“risk objects”) y como elementos pasivos (“objects at risk”).

<sup>40</sup> Renn, Ortwin. (1992) “Concepts of Risk: A classification”. En: *Social theories of risk*. Krinsky, Sheldon (Ed.). Westport: Praeger, pp. 53-79: p. 58. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/publication/309010237\\_Concepts\\_of\\_risk\\_A\\_classification/download](https://www.researchgate.net/publication/309010237_Concepts_of_risk_A_classification/download)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “*La definición de riesgo contiene tres elementos: resultados no deseados, posibilidad de ocurrencia y estado de la realidad*”.

<sup>41</sup> El análisis epistemológico ha dado lugar a múltiples perspectivas provenientes de diversas áreas disciplinares como la siguientes: 1) Ciencias actuariales: el riesgo como valor esperado; 2) ciencias econométricas, estadísticas y probabilísticas: riesgo como valor sistematizado; 3) Economía: riesgo como utilidad o lucro esperado; 4) Psicología: riesgo como beneficio percibido esperado; 5) Ciencias sociales: sociedad del riesgo, el riesgo como instrumento de poder, riesgo como fenómeno social, entre otras. Para mayor detalle consultar: Njå, Ove; Solberg, Øivind; Braut, Geir. (2017) “Uncertainty. Its Ontological Status and Relation to Safety”. En: Motet, Gilles; Bieder, Corinne (Eds.) *The Illusion of Risk Control. What Does it Take to Live With Uncertainty?* Switzerland: Springer. | Fischhoff, Baruh. (1984) “Defining Risk”. En: *Policy Sciences*, Vol. 17, No. 2, (123-139). Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/4532016>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Renn, Ortwin. (1992) “Concepts of Risk: A classification”. En: *Social theories of risk*. Krinsky, Sheldon (Ed.). Westport: Praeger,

Epistemológicamente, el *riesgo* es entendido como un valor, debido al carácter *no deseado* (carga axiológica) del resultado esperado. El *riesgo* es un valor en tanto el sujeto cognoscente, frente al riesgo, orienta su accionar a partir de “lo no deseado” del resultado posible y eventual.

Es por eso que el carácter axiológico, aun cuando es parte de la definición de *riesgo*, no debe ser entendido desde la ontología del riesgo, sino desde la epistemología, como la forma de aprehensión del fenómeno (riesgo) por parte del sujeto.

Entonces, el *riesgo* es siempre negativo, más precisamente se trata de un anti-valor o dis-valor. Por esta razón, si el *riesgo* no fuera negativo, sería equivalente al *chance*, a la *probabilidad*, *posibilidad* o *potencialidad*.

Considérese que existen posiciones teóricas que consideran que el riesgo puede ser positivo<sup>42</sup>. Desde el punto de vista lingüístico se dice que “*risk can thus be something that is positive or negative, and it is both a noun (taking risks) and a verb (facing risks)*”<sup>43</sup>. Esta perspectiva es amplia, por cuanto se explica desde el punto de vista histórico y empírico. Se indica, no sin discusión, que el uso del término *riesgo* surgió en la Edad Media, en el marco de los viajes marítimos comerciales, específicamente por el *riesgo* de perder las mercaderías en

---

pp. 53-79: p. 57. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/publication/309010237\\_Concepts\\_of\\_risk\\_A\\_classificati\\_on/download](https://www.researchgate.net/publication/309010237_Concepts_of_risk_A_classificati_on/download)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. | Althaus, Catherine. (2005) “A disciplinary Perspective on the Epistemological Status of Risk”. En: *Risk Analysis*, Vol. 25, No. 3 (567-588): pp. 575-577. Disponible en: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1539-6924.2005.00625.x>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>42</sup> La definición propuesta por Eugene Rosa sostiene que riesgo es “*a situation or event where something of human value (...) has been put at stake and where the outcome is uncertain*”. Esta definición es citada directamente por Tiago Prince, Giancarlo Guizzardi, Fernanda Araujo y João Almeida, quienes comentan lo siguiente: “(...) Rosa’s definition does not exclude the case of *‘positive risks’* (...) This idea that risks are not necessarily ‘bad’, however, is in fact much older, dating back to at least the 1960’s, when the distinction of speculative and pure risks was already being discussed” (Subrayado es suplido). Prince, Tiago; Guizzardi, Giancarlo; Araujo, Fernanda; Almeida, João. (2018) “The Common Ontology of Value and Risk”. Ponencia presentada en 37<sup>th</sup> International Conference on Conceptual Modeling (ER 2018). Xi’an, China, 22-25 de octubre 2018: p. 4. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/publication/325995105\\_The\\_Common\\_Ontology\\_of\\_Value\\_and\\_Risk](https://www.researchgate.net/publication/325995105_The_Common_Ontology_of_Value_and_Risk)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “(...) la definición de Rosa no excluye el caso de los ‘riesgos positivos’ (...) Esta idea de riesgos que no son necesariamente ‘malos’, sin embargo, es más antigua fechada al menos en la década de 1960, cual la distinción entre riesgos puros y especulativos estaba siendo discutiva”. | Ver en el mismo sentido la aclaración hecha en: International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 19. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance__reprinted_version_3.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>43</sup> Althaus, Catherine. (2005) “A disciplinary Perspective on the Epistemological Status of Risk”. En: *Risk Analysis*, Vol. 25, No. 3 (567-588): p. 570. Disponible en: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1539-6924.2005.00625.x>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “Así, el riesgo puede ser algo que es positivo o negativo y es en ambos un sustantivo (tomar riesgos) y un verbo (arriesgar o enfretar riesgos)” | Ver en el mismo sentido: Hamilton, Craig; Adolphs, Svenja; Nerlich, Brigitte. (2007) “The meanings of ‘risk’: a view from corpus linguistics”. En: *Discourse & Society*, Vol. 18, No. 2, (163-181): p. 176. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/42889114>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.



los hundimientos de barcos, producto de las corrientes oceánicas y el encallamiento de los barcos en los *riscos*. En ese contexto se emplea el término *riesgo* como elemento esencial en los contratos de aseguramiento de mercaderías que se comercializan vía marítima<sup>44</sup>.

Desde la teoría económica y propiamente de los seguros<sup>45</sup>, el riesgo se concibe por John Haynes como “*chance of damage or loss*”<sup>46</sup>. Si bien, se trata de una carga negativa, los economistas posteriores a Haynes vinculan el riesgo a su significado positivo, que es la ganancia proporcional al grado de riesgo. Por ejemplo, Allan Willet señala en su momento que “*It has long been considered a commonplace of economic theory that the reward of labor, varies directly as the degree of risk to which they are exposed as a result of their economic activity*”<sup>47</sup>.

En el mismo sentido, uno de los aportes más significativos a la teoría del riesgo proviene de la ciencia económica, con el análisis propuesto por Frank Knight, quien distingue entre *riesgo* e *incertidumbre*, calificando al primero como una *probabilidad objetiva* y a la segunda como una *probabilidad subjetiva*. Sin embargo, interesa destacar que Knight entiende al riesgo considerando que la “*(...) distribution of the outcome in a group of instances is known (either through calculation a priori or from the statistics of past experience)*”<sup>48</sup>, mientras que en la probabilidad subjetiva (incertidumbre) dicha distribución no ocurre de esa manera.

En todo caso, para efectos de continuar con la aproximación epistemológica, acá se propone entender, de acuerdo con algún sector de la teoría sobre el riesgo, que el riesgo es un *valor*. Específicamente, se afirma que el riesgo es siempre un antivalor o un valor de carga negativa, esto con el propósito de diferenciar su estatus ontológico de aquello que constituye una mera probabilidad, posibilidad, potencialidad o chance.

---

<sup>44</sup> Consultar para mayor detalle: Althaus, Catherine. (2005) “A disciplinary Perspective on the Epistemological Status of Risk”. En: *Risk Analysis*, Vol. 25, No. 3 (567-588): p. 570. Disponible en: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1539-6924.2005.00625.x>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Hamilton, Craig; Adolphs, Svenja; Nerlich, Brigitte. (2007) “The meanings of ‘risk’: a view from corpus linguistics”. En: *Discourse & Society*, Vol. 18, No. 2, (163-181): p. 163-166. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/42889114>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Luhmann, Niklas. (1998) *Sociología del Riesgo*. 1ª Ed. México: Triana Editores; Universidad Iberoamericana: pp. 50-52.

<sup>45</sup> Para mayor detalle consultar: Wood, Oliver. (1964) “Evolution of the Concept of Risk”. En: *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 31, No. 1, (83-91). Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/251211>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Head, George. (1967) “An Alternative to Defining Risk as Uncertainty”. En: *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 34, No. 2, (205-214). Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/251319>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>46</sup> Haynes, John. (1895) “Risk as an Economic Factor”. En: *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 9, No. 4, (409-449): 409. Disponible en: <<https://ia801700.us.archive.org/22/items/jstor-1886012/1886012.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>47</sup> Willet, Allan. (1951) *The Economic Theory of Risk and Insurance*. Illinois: The S.S. Huebner Foundation for Insurance Education: p. 3. Traducción libre: “*Durante mucho tiempo ha sido considerado un lugar común de la teoría económica que la recompensa del trabajo varía directamente según el grado de riesgo al cual está expuesto, como resultado de su actividad económica*”.

<sup>48</sup> Knight, Frank. (1964) *Risk, Uncertainty and Profit*. New York: Augustus M. Kelly, Bookseller: p. 233. Traducción libre: “*(...) la distribución del resultado [lucro-ganancia] en un grupo de instancias es conocida (sea a través del cálculo a priori o de las estadísticas de la experiencia previa)*”.

Entonces, el riesgo siempre será *la posibilidad de ocurrencia de algo no deseado*. Como lo formula Haynes, “chance of damage or loss”, pero sin considerar la contrapartida proporcional de ganancia o lucro correlativa. Así, se comparte la apreciación de Wood al señalar que *“the ‘chance of loss’ definition perfectly describes the pure risk where there is only the possibility of a loss or unfavorable outcome”*<sup>49</sup>.

El riesgo, como objeto ideal puede ser aprehendido por el sujeto en forma de “conocimiento”. Señala Johannes Hessen que esa *“(…) aprehensión se presenta como una salida del sujeto fuera de su propia esfera, una invasión en la esfera del objeto y una captura de las propiedades de éste”*<sup>50</sup>.

La “aprehensión” es la acción del sujeto respecto del objeto y esta acción genera un resultado que Hessen explica como una “captura de propiedades” y esta es una *representación del objeto*. La representación del objeto efectuada por el sujeto es lo que Hessen denomina como la *trascendencia* del objeto en el sujeto. En ese sentido, interesa indicar que: *“esta imagen es objetiva, en cuanto que lleva en sí los rasgos del objeto. Siendo distinta del objeto, se halla en cierto modo entre el sujeto y el objeto. Constituye el instrumento mediante el cual la conciencia cognoscente aprehende su objeto”*<sup>51</sup>. La *percepción del riesgo (risk perception)* corresponde a la *representación del objeto*, mientras que el *riesgo* en sí es el *objeto* de la realidad.

Niklas Luhmann desde la teoría de las formas y en el marco de su teoría de sistemas analiza el concepto de riesgo. Se previene que acá no se está tomando como base teórica la idea de sistema y las leyes de las formas; sin embargo, su análisis orienta sobre la concepción epistemológica del *riesgo*. Al respecto explica:

*(…) lo que en el futuro pueda suceder depende de la decisión que se tome en el presente. Pues, en efecto, hablamos de riesgo únicamente cuando ha de tomarse una decisión sin la cual podría ocurrir un daño. El hecho de que quien tome la decisión perciba el riesgo como consecuencia de la decisión o de que sean otros los que se lo atribuyen no es algo esencial al concepto (aunque sí se trata de una cuestión de definición). Tampoco importa en qué momento ocurre el daño, es decir,*

---

<sup>49</sup> Wood, Oliver. (1964) “Evolution of the Concept of Risk”. En: *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 31, No. 1, (83-91): p. 90. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/251211>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “La definición ‘posibilidad de pérdida’ describe perfectamente el riesgo puro donde solo existe la posibilidad de una pérdida o un resultado desfavorable”. Ver en el mismo sentido: Renn, Ortwin. (1992) “Concepts of Risk: A classification”. En: *Social theories of risk*. Krimsky, Sheldon (Ed.). Westport: Praeger, pp. 53-79: pp. 55-58. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/publication/309010237\\_Concepts\\_of\\_risk\\_A\\_classification/download](https://www.researchgate.net/publication/309010237_Concepts_of_risk_A_classification/download)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>50</sup> Hessen, Johannes. (1992) *Teoría del Conocimiento*. México: Editorial Porrúa S.A.: p. 13

<sup>51</sup> Id., p. 14.

*en el momento de la decisión o después. Lo importante para el concepto, tal y como aquí lo proponemos, es exclusivamente que el posible daño sea algo contingente; esto es, evitable*<sup>52</sup> (Subrayado es suplido).

Subyace en la explicación de Luhmann el carácter axiológico del riesgo, manifestado en este caso, como la actitud de un sujeto cognoscente frente a un fenómeno de riesgo, incitándolo a actuar bajo tales condiciones *para evitarlo*, lo que constituye el contenido axiológico esencial del valor *riesgo*.

Pedro Haba Müller en su antología “Los juicios de valor. Elementos básicos de axiología general”, recoge el texto de José Manuel Delgado Ocando, quien explica lo siguiente sobre la categoría *valor*: “Los valores, en cuanto preferencias socialmente reguladas y objetivadas, introducen en el mundo el principio de la no-indiferencia frente a la realidad empírica. Esta no-indiferencia constituye la categoría del valer por oposición a la categoría del ser”<sup>53</sup> (Subrayado es suplido).

Considerando lo dicho por Hessen, es posible señalar que el *riesgo* como fenómeno u objeto de la realidad aprehendido constituye el *valor*, mientras que la *representación del riesgo* (“imagen del objeto”) efectuada por el sujeto constituye la *valoración*. Bien lo resume Delgado Ocando: “Los términos *valor* y *valoración* suelen emplearse para aludir a dos momentos de un mismo proceso, a saber, el objetivo (*valor*) y el subjetivo (*valoración*). (...) La *valoración* requiere, pues, un criterio axiológico conforme al cual se atribuye a algo una cualidad de *valor*”<sup>54</sup>.

El criterio axiológico empleado se resume en el valor *riesgo*, que aquí se llena de contenido axiológico mediante los términos *no deseado, evitable, daño, pérdida, menoscabo, detrimento, disminución, depauperación, afectación, adversidad, calamidad, desastres*, entre otros. Un sujeto cognoscente frente a un fenómeno u objeto de riesgo (*situación real de riesgo*) se ve en la necesidad de no mostrarse indiferente frente a esa *situación*. Por eso atribuye un valor (*riesgo*) a la realidad considerada (*situación*) y la *representación* efectuada de la realidad es la *valoración* a partir de la cual el sujeto cognoscente actuará de una u otra manera.

El valor *riesgo* se llena de contenido de manera negativa, es decir, considerando su categoría contraria: *seguridad*. En este sentido, Luhmann afirma que “(...) *el concepto de*

---

<sup>52</sup> Luhmann, Niklas. (1998) *Sociología del Riesgo*. 1ª Ed. México: Triana Editores; Universidad Iberoamericana: p. 60.

<sup>53</sup> Delgado Ocando, José Manuel. (1995) “Aproximación teórica a los vocablos *valor* y *valoración*”. En: *Cuaderno de Trabajo No. 46* del Instituto de Filosofía del Derecho “DR. J.M. Delgado Ocando”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia, Maracaibo; citado textualmente por Haba Müller, Pedro. (2015) *Los juicios de valor. Elementos básicos de axiología general*. 2ª Ed. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica: p. 4.

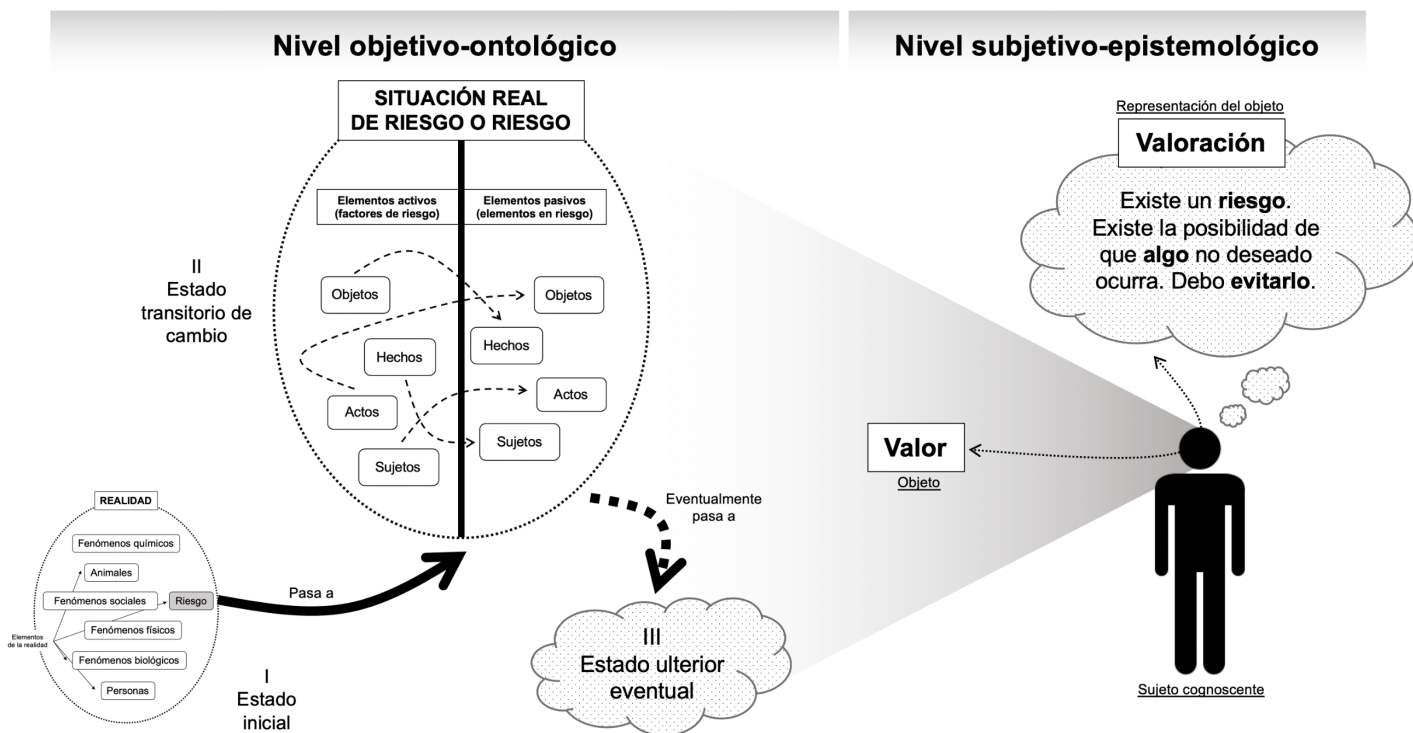
<sup>54</sup> Id., p. 183.

riesgo sería un concepto que ha de determinarse en oposición a la noción de seguridad<sup>55</sup>. Tentativamente considérese el riesgo como ausencia de seguridad, así, siendo la *seguridad* lo deseable, es claro en estos términos que todo aquello *no deseado* entra en la categoría axiológica de *riesgo*, por no ser seguro. Explica Luhmann que “con ello la forma del riesgo se convierte en una variante de la distinción favorable-desfavorable<sup>56</sup>. Sin embargo, debe advertirse que acá se comparte lo señalado por Luhmann al afirmar que la categoría *seguridad* carece de contenido<sup>57</sup>.

Como síntesis de lo expuesto en el acápite anterior (a.1.- Ontología del riesgo) y este apartado, el planteamiento puede esquematizarse de la siguiente manera:

### Diagrama No. 3

Esquema de la conceptualización ontológica y epistemológica del riesgo



Fuente: Elaboración propia, 2019.

El Diagrama anterior muestra el detalle de los dos niveles de análisis (objetivo-subjetivo/ontológico-epistemológico), así como la relación entre ambos. El *sujeto cognoscente*

<sup>55</sup> Luhmann, Niklas. (1998) *Sociología del Riesgo*. 1ª Ed. México: Triana Editores; Universidad Iberoamericana: p. 62.

<sup>56</sup> Id., p. 63.

<sup>57</sup> Id., pp. 63-64.

le asigna el *valor de riesgo* a la *situación real de riesgo* (objeto-valor) a partir de la *posibilidad de ocurrencia* de que ese *algo no deseado* en esa *situación real de riesgo* llegue a materializarse o hacerse efectivo. Esa atribución es el resultado de la relación entre sujeto-objeto, es decir, la *representación del objeto*, que no es otra cosa que una *valoración*.

Epistemológicamente, el sujeto cognoscente asigna el valor *riesgo* de manera negativa, es decir, calificando como *no seguro* una determinada *situación real*. Precisamente porque el valor *seguridad* carece de contenido, es que el valor imperante es el de *riesgo*. A partir de esto, se afirma que la *seguridad* es un “concepto de reflexión”<sup>58</sup> que funge como referencia para delimitar el campo semántico de aquello que es considerado como *riesgo*.

Esta perspectiva es realista y tendencialmente positivista. Aaron Wildawsky parte de la premisa de que “*there is no safety without risk*”<sup>59</sup>. De modo que la *seguridad* se reduce a un ámbito espacio-temporal de *riesgo gestionado*. Visto así, la *seguridad* no es un término estático que define un estado permanente de ausencia de riesgo, sino un estado temporal de gestión del riesgo. Siempre la *seguridad* está determinada por los riesgos existentes, en tanto que no es posible eliminar la totalidad de riesgos<sup>60</sup>.

En todo caso, el *riesgo* como valor y valoración motiva la toma de decisiones para lograr una gestión del riesgo, lo que no es otra cosa que transitar por el camino en búsqueda de la seguridad. La seguridad no es la certeza de la ausencia de riesgos, sino la certeza de cuáles riesgos existen y la posibilidad para gestionarlos razonablemente.

Este análisis ontológico y epistemológico del fenómeno del riesgo permite estudiarlo en su perspectiva, ya no filosófica, sino social y jurídica. Esto es porque primero se requiere del instrumental teórico para comprender qué es el riesgo y luego, con ello, es posible caracterizarlo según es comprendido por la sociología, en parte y como es tratado o podría serlo por el derecho.

### **a.3.- Riesgo y desastre como fenómenos sociales y jurídicos**

El riesgo como elemento de la realidad es un *fenómeno* existente y perceptible. Desde las ciencias sociales, como el caso de la sociología, este fenómeno ha sido concebido como un

---

<sup>58</sup> Luhmann, Niklas. (1998) *Sociología del Riesgo*. 1ª Ed. México: Triana Editores; Universidad Iberoamericana: p. 64.

<sup>59</sup> Wildawsky, Aaron. (1988) *Searching for Safety*. New Brunswick: Transaction Books, Social Philosophy and Policy Center: p. 1. Traducción libre: “*No hay seguridad sin riesgo*”.

<sup>60</sup> Ver: Njå, Ove; Solberg, Øivind; Braut, Geir. (2017) “Uncertainty. Its Ontological Status and Relation to Safety”. En: Motet, Gilles; Bieder, Corinne (Eds.) *The Illusion of Risk Control. What Does it Take to Live With Uncertainty?* Switzerland: Springer: pp. 8-9.

*constructo social*<sup>61</sup> por ejemplo; en el caso del derecho ha sido visto, en general, “as a fault of conduct and judicable phenomenon”<sup>62</sup>. En este acápite se explica brevemente cómo el riesgo es entendido como fenómeno social, partiendo de la teoría de la *sociedad del riesgo* de Ulrich Beck y, cómo el riesgo puede comprenderse como un fenómeno jurídico, partiendo de la teoría de la fenomenología jurídica.

### a.3.1. Riesgo como fenómeno social

La perspectiva de Ulrich Beck consiste en conceptualizar a la *sociedad actual* como la *sociedad del riesgo*. A diferencia de otros autores que hablan de *posmodernidad*<sup>63</sup>, Beck sostiene que la sociedad actual no es post-moderna<sup>64</sup>, sino *moderna*, pero transformada, una sociedad que “(...) se desprende de los contornos de la sociedad industrial clásica y acuña una nueva figura, a la que aquí llamamos ‘sociedad (industrial) del riesgo’”<sup>65</sup>.

No se trata de afirmar que la *sociedad moderna* (antecesora de la actual) no tuviera riesgos, sino que los *riesgos* de la *sociedad moderna* se materializan en la *sociedad actual*. O sea, que la sociedad moderna pre-configura a la sociedad actual a partir de los efectos de los riesgos pasados. Esto, según Beck, tiene como base un sistema económico-productivo-industrial. Los *riesgos* provienen del aprovechamiento indiscriminado de la naturaleza y del progreso económico y tecnológico incesante.

No se trata, como en la *sociedad moderna*, de una naturaleza socializada que sirve al sistema productivo, sino que ahora, “el reverso de la naturaleza socializada es la socialización de las destrucciones de la naturaleza, su transformación en amenazas sociales, económicas y políticas del sistema de la sociedad mundial superindustrializada”<sup>66</sup>.

---

<sup>61</sup> Althaus, Catherine. (2005) “A disciplinary Perspective on the Epistemological Status of Risk”. En: *Risk Analysis*, Vol. 25, No. 3 (567-588): p. 569. Disponible en: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1539-6924.2005.00625.x>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Para mayor detalle de los abordajes sociológicos del riesgo ver: Renn, Ortwin. (1992) “Concepts of Risk: A classification”. En: *Social theories of risk*. Krimsky, Sheldon (Ed.). Westport: Praeger, pp. 53-79: pp. 67-72. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/publication/309010237\\_Concepts\\_of\\_risk\\_A\\_classification/download](https://www.researchgate.net/publication/309010237_Concepts_of_risk_A_classification/download)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>62</sup> Id. Traducción libre: “como una falta de conducta y fenómeno justiciable”.

<sup>63</sup> Ver en este sentido: Lyotard, Jean-François (1991) *La condición postmoderna*. 2a Ed. Buenos Aires: Red Editorial Iberoamericana S.A. | Lyon, David (2000) *Postmodernidad*. 2a Ed. Madrid: Alianza Editorial S.A. | Vattimo, Giorgio et. Al. (1991) *En torno a la postmodernidad*. 1a Ed. Barcelona: Editorial Anthropos.

<sup>64</sup> Ulrich Beck. (2008) “World at risk: The New Task of Critical Theory”. En: *Development and Society*, Vol. 37, No. 1, p. 1-21: p. 2. Disponible en: <<http://space.snu.ac.kr/bitstream/10371/86706/1/1.%20WORLD%20AT%20RISK%20THE%20NEW%20TASK%20OF%20CRITICAL%20THEORY%20%20%5DULRICH%20BECK.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>65</sup> Beck, Ulrich (1998) *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A.: p. 16.

<sup>66</sup> Id., p. 13.

Sobre este punto, Ulrich Beck explica:

*I then distinguish between the industrial and the risk society, asserting that the transformation from the former to the latter began at the late 1960s. What signifies the risk society are manufactured uncertainties, that is a range of new risks – for example, environmental problems, that is a range of side effects of technological and economic development<sup>67</sup>.*

Según Beck, los *riesgos* existen de dos maneras: por un lado como *efectos* y por otro, como *causas*. Advértase que esta conclusión no es vista a nivel ontológico (en el sentido de que el riesgo no es un efecto), sino a nivel epistemológico. Es decir, Beck afirma que el *riesgo* es comprendido por la sociedad actual (*sociedad de riesgo*) como el *efecto resultante* de la *materialización* de los *riesgos latentes* que existen en la *sociedad moderna*. Pero al mismo tiempo, los *riesgos* (vistos como causas latentes, es decir, *posibilidades de ocurrencia de algo no deseado*) hoy se presentan como *incertezas manufacturadas*, es decir, como fenómenos normales derivados del progreso económico-tecnológico.

Entonces, la *sociedad del riesgo* tiene una tarea doble, por un lado trabajar con los efectos materiales de los *riesgos modernos* (efectos colaterales) y por el otro, gestionar de algún modo los *riesgos actuales latentes* (*posibilidad de ocurrencia de algo no deseado*). Esa “gestión del riesgo” es analizada por Beck bajo una lógica económica, ya no de *distribución de riqueza*, sino de *distribución de riesgos*. Postura que trae consigo una serie de consecuencias sobre el tratamiento y gestión de riesgos. Al respecto explica:

*Mientras que en la sociedad industrial la ‘lógica’ de la producción domina a la ‘lógica’ de la producción de riesgos, en la sociedad del riesgo se invierte esta relación. (...) La ganancia de poder del ‘progreso’ técnico-económico se ve eclipsada cada vez más por la producción de riesgos. Estos se pueden legitimar como ‘efectos secundarios latentes’ sólo en un estadio temprano. Con su universalización, crítica pública e investigación (anti)científica, se quitan el velo de la latencia y ganan un significado nuevo y central en las discusiones sociales y políticas<sup>68</sup>.*

---

<sup>67</sup> Ulrich Beck. (2008) “World at risk: The New Task of Critical Theory”. En: *Development and Society*, Vol. 37, No. 1, p. 1-21: p. 5. Disponible en: <<http://space.snu.ac.kr/bitstream/10371/86706/1/1.%20WORLD%20AT%20RISK%20%20THE%20NEW%20TASK%20OF%20CRITICAL%20THEORY%20%20%5DULRICH%20BECK.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “Yo distingo entre sociedad industrial y sociedad del riesgo, afirmando que la transformación de la primera hacia la segunda empezó a finales de la década de 1960. Lo que significa sociedad del riesgo son incertezas manufacturadas, que son un conjunto de efectos secundarios del desarrollo tecnológico y económico”.

<sup>68</sup> Beck, Ulrich (1998) *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A.: p. 19.

Este nuevo escenario requiere de la formulación de “estrategias” para trabajar con riesgos. En ese marco, Beck propone el término de *modernidad reflexiva*, como aquella *respuesta o reacción de la sociedad del riesgo* frente al legado de la *sociedad moderna*. Es decir:

*El proceso de modernización se vuelve reflexivo, se toma a sí mismo como tema y problema. Las cuestiones del desarrollo y de la aplicación de tecnologías son sustituidas por cuestiones de la ‘gestión’ política y científica (...) de los riesgos de tecnologías a aplicar actual o potencialmente en relación a horizontes de relevancia a definir especialmente*<sup>69</sup>.

El aporte de Beck desde la sociología es, en parte, colaborar con la concepción epistemológica del riesgo. Más que teorizar sobre la naturaleza ontológica del riesgo, lo cual se echa de menos<sup>70</sup>, en su obra explica cómo la *sociedad del riesgo* lo concibe como un fenómeno, por tanto, Beck caracteriza al riesgo como fenómeno social; propiamente, describe cómo es aprehendido por diferentes actores sociales (específicamente la clase política y científica), para luego interiorizarlo en la dinámica de la *sociedad del riesgo*. En síntesis, el

---

<sup>69</sup> Id., p. 26.

<sup>70</sup> En este sentido, se comparte la apreciación de Nelson Paulus, al decir que: “*Si bien el autor realiza una amplia caracterización de elementos considerados en el marco de un entendimiento de riesgo, no resulta fácil encontrar una definición precisa de lo que en el marco del desarrollo de la propuesta, el autor entiende por tal*”. Paulus, Nelson. (2004) “Del Concepto de Riesgo: Conceptualización en Luhmann y Beck”. *Revista Mad*, No. 10, p. 95-160: p. 132. Disponible en: <<https://revistamad.uchile.cl/index.php/RMAD/article/view/14786/15125>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. | Sin embargo, lo que sí hace Beck es distinguir entre un “riesgo concreto” y otro “riesgo abstracto”. Délton de Carvalho lo explica claramente: “*Assim, pode ser dito que, atualmente, podem ser observadas duas espécies de riscos: de um lado, os riscos concretos, caraterísticos de uma formatação social de la natureza industrial, e de outro, os riscos invisíveis ou abstratos, inerentes à sociedade de risco (ou pós-industrial). Os riscos concretos ou industriais são ‘riscos calculáveis’ (BECK, 2002, p.139) pelo conhecimento vigente, sendo caracterizados por uma possibilidade de ‘análise de risco determinística’ (LUHMANN, 1992, p. 63) passível de uma avaliação científica segura das causas e conseqüências de uma determinada atividade. São riscos para os quais o conhecimento científico acumulado é capaz de determinar sua existência e dimensões. Os riscos concretos são, na verdade, conseqüências nocivas de uma determinada atividade ou técnica, cujo conjunto de causalidades é provável e calculável pelo conhecimento científico vigente. (...) Já os riscos inerentes à forma pós-industrial da sociedade, dentre os quais destacam-se os ambientais, são marcados por sua (1) invisibilidade, (2) globalidade e (3) transtemporalidade*”. De Carvalho, Délton. (2007) “O Direito e o Gerenciamento dos Riscos Ambientais”. En: *Revista Gestão e Desenvolvimento*, Vol. 4(1), (101-107): pp. 102-103. Disponible en: <<https://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistagestaoedesenvolvimento/article/download/866/1106>> Accedido el: 27 de agosto del 2019. Traducción libre: “*Así, puede ser dicho que, actualmente, pueden ser observadas dos especies de riesgo: de un lado, los riesgo concretos, característicos de un formato social de la naturaleza industrial, y de otro, los riesgos invisibles o abstractos, inherentes a la sociedad del riesgo (o posindustrial). Los riesgos concretos o industriales son ‘riesgos calculables’ (BECK, 2002, p. 139) por el conocimiento vigente, siendo caracterizados por una posibilidad de ‘análisis determinísticos del riesgo’ (LUHMANN, 1992, p. 63) susceptibles de una evaluación científica segura de las causas y consecuencias de una determinada actividad. Son riesgos para los cuales el conocimiento científico acumulado es capaz de determinar su existencia y dimensiones. Los riesgos concretos son, en verdad, consecuencias nocivas de una determinada actividad o técnica, cuyo conjunto de causalidades es probable y calculable por el conocimiento científico vigente. (...) Ya, lo riesgos inherente a la forma posindustrial de la sociedad, entre los cuales se destacan los ambientales, son marcados por su (1) invisibilidad, (2) globalidad y (3) transtemporalidad*”.



aporte de Beck no reside en definir qué es el riesgo como tal, sino en cómo es comprendido y gestionado el riesgo por la sociedad.

Beck propuso cinco tesis que explican el *proceso de modernización*<sup>71</sup> propio de la *sociedad del riesgo*. Éstas se resumen de la siguiente manera (los subtítulos en negrita son suplidos por el autor de este trabajo):

**1.- Producción de riesgos.** Los riesgos asociados a la modernización de la sociedad se generan “*en el nivel más avanzado de las fuerzas productivas*”, lo que no ocurre con la producción de la riqueza. Esta condición de “alto nivel” los ubica en halos de inaccesibilidad y espacios ocultos, “*(...) por lo que solo se establecen en el saber (científico o acientífico) de ellos, y en el saber pueden ser transformados, ampliados o reducidos, dramatizados o minimizados, por lo que están abiertos en una medida especial a los procesos sociales de definición. Con ello, los medios y las posiciones de la definición del riesgo se convierten en posiciones sociopolíticas clave*”<sup>72</sup>.

**2.- Distribución de riesgos.** Los riesgos al ser generados por la dinámica propia del proceso de modernización del sistema, se distribuyen “democráticamente” en la sociedad, es decir, potencialmente afectan a todos, generando con ello lo que Beck denomina *situaciones de peligro*. A pesar de esa realidad, la lógica de los riesgos producidos por el sistema es otra, lo que implica que a diferencia del reparto de la riqueza (desigual, en tanto se concentra en sus productores), los riesgos terminarán afectando sus productores o causadores<sup>73</sup>.

**3.- Gestión de riesgos.** Los riesgos son administrados y “definidos” socialmente, no solo sus causas y su naturaleza, sino también sus efectos. Esa maleabilidad los convierte en instrumentos políticos y económicos de cambio, es decir, objetos transaccionales. Esto es que, en la sociedad del riesgo se busca el ideal de seguridad, por lo que la carencia no es falta de seguridad sino abundancia de riesgos. Así y en tanto los riesgos no puedan ser neutralizados, algunos de sus efectos sí pueden ser administrados, por lo que la economía y la política, a decir de Beck, se vuelven “autorreferenciales”, en tanto que la “*sociedad industrial produce con el aprovechamiento económico de los riesgos causados por ella las situaciones de peligro y el potencial político de la sociedad del riesgo*”<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> Beck, en nota al pie, precisa que el término “modernización” refiere “*a los impulsos tecnológicos de racionalización y a la transformación del trabajo y de la organización*”, sin embargo, se incluyen más aspectos, como “*caracteres sociales y de las biografías normales, de los estilos de vida y de las formas de amar, de las estructuras de influencia y de poder (...)*”. Beck, Ulrich (1998) *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A.: p. 25.

<sup>72</sup> Beck, Ulrich (1998) *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A.: p. 28

<sup>73</sup> Id., p. 29.

<sup>74</sup> Id., p. 29.

**4.- Percepción social del riesgo.** En la sociedad industrial, el *ser* en la situación de clase determina la *conciencia*, mientras que en la sociedad del riesgo la *conciencia* determina al *ser* en una situación de peligro.<sup>75</sup>

**5.- Comunicación del riesgo.** La socialización del riesgo habilita la “supresión de las causas en el proceso de industrialización mismo”, así, *“la defensa y administración de las mismas puede incluir una reorganización del poder y de la competencia. La sociedad del riesgo es una sociedad catastrófica. En ella, el estado de excepción amenaza con convertirse en el estado de normalidad”*<sup>76</sup>.

Esta comprensión del *riesgo* como fenómeno social es posible por la caracterización que propone Beck, al respecto explica:

*(...) primero, que los riesgos de la modernización se presentan de una manera universal que es al mismo tiempo específica e inespecífica localmente; y segundo, cuán incalculables e impredecibles son los intrincados caminos de su efecto nocivo. Así pues, en los riesgos de la modernización se reúne causalmente lo que está separado por el contenido, por el espacio y por el tiempo, y de este modo es puesto al mismo tiempo en un nexo de responsabilidad social y jurídico<sup>77</sup> (Subrayado es suplido).*

Esta explicación es medular en la conceptualización epistemológica del riesgo. En el apartado anterior, se indica que el *riesgo* a nivel epistemológico es concebido como un *valor* y que el sujeto frente a un fenómeno de riesgo emite una *valoración*. En ese marco, el aporte de Beck desde la sociología es dotar de contenido a esa *valoración*. De esta manera, en el apartado anterior se aborda el tema del *valor* como estructura y en este apartado se expone la *valoración* como contenido. Ya lo explica Beck al señalar que *“los juicios sobre el riesgo son por naturaleza juicios que solo pueden ser descifrados en una relación interdisciplinaria (competitiva), porque asumen en la misma medida profundización en la destreza tecnológica y familiaridad con las percepciones y normas culturales”*<sup>78</sup> (Subrayado es suplido).

Es posible identificar al menos tres niveles de contenido en esa *valoración* que es el *riesgo*, a saber: un nivel objetivo, uno subjetivo y otro social. Estos se subdividen en sub-niveles y para cada uno corresponde un tipo de contenido. El contenido es información generada a partir

---

<sup>75</sup> Id., p. 29.

<sup>76</sup> Id., pp. 29-30.

<sup>77</sup> Beck, Ulrich (1998) *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A.: p. 34.

<sup>78</sup> Beck, Ulrich. (2000) “Retorno a la Teoría de la Sociedad del Riesgo”. *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, No. 30, (9-20): p. 12. Disponible en: <<https://www.age-geografia.es/ojs/index.php/bage/article/view/383/354>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

de la realidad, sea mediada por la ciencia y la técnica o por las valoraciones subjetivas y sociales. Estos niveles de contenido se sintetizan de la siguiente manera:

**Cuadro No. 1**  
Niveles de contenido del riesgo como fenómeno social

Nivel	Sub-nivel	Contenido
Objetivo	Ontológico	Identificación de los elementos que componen la <i>situación real de riesgo</i> (elementos activos y pasivos)
	Espacio-temporal	Ubicación en tiempo y espacio de la situación real de riesgo
	Grado de certeza	Información disponible (certeza-incertidumbre) para <i>estimar-calcular</i> el grado de <i>probabilidad</i> de ocurrencia de algo no deseado
Subjetivo	Percepción del riesgo	Imagen representada por un sujeto cognoscente frente a un fenómeno de riesgo.
	Toma de decisiones	Actuación en determinada dirección de un sujeto cognoscente en una situación real de riesgo.
	Atribución de responsabilidades	Atribución de las consecuencias producto de la materialización de una situación real de riesgo a personas responsables de la toma de decisiones.
Social	Distribución del riesgo	Asignación de causas y efectos del riesgo en lugares, tiempos, objetos y personas.
	Comunicación del riesgo	Transmisión de la imagen representativa del riesgo a nivel social.

**Fuente:** Elaboración propia, 2019.

Ulrich Beck en un trabajo posterior a su obra *La Sociedad del Riesgo*, establece una caracterización del riesgo, atribuyéndole al menos tres caracteres, a saber: 1) deslocalización; 2) incalculabilidad e 3) uncompensabilidad<sup>79</sup>. Estos aspectos brindan información para detallar el contenido de algunos de los sub-niveles descritos en el Cuadro anterior.

<sup>79</sup> Ulrich Beck. (2008) "World at risk: The New Task of Critical Theory". En: *Development and Society*, Vol. 37, No. 1, p. 1-21: p. 5. Disponible en: <<http://space.snu.ac.kr/bitstream/10371/86706/1/1.%20WORLD%20AT%20RISK%20%20THE%20NEW%20TASK%20OF%20CRITICAL%20THEORY%20%20%5DULRICH%20BECK.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

La *deslocalización* en general está referida al nivel objetivo, sub-nivel espacio-temporal, la *deslocalización social* está vinculada con el nivel subjetivo, sub-nivel atribución de responsabilidad y el nivel social, sub-nivel distribución del riesgo. La incalculabilidad está referida al nivel objetivo, sub-nivel grado de certeza y, finalmente, la incompensabilidad está referida al nivel subjetivo, sub-nivel toma de decisiones y atribución de responsabilidades.

Beck explica que la deslocalización supone que las causas y consecuencias del riesgo “*are not limited to one geographical location or space; they are in principle omnipresent*”<sup>80</sup>. Temporalmente, la deslocalización implica que los riesgos tienen un “*long latency period (...) so that their future cannot be reliably determined and restricted (...)*”<sup>81</sup>. La deslocalización social es un análisis de relaciones entre causas y efectos, considerando “*their causes and effects [del riesgo] cannot be determined with sufficient precision*”<sup>82</sup>.

La *incalculabilidad* supone falta de información. La *incertidumbre* es usualmente confundida con el riesgo y viceversa<sup>83</sup>. Sin embargo, riesgo e incertidumbre no son términos equivalentes, pero tampoco incompatibles.

La *incertidumbre* es un aspecto del riesgo que es controvertido<sup>84</sup>. En este trabajo se entiende que la *incertidumbre* se analiza a nivel epistemológico y no ontológico, o sea, se le considera como un elemento fuera del estatus ontológico del riesgo. La *incertidumbre* está relacionada con las capacidades objetivas para anticipar el conocimiento sobre la *ocurrencia de algo no deseado*, tales capacidades objetivas están influenciadas por la disponibilidad de información útil y pertinente acumulada de experiencias pasadas, con base en la cual sea posible vislumbrar si la *posibilidad de ocurrencia de algo no deseado* (en el futuro) es menor o mayormente probable.

---

<sup>80</sup> Id. Traducción libre: “*éstas no están limitadas a una ubicación geográfica o espacial; en principio son omnipresentes*”.

<sup>81</sup> Id., p. 6. Traducción libre: “*(...) un período largo de latencia (...) entonces su futuro no puede ser determinado y restringido con certeza*”.

<sup>82</sup> Id. Traducción libre: “*sus causas y efectos [del riesgo] no pueden ser determinados con suficiente precisión*”.

<sup>83</sup> Ver: Head, George. (1967) “An Alternative to Defining Risk as Uncertainty”. En: *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 34, No. 2, (205-214). Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/251319>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>84</sup> Se ha dicho: “*Proponents of this paradigm [toma de decisiones bajo incertidumbre] consider the uncertainty concept to be something outside the risk concept. Other researchers include the concept of uncertainty as an integral part of the risk concept (...) Opposed to this there are researchers who relate uncertainty to accuracy of e.g. models, data and expert judgements*”. Njå, Ove; Solberg, Øivind; Braut, Geir. (2017) “Uncertainty. Its Ontological Status and Relation to Safety”. En: Motet, Gilles; Bieder, Corinne (Eds.) *The Illusion of Risk Control. What Does it Take to Live With Uncertainty?* Switzerland: Springer: p. 6. Traducción libre: “*Los proponentes de este paradigma [toma de decisiones bajo incertidumbre] consideran que el concepto de incertidumbre de ser algo fuera del concepto de riesgo. Otros investigadores incluyen el concepto de incertidumbre como parte integral del concepto de riesgo (...). Contrariamente a esto, existen investigadores que relacionan la incertidumbre a la precisión, por ejemplo, de los modelos, los datos y los juicios expertos*”.

La categoría *incertidumbre* pertenece a lo que algunos autores denominan como *conocimiento sobre el riesgo (risk knowledge)*<sup>85</sup>, de ahí que sea preferible analizarla en nivel epistemológico. Desde una perspectiva económica (*decision theory*) se ha señalado que la *incertidumbre* supone “*a condition of the environment of the decision maker such that he finds it impossible to assign any probabilities whatever to possible outcomes of an event* (Subrayado es suplido)”<sup>86</sup>

Como se observa, esta perspectiva es probabilística y por tanto la *incertidumbre* se intensifica o disipa según la disponibilidad de información útil para calcular la función de probabilidad<sup>87</sup>.

Esta perspectiva que es la mayormente aceptada para la estimación y cálculo del nivel del riesgo es inter-subjetiva puesto que está basada, en la medida de lo posible, en la mejor y mayor cantidad de información posible al momento de efectuar la estimación, de modo que permita su comprensión entre expertos (analistas de riesgo y tomadores de decisiones). Por su parte, existe una perspectiva subjetiva en la que la *probabilidad* es una mera apreciación del sujeto cognoscente, cuya explicación es típicamente psicológica, lo cual entra en el campo de la *percepción del riesgo*.<sup>88</sup>

Sobre la *incertidumbre* se señala: “*‘Being unknown’ is not dependent on your knowledge about these events, it simply reflects that the future cannot be accurately foreseen. Hence we*

---

<sup>85</sup> Renn, Ortwin, Klinke, Andreas (2013) “Space matters! Impacts for risk governance”. En: Müller-Mahn, Detlef, Ed. *The Spatial Dimension of Risk. How geography shapes the emergence of riskscapes*, (1-21). Oxfordshire: Routledge: pp. 3-7.

<sup>86</sup> Head, George. (1967) “An Alternative to Defining Risk as Uncertainty”. En: *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 34, No. 2, (205-214): p. 206. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/251319>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “Una condición tal en el ambiente del tomador de decisiones que éste encuentra imposible asignar alguna probabilidad a cualquier resultado posible de un evento”.

<sup>87</sup> “A final environmental condition is certainty, where the decision maker believes that each outcome of any event has a probability of either zero or unity”. Id., p. 206. Traducción libre: “La certeza es una condición final en el ambiente, donde el tomador de decisiones hace creer que cada resultado de cualquier evento tiene una probabilidad de cero o uno (unidad)”.

<sup>88</sup> Sobre esta distinción se dice: “For the measures that are based on probabilities and expected values, we may generate two versions, one where the probabilities are interpreted as *relative frequencies* (and expected values as averages), and one where the probabilities are *subjective probabilities* (and the expected value is interpreted as the centre of gravity of the probability distribution)” (Subrayado es suplido). Aven, Terje. (2011) “On How to Conceptualise and Describe Risk”. En: *RT&A*, (1)20, Vol. 2 (28-37): p. 30. Disponible en: <<http://hdl.handle.net/11250/181876>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “Para las mediciones que son basadas en probabilidades y expectativas de valor, nosotros podríamos generar dos versiones: una donde las probabilidades son interpretadas como frecuencias relativas (y expectativas de valores como promedios) y la otra donde las probabilidades son subjetivas (y el valor esperado es interpretado como el centro de gravedad de la distribución de la probabilidad)”. | Ver en sentido similar lo expuesto en: International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: pp. 23-24. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance__reprinted_version_3.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

*claim that the uncertainty component also exists objectively in the sense of broad inter-subjectivity*<sup>89</sup>

Entonces, la *incertidumbre* es una característica epistemológica de cómo se conoce el riesgo. Renn y Klinke la denominan como *scientific uncertainty* y está referida “*to the limitedness or even absence of scientific knowledge (data, information) that makes difficult to exactly assess the probability and possible outcomes of undesired effects. (...) It most often results from an incomplete or inadequate reduction of complexity in modelling cause-effect chains*”<sup>90</sup>

De esta manera, cuando Beck se refiere a la *incalculabilidad*, este carácter debe considerarse a nivel objetivo, sub-nivel grado de certeza, como ponderación de la *incertidumbre* en el conocimiento sobre el riesgo. Beck señala que “*the uncalculability of risk is an implication of the overriding importance of the inability-to-know*”<sup>91</sup>. En el fondo las consecuencias esperadas “*involve ‘hypothetical’ risks based on scientifically generated non-knowing and normative dissent*”<sup>92</sup>. Esto último es lo que Renn y Klinke llaman *socio-political ambiguity*, como otra característica del *conocimiento sobre el riesgo*. Esta ambigüedad implica “*a situation of ambivalence in which different and sometimes divergent streams of thinking and interpretation about the same risk phenomena and their circumstances are apparent*”<sup>93</sup>

---

<sup>89</sup> Aven, Terje; Renn, Ortwin; Rosa, Eugene. (2011) “On the ontological status of the concept of risk”. En: *Safety Science*, No. 49 (1074-1079): p. 1077. Disponible en: <[https://www.academia.edu/attachments/54487853/download\\_file?st=MTU1NzI1NjlxMywyMDAuOS41OS4yNDgsMTEwODQ3MzEw&s=swp-toolbar](https://www.academia.edu/attachments/54487853/download_file?st=MTU1NzI1NjlxMywyMDAuOS41OS4yNDgsMTEwODQ3MzEw&s=swp-toolbar)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “ ‘Ser desconocido’ no depende del conocimiento sobre esos eventos, ello simplemente refleja que el futuro no puede ser previsto de manera precisa”.

<sup>90</sup> Renn, Ortwin, Klinke, Andreas (2013) “Space matters! Impacts for risk governance”. En: Müller-Mahn, Detlef, Ed. *The Spatial Dimension of Risk. How geography shapes the emergence of riskscapes*, (1-21). OxfordShire: Routledge: p. 4. Traducción libre: Está referida “*a un conocimiento científico limitado o ausencia de este (datos, información) que dificulta evaluar de manera exacta la probabilidad y los resultados posibles de efectos no deseados. (...) Frecuentemente resulta de una reducción incompleta o inadecuada de la complejidad en el modelado de las cadenas de causa-efecto*”.

<sup>91</sup> Ulrich Beck. (2008) “World at risk: The New Task of Critical Theory”. En: *Development and Society*, Vol. 37, No. 1, p. 1-21: p. 6. Disponible en: <<http://space.snu.ac.kr/bitstream/10371/86706/1/1.%20WORLD%20AT%20RISK%20%20THE%20NEW%20TASK%20OF%20CRITICAL%20THEORY%20%20%5DULRICH%20BECK.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre “*La incalculabilidad del riesgo es una implicación de la importancia primordial de la incapacidad para conocer*”.

<sup>92</sup> Id., p. 5. Traducción libre: “*Suponen riesgos ‘hipotéticos’ basados en la falta de conocimiento y disensos normativos generados científicamente*”.

<sup>93</sup> Renn, Ortwin, Klinke, Andreas (2013) “Space matters! Impacts for risk governance”. En: Müller-Mahn, Detlef, Ed. *The Spatial Dimension of Risk. How geography shapes the emergence of riskscapes*, (1-21). OxfordShire: Routledge: p. 5. Traducción libre: “*Una situación de ambivalencia en la cual diferentes corrientes de pensamiento e interpretación, a veces divergentes, son aparentes respecto del mismo fenómeno de riesgo y sus circunstancias*”.

Finalmente, se encuentra la *incompensabilidad*. Esta característica tiene que ver con la excesiva intensidad del impacto de los efectos de un *riesgo*. De modo que, el daño producido por el efecto material de un riesgo ya no puede ser resarcido con base en los esquemas tradicionales de responsabilidad patrimonial, por lo que se incorporan nuevos paradigmas anticipatorios que, más bien, eviten la materialización del daño<sup>94</sup>.

Este aspecto, como se indicó antes, está referido al nivel subjetivo, sub-nivel toma de decisiones y atribución de responsabilidades, lo cual adquiere especial utilidad y relevancia en el análisis de la técnica de *gestión del riesgo*. Se ha afirmado que “*responsability-taking can imply risk-taking, and should in such case include some risk management*”<sup>95</sup>.

En síntesis, el planteamiento de Ulrich Beck es una contribución al análisis epistemológico del riesgo, considerado que éste es concebido como un fenómeno social. Beck propone una serie de razonamientos que describen la *sociedad del riesgo* actual que es el contexto en el cual se producen, distribuyen y gestionan los riesgos, tanto como el espacio-momento en que se ubica la sociedad que los produce y los padece.

Beck describe cómo esa sociedad entiende a los riesgos, por tanto, explica cómo tales riesgos resultan ser una construcción social, una representación fabricada de lo que aparecen objetivamente en la realidad. Esa representación, como se resumió en el Cuadro No. 1, tiene al menos tres niveles de contenido. Las características propuestas por Beck (deslocalización, incalculabilidad e incompensabilidad) se integran a dicho contenido básico, con lo cual se termina de completar el sentido dado al riesgo como un fenómeno social.

Por eso, no resulta vano reiterar que el riesgo como fenómeno social no deja de ser valor-valoración que orienta la toma de decisiones y por ende la dinámica social. Bien lo explica Beck al afirmar que el riesgo es “*el acontecimiento futuro que activa la actuación*”<sup>96</sup>, o mejor dicho “*los riesgos ‘son’ una forma de realidad virtual, virtualidad real. (...) Sólo si entendemos*

---

<sup>94</sup> Ulrich Beck. (2008) “World at risk: The New Task of Critical Theory”. En: *Development and Society*, Vol. 37, No. 1, p. 1-21: pp. 5-6. Disponible en: <<http://space.snu.ac.kr/bitstream/10371/86706/1/1.%20WORLD%20AT%20RISK%20%20THE%20NEW%20TASK%20OF%20CRITICAL%20THEORY%20%20%5DULRICH%20BECK.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>95</sup> Brinkmann, Johannes. (2010) “Combining Risk and Responsibility Perspectives: First Steps”. En: *Journal of Business Ethics*, Vol. 112, No. 4, (567-583): p. 574. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/23433668>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “*La toma de responsabilidad puede implicar toma de riesgos y debería en ese caso incluir algo de gestión del riesgo*”.

<sup>96</sup> Beck, Ulrich (1998) *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A.: p. 39.

el riesgo en términos de una construcción, podremos entender su indefinible 'esencia' <sup>97</sup>. Por tanto, "em conflitos de risco, a questão central do poder é de definição" <sup>98</sup>.

### a.3.2.- Desastre como fenómeno social

El *desastre* como categoría de análisis se analiza separadamente de la de *riesgo*, debido a que ontológicamente son distintos. No obstante, están estrechamente vinculados, puesto que entre *riesgo* y *desastre* existe una relación causal, de la misma manera en que entre *riesgo* y *resultado no deseado* existe una relación de *causa* y *efecto*. A nivel epistemológico, la forma en que el riesgo es aprehendido por un sujeto cognoscente depende de la intensidad con que ese sujeto *valore* el resultado, efecto o consecuencia esperada.

El *desastre* es siempre un resultado, efecto o consecuencia. Se diferencia del *riesgo* en el sentido de que el *desastre* es el *estado ulterior* de una *situación real de riesgo* determinada, es decir, es la materialización del *estado transitorio de cambio* (riesgo *per se*). A mayor precisión, no todos los *resultados* efectivos de la situación real de riesgo son *desastres*. El *desastre* no se distingue a nivel ontológico, ya que es con certeza un *resultado*, sino que se distingue epistemológicamente de otros *resultados* del riesgo por su significación social, es decir, por la especial intensidad de sus efectos en los *elementos pasivos* de la situación real de riesgo (objetos o sujetos en riesgo).

De esta manera, *riesgo* y *desastre* se distinguen como categorías a nivel ontológico, siendo el primero un fenómeno *potencial* y el segundo un *resultado efectivo*. Mientras que el *desastre* se distingue de otros *posibles resultados* del riesgo ya a nivel epistemológico y no ontológico. Entre *resultados* posibles del riesgo y *desastre* existe, entonces, una relación de género a especie, respectivamente.

El *desastre*, al igual que cualquier otro efecto material de un riesgo, son fenómenos sociales. Entonces, no es preciso hablar de *desastre natural* o *antrópico*<sup>99</sup>, puesto que el *desastre*

---

<sup>97</sup> Beck, Ulrich. (2000) "Retorno a la Teoría de la Sociedad del Riesgo". *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, No. 30, (9-20): p. 10. Disponible en: <<https://www.age-geografia.es/ojs/index.php/bage/article/view/383/354>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>98</sup> Beck, Ulrich. (2006) "Incertezas fabricadas. Entrevista com Ulrich Beck". En: *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, No. 181, p. 5-12: p. 8. Disponible en: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao181.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: "en conflictos de riesgo la cuestión central de poder es de definición".

<sup>99</sup> Se ha criticado la adjetivación del concepto de "desastre" al reducirlo la mayoría de las veces al término "desastre natural". Sobre esto se dice: "Surprisingly, disasters are still and persistently called "natural" (...), even when they clearly are not (Mora, 2009). Considering the divergences and sometimes inconsistencies found in the terminology applied throughout the literature (...)". Mora, Sergio (2010) "Disasters should not be the protagonists of Disaster Risk Management". En: Williams, Arthur. *Geologically Active: Proceedings of the 11<sup>th</sup> IAEG Congress. Auckland, New Zealand, 5-10 September 2010*, (89-110). London: Taylor & Francis Group: p. 91. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/profile/Sergio\\_Mora\\_Castro/publication/275970692\\_Disasters\\_should\\_not\\_be\\_the\\_protagonists\\_of\\_Disaster\\_Risk\\_Management/links/554cf9670cf29f836c9cd4ae/Disasters-should-not-be-the](https://www.researchgate.net/profile/Sergio_Mora_Castro/publication/275970692_Disasters_should_not_be_the_protagonists_of_Disaster_Risk_Management/links/554cf9670cf29f836c9cd4ae/Disasters-should-not-be-the)>



siempre es social, lo que puede ser natural o antrópica es su causa, es decir, el riesgo del que son efecto. El *desastre* es social debido a lo que significa para la sociedad en su conjunto (sistema ecológico, social, económico, político) el impacto de su excesiva intensidad, al provocar transformaciones profundas en las relaciones normales existentes entre los elementos de la *situación real de riesgo*. En ese sentido, se adopta la siguiente aproximación al término *desastre*, proporcionada por el autor Allan Lavell quien explica que:

*(...) la disyuntiva en cuanto a la definición o concepción de desastre gira en torno al objeto de estudio, visto, por un lado, (1) como producto, hecho o realidad consumada (o sea el o los desastres una vez concretados, consumibles, visibles, palpables y medibles), y, por otro, (2) como “proceso”, en el cual el énfasis se pone principalmente sobre las condiciones objetivas, históricamente construidas, que permiten la eventual aparición de un fenómeno que llamamos “desastre” (o catástrofe, emergencia, accidente, etc.), y que considera el desastre como un hecho, a la vez que toma en cuenta las respuestas inmediatas y reestructurativas que se desarrollan en torno a estas ocurrencias. Todo esto teniendo como premisa que entre la historia, la coyuntura y el futuro hay un potencial hilo conductor que los liga (Números entre paréntesis y subrayado son suplidos)<sup>100</sup>.*

Esta postura reconoce en la conceptualización del término *desastre* la interacción de dos elementos, uno estático (resultado) y uno dinámico (proceso). Esta explicación no riñe con el planteamiento aquí sostenido, que siempre considera al desastre como un *resultado*. Antes bien, identificar la confluencia del elemento dinámico (proceso) permite comprender el *desastre* como *resultado* de la dinámica del *riesgo* que se materializa. Por ello es que Lavell explica que la perspectiva dinámica considera la vinculación que existe entre el pasado, la coyuntura y el

---

protagonists-of-Disaster-Risk-Management.pdf> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “*Sorprendentemente, los desastres todavía son llamados persistentemente ‘naturales’ (...) incluso cuando ellos no son tales (Mora, 2009). Considerando las divergencias y algunas veces las inconsistencias encontradas en la terminología aplicada en la literatura (...)*”. | También se ha dicho: “*It is generally accepted among environmental geographers that there is no such thing as a natural disaster. In every phase and aspect of a disaster – causes, vulnerability, preparedness, results and response, and reconstruction – the contours of disaster and the difference between who lives and who dies is to a greater or lesser extent a social calculus*”. Smith, Neil. (2006) “*There’s No Such Thing as a Natural Disaster*”. Disponible en: <<http://understandingkatrina.ssrc.org/Smith>> Accesado el: 27 de agosto del 2019. Ver en el mismo sentido: Farber, Daniel. (2012) “Disaster Law and emerging issues in Brazil”. En: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 4(1), (2-15): p. 4. Disponible en: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.41.01/932>> Accesado el: 27 de agosto del 2019. Traducción libre: “*Es generalmente aceptado entre geógrafos ambientales que no hay tal cosa llamada desastre natural. En cada fase y aspecto del desastre (causa, vulnerabilidad, preparativos, resultados y respuesta y reconstrucción) los contornos del desastres y la diferencia entre quien vive y muere es, en menor o mayor grado, un cálculo social*”.

<sup>100</sup> Lavell, Allan (1996) “Degradación ambiental, riesgo y desastre urbano. Problemas y conceptos: hacia la definición de una agenda de investigación”. En: *Ciudades en riesgo. Degradación ambiental, riesgos urbanos y desastres*, compilado por María Augusta Fernández, (12-42). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (La Red): p. 29. Disponible en: <[http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER\\_todo\\_ene-7-2003.pdf](http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER_todo_ene-7-2003.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

futuro, la relación de causa y efecto entre el riesgo y su resultado, es decir, el *riesgo de desastre*.

Este apartado hace énfasis en el *desastre* como *resultado*, a efectos de explicarlo como fenómeno social y jurídico. Sin embargo, en el apartado sobre la gestión del riesgo de desastres se detalla la perspectiva dinámica, es decir, el *ciclo o proceso de desastre* precedido por la *gestión del riesgo*. Para facilitar la comprensión del concepto de *desastre*, se acoge el análisis propuesto por Fernanda Damacena, desde la “Teoría Social dos Desastres” (Teoría Social de los Desastres), quien explica:

*A busca de resposas foi desenvolvendo novas abordagens teóricas que podem ser classificadas em três principais paradigmas: agente externo, vulnerabilidade e incerteza. Esses paradigmas orientaram uma espécie de base triplíce da estruturação do conceito de desastre no âmbito da Teoria Social dos Desastres até hoje. (Subrayado es suplido)<sup>101</sup>.*

El desastre como *resultado* es un *hecho*, mejor dicho, *realidad consumada*. Según el planteamiento aquí adoptado, el *desastre* es el *estado ulterior* de la *situación real de riesgo* que ya se ha materializado o consumado. Ese *estado ulterior* de la realidad, que es la *última actualización* de la *situación real de riesgo* tiene una especial configuración que define al *desastre* como *fenómeno social*. Lavell explica:

*(...) podemos definir un desastre, desde el punto de vista sociológico, como : una oportunidad de crisis o estrés social, observable en el tiempo y el espacio, en que sociedades o sus componentes (comunidades, regiones, etc.) sufren daños o*

---

<sup>101</sup> Damacena, Fernanda. (2019) *Direito dos desastres e compensação no Brasil: limites e potencialidades*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris: p. 19. Traducción libre: “La búsqueda de respuesta fue desarrollando nuevos abordajes teóricos que pueden ser clasificados en tres principales paradigmas: agente externo, vulnerabilidad e incerteza. Esos paradigmas orientaron una especie de base triple de la estructuración del concepto de desastres en el ámbito de la Teoría Social de los Desastres hasta hoy”. Según la autora, en síntesis (se hace traducción libre directa del portugués), el paradigma que concibe al desastre como un agente externo se justifica como complemento de la vulnerabilidad, “principalmente en consecuencia de la evolución tecnológica y las decisiones hechas en sociedad” (Id., p. 20), es decir, el agente externo proviene de los efectos propios de las decisiones de la sociedad en el ámbito del progreso tecnológico propiciado por la Sociedad de Riesgo, Sociedad posmoderna, posindustrial o modernidad líquida, según la perspectiva. Por su parte, el paradigma de la vulnerabilidad y la incerteza están estrechamente relacionados. El primero explica el desastre considerando que la excesiva magnitud de sus resultados está relacionada con el proceso de construcción, acumulación y fortalecimiento de la vulnerabilidad, de modo que la exposición es alta y la capacidad de respuesta baja o nula. El segundo, implica que los efectos desastrosos son inciertos y ese halo de incerteza es producido por la complejidad de los procesos sociales, lo que implica imposibilidad o dificultad para conocer la causa o los efectos. Al respecto la autora señala: “La perspectiva de incerteza tiene origen en la comprensión del desastre como crisis que se desenvuelve en la sociedad. Esa noción auxilia la reinterpretación de esa especie de evento como grave desorden social, desencadenado por problemas de comunicación. La relación entre desastre e incerteza ocurre cuando un riesgo amenaza una comunidad y no puede ser definido claramente en términos de causa y efecto. Es el resultado de la decepción en el sistema del significado, o sea, cuando los actores sociales pierden la capacidad de definir lo que ellos ven a través de parámetros simbólicos de comprensión tradicional” (Id., p. 20).

pérdidas físicas y alteraciones en su funcionamiento rutinario, a tal grado que exceden su propia capacidad de autorecuperación, requiriendo la intervención o cooperación externa. Tanto las causas como las consecuencias de los desastres son producto de los procesos sociales que operan al interior de la sociedad afectada<sup>102</sup> (Subrayado es suplido).

Conforme al análisis de Damascena, la definición de Lavell se encuentra ubicada en el paradigma de la vulnerabilidad, al igual que la definición de *desastre* proporcionada por la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, Ley No. 8488<sup>103</sup>. Esto es que el desastre es resultado de un proceso continuo de construcción, acumulación y fortalecimiento de las vulnerabilidades. Así, la ocurrencia o materialización del fenómeno de riesgo impacta los elementos vulnerables con mayor intensidad que si no estuvieran en tal condición. Es claro que la alta vulnerabilidad se potencia con altas condiciones de exposición y baja capacidad de respuesta.

El desastre tiene como característica esencial el *impacto excesivo* sobre la realidad, lo cual es *causa de alteraciones en las relaciones normales* que existían entre los elementos de la realidad afectada hasta antes del evento desastroso. Bien lo reafirma Lavell al señalar que el desastre representa (...) *ruptura, desequilibrio, desestabilización de las relaciones "normales" de convivencia del ser humano y de sus estructuras económicas, sociales y políticas (...) con el medio social y natural que le rodea y que da soporte a su existencia*<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Lavell, Allan (1996) "Degradación ambiental, riesgo y desastre urbano. Problemas y conceptos: hacia la definición de una agenda de investigación". En: *Ciudades en riesgo. Degradación ambiental, riesgos urbanos y desastres*, compilado por María Augusta Fernández, (12-42). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (La Red): p. 31. Disponible en: <[http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER\\_todo\\_ene-7-2003.pdf](http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER_todo_ene-7-2003.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>103</sup> La Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, Ley No. 8488, en su artículo 4 define "desastre" como: "*Situación o proceso que se desencadena como resultado de un fenómeno de origen natural, tecnológico o provocado por el hombre que, al encontrar, en una población, condiciones propicias de vulnerabilidad, causa alteraciones intensas en las condiciones normales de funcionamiento de la comunidad, tales como pérdida de vidas y de salud de la población, destrucción o pérdida de bienes de la colectividad y daños severos al ambiente*" (Subrayado es suplido).

<sup>104</sup> Lavell, Allan (1996) "Degradación ambiental, riesgo y desastre urbano. Problemas y conceptos: hacia la definición de una agenda de investigación". En: *Ciudades en riesgo. Degradación ambiental, riesgos urbanos y desastres*, compilado por María Augusta Fernández, (12-42). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (La Red): p. 32. Disponible en: <[http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER\\_todo\\_ene-7-2003.pdf](http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER_todo_ene-7-2003.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. Ver en el mismo sentido: Cardona, Omar Darío (1996) "Evaluación de la amenaza, la vulnerabilidad y el riesgo. Elementos para el Ordenamiento y la Planeación del Desarrollo". En: *Los desastres no son naturales*, compilado por Andrew Maskrey, (45-65). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (La Red): p. 45. Disponible en: <[http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER\\_todo\\_ene-7-2003.pdf](http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER_todo_ene-7-2003.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. | Sobre esto mismo se ha dicho en el medio nacional: "Un desastre es un evento que causa daño físico significa o destrucción de infraestructura y propiedades, pérdida de vidas o cambios drásticos al entorno en una extensión sustancial". Vargas Monge, William (2012) "Vulnerabilidades de los sistemas vitales de Costa Rica: infraestructura vial, energía eléctrica y telecomunicaciones". En: *Desastres: Costa Rica en el tercer milenio. Desafíos y propuestas para la reducción de*

En el mismo sentido apuntado, Délton de Carvalho agrega:

*(...) os desastres são descritos como eventos que superam a capacidade local o regional em prestar resposta ao evento. Os desastres, sob o aspecto formal, consistem em fenômenos cuja configuração depende de declarações restritas a eventos de amplitude difusa e graves consequências que são tidas como suficientes para superar as capacidades estaduais e dos governos locais de atendimento ao evento<sup>105</sup>. (Subrayado es suplido).*

El *desastre* tiene otra característica que lo distingue de los otros posibles resultados de la materialización del riesgo. Se trata de su *grado de impredecibilidad*. Esta connotación marca una distinción, entre *desastre* y *catástrofe*<sup>106</sup>, siendo que algunos consideran que la *catástrofe* es un *desastre*, pero completamente *impredecible*, mientras que el *desastre* como tal puede ser menor o mayormente probable y, por ende, se justifica la gestión del riesgo. En ese sentido, Richard Posner explica:

*All these disasters and more would be catastrophes in the sense the word bears when used to designate an event that is believed to have a very low probability of materializing but if it does materialize will produce a harm so great and sudden as to seem discontinuous with the flow of events that preceded it*<sup>107</sup>.

---

*vulnerabilidad*. 1a Ed., editado por Marcos Adamson Bonilla y Federico Castillo, (75-126). San José: Contrastes Vivos de Costa Rica: p. 77. | En el mismo sentido se ha definido *desastre* como: “Una seria interrupción en el funcionamiento de una comunidad o sociedad que causa una gran cantidad de pérdidas humanas, materiales, económicas o ambientales; que exceden la capacidad de la comunidad o sociedad afectada para afrontar la situación utilizando sus propios recursos”. Baas, Stephan, Ramasamy, Selvaraju, Dey de Pryck, Jennie, Battisata, Federica (2009) *Análisis de Sistemas de Gestión del Riesgo de Desastres*. Roma: Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación: p. 7. Disponible en: <<http://www.fao.org/3/a-i0304s.pdf>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>105</sup> De Carvalho, Délton. (2013) “As mundaças climáticas e a formação do direito dos desastres”. En: *Novos Estudos Jurídicos*, Vol. 18(3), (397-415): p. 403. Disponible en: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5130/2690>> Accedido el: 27 de agosto del 2019. Traducción libre: “(...) los desastres son descritos como eventos que superan la capacidad local o regional en brindar respuesta al evento. Los desastres, en el aspecto formal, consisten en fenómenos cuya configuración depende de declaraciones restringidas a eventos de amplitud difusa y de graves consecuencias que son tenidas como suficientes para superar las capacidades estatales y de los gobiernos locales para la atención del evento”.

<sup>106</sup> Existen otras posiciones teóricas que hacen distinciones entre “desastre” y “catástrofe”, sin embargo, para efectos de este trabajo se entenderán equivalentes. En ese sentido se ha dicho: “La importancia de la distinción entre catástrofes y desastres radica en que las primeras requieren algunas formas de planeación diferentes a las necesarias para los segundos”. Quarantelli, Enrico Louis (1996) “Desastres y catástrofes: condiciones y consecuencias para el desarrollo social”. En: *Desastres. Modelo para Armar. Colección de Piezas de un Rompecabezas Social*, editado por Elizabeth Mansilla, (30-43). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (La Red): p. 33. Disponible en: <<http://www.desenredando.org/public/libros/1996/dma/DesastresModeloParaArmar-1.0.0.pdf>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>107</sup> Posner, Richard. (2004) *Catastrophe. Risk and Response*. 1st Ed. Oxford: Oxford University Press: p. 6. Traducción libre: “Todos esos desastres y otros más serían catástrofes en el sentido que la palabra toma cuando

La *catástrofe* viene siendo una especie del género *desastres*. En general, la *impredecibilidad* es respecto del *grado de posibilidad de ocurrencia del desastre*, pero no del desastre mismo ya consumado; en rigor, se trata de una característica del *riesgo de desastres*, pero no del *desastre* como tal<sup>108</sup>. Esto es que la *impredecibilidad* es un elemento a considerar en el contenido epistemológico del riesgo (nivel objetivo, sub-nivel grado de certeza). De esta forma, el *riesgo de desastres* se diferencia de cualquier otro riesgo debido a su alta incerteza e improbabilidad y que materializado genera resultados de máxima intensidad.

El *desastre* es un fenómeno social, puesto que es la materialización de un riesgo socialmente concebido y sus factores socialmente contruidos. La dinámica del fenómeno de riesgo depende de la interacción entre los elementos de la *situación real de riesgo*, esta última que es una parcela de la sociedad. La forma en que el *riesgo* se materialice (en caso de que se pueda prevenir o mitigar), o bien, el modo en que la sociedad responda frente a la transformación sobrevenida de la realidad producto del *desastre* (riesgo materializado) es lo que convierte en eminentemente sociales tanto a la causa (riesgo) como al efecto (desastre). Lavell explica que “(...) *el equilibrio aparente que se manifiesta en la continuidad de una vida cotidiana ‘ajustada’ a su medio, se describe en todos sus desequilibrios cuando llega el desastre, detonado por un agente externo, físico, perturbador, pero determinado por las condiciones de existencia, ubicación, estructura y organización humana.*”<sup>109</sup>

---

es usada para designar un evento que se cree tiene una muy baja probabilidad de materializarse, pero que si se materializa produciría un daño inminente tan grande que se muestra como discontinuo respecto del flujo de eventos que lo preceden”. | En el mismo sentido se ha pronunciado Daniel Farber: “*The common conception of disaster focuses on events that are sudden, significant and natural. But ‘disaster’ is in practice a malleable term. The suddenness criterion emphasizes the emergency period, but an important consideration in defining the field is whether prevention and development of resilience before the event, and compensation and rebuilding after the event, are to be included*”. Farber, Daniel. (2011) “Navigating the Intersection of Environmental Law and Disaster Law”. En: *BYU Law Review*, Vol. 2011 (6), (1783-1820): p. 1787. Disponible en: <<https://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2622&context=lawreview>> Accesado el: 27 de agosto del 2019. Traducción libre: “*La concepción común de desastre se enfoca en eventos que son inminentes, significativos y naturales. Pero el ‘desastre’ es en la práctica un término maleable. El criterio de la inminencia se enfoca en el período de emergencia, pero debe ser incluida una importante consideración en definir el espacio, que es la prevención o el desarrollo de resiliencia antes del evento y la compensación o reconstrucción después del evento*”. Ver en el mismo sentido: Farber, Daniel. (2012) “Disaster Law and emerging issues in Brazil”. En: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 4(1), (2-15): pp. 4-5. Disponible en: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.41.01/932>> Accesado el: 27 de agosto del 2019.

<sup>108</sup>Délton de Carvalho explica: “*Trata-se de eventos dotados de um caráter exponencial quanto às suas consequências, sendo decorrentes de fenômenos humanos, naturais e mistos (conjunta o isoladamente), desencadenados lentamente ou de forma temporalmente instantânea*”. De Carvalho, Délton. (2013) “*As mudanças climáticas e a formação do direito dos desastres*”. En: *Novos Estudos Jurídicos*, Vol. 18(3), (397-415): p. 403. Disponible en: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5130/2690>> Accesado el: 27 de agosto del 2019. Traducción libre: “*Se trata de eventos dotados de un carácter exponencial en cuanto a sus consecuencias, siendo deriados de fenómenos humanos, naturales o mixtos (conjunta o aisladamente), desencadenados lentamente o de forma temporalmente instantánea*”.

<sup>109</sup> Lavell, Allan (1996) “Degradación ambiental, riesgo y desastre urbano. Problemas y conceptos: hacia la definición de una agenda de investigación”. En: *Ciudades en riesgo. Degradación ambiental, riesgos urbanos y desastres*, compilado por María Augusta Fernández, (12-42). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (La Red): p. 32. Disponible en:

La labor de la *gestión del riesgo* es antes, durante y después de un fenómeno de riesgo. En términos de este trabajo, el riesgo se gestiona en condiciones normales (estado inicial o situación inicial), bajo condiciones de riesgo (estado transitorio de cambio o situación real de riesgo) y frente a resultados efectivos (estado ulterior, efectos, consecuencias o resultado). La incidencia en cada momento será distinta, pero siempre proviene de los elementos de la sociedad<sup>110</sup>. Por ello se comparte lo expuesto por Lavell al sintetizar:

*(...) un desastre es tanto proceso como producto. El proceso se capta en la creación de las condiciones de riesgo, resultado de la dinámica de las amenazas y vulnerabilidades sociales. Por lo tanto, la condición de desastre no debe ser ni*

---

<[http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER\\_todo\\_ene-7-2003.pdf](http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER_todo_ene-7-2003.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>110</sup>De manera muy clara, Délton de Carvalho realiza el siguiente análisis sobre la “circularidad en la gestión del riesgo”, a saber: “A circularidade no gerenciamento dos riscos leva a observação de que sistemas de infraestruturas críticas interconectadas apresentam um padrão para análise e gerenciamento de risco nas fases temporalmente estabelecidas como: i) normalidade que antecede o desastre; ii) interrupção operacional; iii) falha sistêmica; iv) resposta de emergência; v) recuperação dos efeitos do evento; vi) nova normalidade. Nesta equação, deve ser salientado o fato de que, muitas vezes, é possível que a interrupção operacional (que leve a desastres ou colapsos) seja temporária, como o sistema sendo capaz, estruturalmente, de retornar à (velha) normalidade (processo ao qual se denomina restauração). Em casos como estes, muitas vezes não há a percepção de nenhuma interrupção contínua no sistema (...) Um sistema em colapso consiste em algo profundamente diverso ao sistema em modo operacional normal, apresentando profunda complexidade ao planejamento, ao preparo e, acima de tudo, às respostas emergenciais necessárias, em virtude de sua constante capacidade de apresentar cenários imprevisíveis ou mesmo inimagináveis. Em muitos casos, uma mitigação no período recente pós-desastre faz-se diante de um cenário de antecipação e de preparação adequadas. Esta constatação atribui uma relevância maior às estratégias preventivas a desastres. Finalmente, o ciclo procesual descrito é capaz de demonstrar que, após a recuperação, o que será obtido a pós o período de recuperação não será uma velha normalidade, mas sim uma nova normalidade, com novas características, tais como estímulos à inovação (...) gerando novos aprendizados para prevenção de futuras ocorrências. É neste ponto que as irreversibilidades são percebidas, numa confrontação entre a velha normalidade (pré-desastres) e a nova normalidade (pós-recuperação e estabilização)”. De Carvalho, Délton. (2015) “Instrumentos de prevenção a desastres: as medidas não estruturais e a construção de cidades resilientes”. En: *Novos Estudos Jurídicos*, Vol. 20(5), (34-58): p. 39. Disponible en: < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7194/4090>> Accesado el: 27 de agosto del 2019. Traducción libre: “La circularidad en la gestión de los riesgos lleva a la observación de que los sistemas de infraestructuras críticas interconectadas presentan un patrón para el análisis y gestión del riesgo en las fases temporalmente establecidas”: i) normalidad que antecede el desastre; ii) interrupción operacional; iii) falla sistémica; iv) respuesta de emergencia; v) recuperación de los efectos del evento; vi) nueva normalidad. En esta ecuación, debe ser enfatizado el hecho de que, muchas veces, es posible que la interrupción operacional (que lleva a desastres o a colapso) sea temporal, como el sistema siendo capaz, estructuralmente de retornar a la (vieja) normalidad (proceso al cual se le denomina restauración). En casos como estos, muchas veces no hay percepción de ninguna interrupción continua en el sistema (...). Un sistema en colapso consiste en algo profundamente diverso al sistema en modo operacional normal, presentando profunda complejidad al planeamiento, a la preparación y, encima de todo, las respuestas de emergencia necesarias, en virtud de su constante capacidad de presentar escenarios imprevisibles o igualmente inimaginables. En muchos casos, una mitigación en el período reciente de pos-desastres se hace frente a un escenario de anticipación y de preparación adecuadas. Esta constatación atribuye una relevancia mayor a las estrategias preventivas a desastres. Finalmente, el ciclo procesual descrito es capaz de demostrar que, luego de la recuperación, lo que se obtendrá después del período de recuperación no es una vieja normalidad, sino una nueva normalidad, con nuevas características, tales como estímulos a la innovación (...) generando nuevos aprendizajes para la prevención de futuras ocurrencias. Es en este punto que las irreversibilidades son percibidas en una confrontación entre la vieja normalidad (pre-desastres) y la nueva normalidad (pos-recuperación y reestabilización)”.

*imprevisible ni incontrolable, cuando menos en teoría. La actualización abrupta o lenta y continua del riesgo existente que se presente como un desastre, habrá tenido, en general, expresiones anteriores, a través de la presencia de pequeñas rupturas o desequilibrios, es decir, pequeños y medianos desastres, que son vistos sin mayor preocupación por parte de las autoridades, y sin mayores activaciones previsoras por parte de la población*<sup>111</sup> (Subrayado es suplido).

El acaecimiento de un desastre es la última actualización de un fenómeno de riesgo, el ritmo de transformación de ese fenómeno (duración del estado transitorio de cambio) está influenciado por la actividad de los diversos actores de la sociedad que intervienen en las relaciones de los elementos (activos y pasivos) de esa *situación real de riesgo*. La gestión del riesgo de desastres es una labor integral y dinámica, que no solo surge cuando el riesgo es inminente. En ese sentido se comparte la aseveración de Elizabeth Mansilla al decir que el riesgo y sus elementos no pueden ser “(...) un simple enunciado de partes aisladas e independientes unas de otras (...)”<sup>112</sup>, sino que “(...) el riesgo y su conformación deben ser entendidos como parte de un proceso dinámico o continuo y no como un elemento estático”. En el mismo sentido se expresan Fernanda Damacena y Délton de Carvalho, al señalar: “*catástrofes, em geral, são acontecimentos sistêmicos, multicausais, interconectados e, por essa razão, não podem ser enfrentados com sucesso por um sistema isoladamente*”<sup>113</sup>.

#### **a.4. Riesgo y desastre como fenómenos jurídicos**

El propósito de este acápite es establecer una configuración jurídica del *riesgo* y del *desastre*, pero ahora como fenómenos jurídicos. Esto es necesario, puesto que en el Capítulo Tercero se trabaja desde lo jurídico con estos fenómenos que son poco estudiados por el Derecho. De esta forma, la conceptualización que se haga de estos fenómenos es la base sobre la cual se analiza la articulación entre la gestión del riesgo de desastres y la planificación urbana mediante el *Plan Regulador*, así como a través del instituto de la *tutela cautelar administrativa* como un *mecanismo de articulación*.

El *riesgo* y el *desastre* pertenecen a la realidad, siendo así, ¿cuál puede ser el “interés” del Derecho frente a estos fenómenos? Para responder a la interrogante hay que partir del *principio de la no-indiferencia frente a la realidad empírica*, sugerido por Delgado Ocando.

---

<sup>111</sup> Id., p. 32.

<sup>112</sup> Mansilla, Elizabeth. (2000) *Riesgo y Ciudad*. México: UNAM: p. 19. Disponible en: <<https://desenredando.org/public/libros/2000/ryc/RiesgoYCiudad-1.0.1.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>113</sup> Damacena, Fernanda; de Carvalho, Délton. (2013). “O Estado Democrático de Direito Ambiental e as catástrofes ambientais: evolução histórica e desafios”. En: *Pensar*, Vol. 18(2), (470-494): p. 482. Disponible en: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2701/pdf>> Accesado el: 27 de agosto del 2019.

Siendo el *riesgo* un estado transitorio de cambio de una situación real determinada cuyo resultado eventual no es deseado por los sujetos intervinientes y, considerando que dicho resultado puede ser desastroso, es claro que el Derecho se encuentra frente a una realidad (juicio de hecho o hecho) que califica (juicio de valor o valor) como *no deseada*.

*Riesgo* y *desastre* son valores de carga negativa que mueven la voluntad del operador del Derecho para que este se muestre *interesado* en enfrentar esa realidad, mediante pautas valorativas *positivizadas*, es decir, convertidas en normas jurídicas.

Dejando de lado la discusión filosófica sobre el concepto de *interés*, es evidente que el Derecho se muestra *interesado* frente a estos fenómenos. Haba Müller en su antología explica que los *intereses*:

*(...) concurren entre sí en el seno de la sociedad y obran como factor causal sobre el Legislador; se transforman, en la mente de éste, en determinadas ideas (criterios) de deber-ser (valor). Estas ideas, a su vez, indican cuáles son los 'intereses' objetivos -las cosas o los hechos- que la legislación protege o posterga, en mayor o menor grado. La norma jurídica debe, en consecuencia, ser entendida a la luz de su respectiva 'balanza' de intereses*<sup>114</sup> (Subrayado es suplido).

Esta perspectiva, aun cuando sea objeto de discusión filosófica, es clara en señalar que la norma (cualquiera que sea su tipo y contenido) surge por una operación subjetivo-valorativa previa por parte del legislador, por tanto, es además, una labor político-axiológica. Víctor Pérez Vargas explica que los intereses “(...) producen representaciones mentales de deber, las cuales, a su vez, determinan el nacimiento de la disposición normativa”<sup>115</sup>. Por su parte, Marcos Bernardes de Mello señala:

*Quando, no entanto, o fato interfere, direta ou indiretamente, no relacionamento inter-humano, afetando, de algum modo, o equilíbrio de posição do homem diante dos outros homens, a comunidade jurídica sobre ele edicta norma que passa a regulá-lo, imputando-lhe efeitos que repercutem no plano da convivência social. Parece claro, daí, que a norma jurídica atua sobre os fatos que compõem o mundo, atribuindo-lhes conseqüências específicas (efeitos jurídicos) em relação aos homens, os quais constituem um plus quanto à natureza do fato em si. A norma jurídica,*

---

<sup>114</sup> Haba Müller, Pedro (1972) “Esquemas metodológicos en la interpretación del derecho escrito”. En: *Cuaderno de Filosofía del Derecho*, No. 9, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela; citado por Haba Müller, Pedro. (2016) *Axiología Jurídica fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico*. 3ª Ed. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica: p. 55.

<sup>115</sup> Pérez Vargas, Víctor. (1991) *La jurisprudencia de intereses*. 2ª Ed. San José: Litografía e Imprenta LIL S.A.: p. 58.



*deste modo, adjetiva os fatos do mundo, conferindo-lhes uma característica que os torna espécie distinta dentre os demais fatos: o ser fato jurídico*<sup>116</sup>.

Esto es justamente lo que ocurre con el *riesgo* y el *desastre*, ambos son *hechos* que son relevantes para el Derecho (concebidos por ende como intereses o valores), debido a que su ocurrencia “afecta de algún modo el equilibrio de la posición” que tienen unas personas frente a otras y respecto a su medio. No hay duda de la relevancia jurídica de estos fenómenos, por tanto, la pregunta ya no es si al Derecho le interesan o no tales fenómenos, sino ¿cómo puede enfrentarlos?

La respuesta más sencilla es afirmar que el Derecho *enfrenta* los fenómenos de *riesgo* y de *desastre* mediante la promulgación de una *regulación*. Esta es, sin duda, la respuesta más importante que se espera del Derecho, pero parte de una presuposición de fondo que se analizará con cuidado, a saber: considerar que un hecho de la realidad (fenómeno) es, por el solo hecho de ser relevante, susceptible de ser *regulado* en *todo* su *ser*.

La regulación jurídica tiene el poder suficiente para alterar la dinámica interna de un hecho de la realidad y con ello transformarlo ajustándolo a los parámetros valorativos de la norma. Sin embargo, existen hechos o fenómenos muy complejos interna y externamente, por lo que una regulación de este tipo difícilmente pueda dominar y transformar la dinámica propia del hecho regulado.

Con esto se afirma que una regulación jurídica tiende a juridificar el hecho regulado y crear una segunda versión, en este caso jurídica, de la realidad para luego imponerla *erga omnes*. Entonces, lo que ocurre no es que el hecho entra en la norma (subsunción), sino que la norma prediseñada se impone sobre el hecho (imposición). Esta técnica, muy común y legítima en el Derecho, no es adecuada para todos los fenómenos de la realidad, que es lo que precisamente ocurre con el fenómeno del *riesgo* y del *desastre*.

Como se explica en apartados anteriores, ontológicamente el *riesgo* se entiende como una *situación real de riesgo* o *estado transitorio de cambio*, es decir, un conjunto de relaciones entre actos, hechos, objetos y sujetos, esto a nivel puramente fáctico. Pero esta realidad puede ser transformada en un *hecho jurídico complejo* o una *situación jurídica compleja*. En sentido

---

<sup>116</sup> De Mello, Marcos Bernardes. (2019) *Teoria do fato jurídico. Plano da Existência*. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva: p. 45. Traducción Libre: “Sin embargo, cuando el hecho interfiere, directa o indirectamente, en las relaciones inter-humanas, afectando, de algún modo, el equilibrio de posición de un hombre frente a otros hombres, la comunidad jurídica sobre él emite una norma que pasa a regularlo, imputándole efectos que repercuten en el plano de la convivencia social. De ahí, parece claro que la norma jurídica actúa sobre los hechos que componen el mundo, atribuyéndoles consecuencias específicas (efectos jurídicos) en relación a los hombres, los cuales constituyen un plus en cuanto a la naturaleza del hecho en sí. De este modo, la norma jurídica adjetiva los hechos del mundo, confiriéndoles una característica que los torna en una especie distinta entre los demás hechos: el ser hecho jurídico”.

laxo es correcto afirmar que el riesgo es un hecho jurídico, pero en sentido estricto, ese hecho involucra diversos elementos cuya incidencia jurídica es, también, diversa. A esta complejidad debe sumársele la naturaleza ontológica del desastre, es decir, un resultado, un estado ulterior de relaciones entre, al menos, los mismos elementos involucrados en la situación real de riesgo o estado transitorio de cambio.

El Derecho no puede regular el fenómeno de riesgo como si se trata de cualquier otro hecho jurídico, puesto que el riesgo es dinámico, abstracto, variable, complejo y, el desastre, como *efecto eventual/resultado efectivo* del riesgo es, por un lado, parte de la regulación del riesgo, cuando se está frente a un riesgo no materializado, pero por otro lado, también es un hecho distinto y separado del riesgo cuando se consuma.

En simple, la *seguridad jurídica* que otorga la fijación de la realidad por la norma no es alcanzable de esa manera en el caso del *riesgo* y del *desastre*, esto es por la *incertidumbre* intrínseca que los rodea. Por tanto, la forma de regular estos fenómenos, en aras de la seguridad jurídica, no pueden ser la fijación normativa únicamente.

Acá se propone, como premisa teórico-práctica, un cambio de paradigma en la elaboración de las normas, de modo que la regulación normativa sea de *instrumentos* y no solo de *hechos*. De modo que el efecto de la positivización no sea ya la *fijación de la realidad* en la norma, sino la *gestión de la realidad* por la norma. Se pasa de una *imagen* de la realidad captada por la norma, a una *actividad* de la norma sobre la realidad, esto es, mediante la regulación de *instrumentos* o *mecanismos* capaces de *diagnosticar*, *analizar* y *gestionar* la realidad *por sí mismos*.

Entonces, la *configuración jurídica* que aquí se proponga del fenómeno de *riesgo* y de *desastre* no es con el propósito de que la norma la fije invariablemente, sino para que la norma regule mecanismos que sean capaces de comprender la *configuración jurídica* de esos fenómenos y que la puesta en funcionamiento de los mecanismos regulados sea una aplicación efectiva y eficiente del ordenamiento jurídico. La consecuencia ulterior es que la realidad es impactada por el funcionamiento del mecanismo, lo que simultáneamente es la aplicación del ordenamiento jurídico, sin que la realidad regulada esté “exhibida en la vitrina de recuerdos” de la norma.

Ante la pregunta *¿cómo el Derecho puede regular el fenómeno de riesgo y de desastre?*, debe responderse con otra pregunta: *¿cuál figura del Derecho permite comprender la complejidad ontológica del riesgo y del desastre?* En este trabajo se propone retomar los fundamentos de la teoría general del Derecho y de las normas, por eso, el abordaje es, por un lado, la configuración jurídica del fenómeno de *riesgo* y de *desastre* como *situaciones jurídicas complejas* y, por otro, el análisis de la forma en que se efectúa la planificación urbana o territorial en Costa Rica, propiamente, mediante el *Plan Regulador*.

La configuración jurídica del *riesgo* y del *desastre* debe comenzar señalando que este último está presente en el primero de manera *potencial*. Esto hace que el *riesgo* deba configurarse, como se menciona acá, en dos momentos: uno *presente* y uno *futuro*. La *situación jurídica compleja de riesgo* abarca en un momento *presente* la ontología del riesgo como tal (posibilidad de ocurrencia) y en un momento *futuro* la expectativa del desastre como “algo no deseado”. Por otro lado, el *desastre* como tal, es decir, una vez materializado el *riesgo*, tiene una naturaleza ontológica de *resultado*, no de *potencialidad*.

Entonces, considérese lo que Angelo Fazea explica sobre la fenomenología jurídica, que no es otra que la “*fenomenología del mundo real vista sub specie iuris*”<sup>117</sup>. A partir de este marco de análisis “*todo fenómeno real puede ser considerado espacial y temporalmente: desde el ángulo espacial se configura como cuerpo, cosa, ‘objeto’; bajo el ángulo temporal se configura en cambio como resultado, acontecimiento, ‘hecho’ (...)*” (Subrayado es suplido)<sup>118</sup>. A mayor abundamiento, Falzea explica que “*los propios sujetos humanos figuran entre los objetos del espacio (...) y los actos humanos figuran entre los hechos del tiempo (...)*” (Subrayado es suplido)<sup>119</sup>. Es a partir de este planteamiento que se expone el análisis ontológico del riesgo, expuesto en el apartado a.1.) de esta Sección. Así, los elementos del riesgo pueden ser en general: objetos, sujetos, hechos o actos.

*Riesgo es la posibilidad de ocurrencia de algo no deseado. Riesgo es equivalente a: situación real de riesgo o estado transitorio de cambio, a nivel fáctico-ontológico; mientras que es equivalente a hecho jurídico o situación jurídica de riesgo, a nivel jurídico-epistemológico. El riesgo está conformado ontológicamente de la siguiente manera:*

- Elemento activo: factores de riesgo
- Elemento pasivo: elementos en riesgo

Los *factores de riesgo* desempeñan una *función activa* que es influenciar en la posibilidad de ocurrencia de algo no deseado. La sola presencia de un elemento activo, al margen de su magnitud y calidad, crea condiciones para la existencia del riesgo. Su calidad y magnitud potencian o disminuyen la probabilidad de ocurrencia.

Según la técnica de gestión del riesgo los *factores de riesgo* son dos: la *amenaza* y la *vulnerabilidad*. Para estos propósitos, sin perjuicio de mayor detalle en el apartado siguiente, la *amenaza* es un *agente peligroso* que existe en la realidad material (aunque no sea corpórea), por tanto, dimensionada en tiempo y espacio, cuya presencia incide directamente sobre la *posibilidad de ocurrencia del evento no deseado*. Esa incidencia se puede verificar mediante

---

<sup>117</sup> Falzea, Angelo (2009) *Eficacia Jurídica*. 3a Ed. San José: Investigaciones Jurídica S.A.: p. 128.

<sup>118</sup> Id.

<sup>119</sup> Id., p. 129.

flujos de energía o información que recibidos por parte de los elementos en riesgo aumentan la *probabilidad* de que el evento no deseado se materialice.

La *vulnerabilidad* es una *condición* que recae sobre los elementos en riesgo y funciona de manera activa porque los *expone* a ser afectados por la *posibilidad de ocurrencia del evento no deseado*. La calidad y magnitud de la vulnerabilidad se relaciona con el *grado de exposición* de tales elementos frente a la *amenaza*, por ende, se puede ver reflejado en la intensidad del impacto del evento no deseado en caso de materializarse el riesgo.

La *amenaza*, en tanto que *agente*, puede adquirir forma de *objeto, sujeto, hecho* o *acto*. Mientras que la *vulnerabilidad*, como *condición*, adquiere forma de *hecho*, sea de origen natural o como resultado de actos, pero siempre en relación con objetos, sujetos y actos.

Los *elementos pasivos* pueden ser *objetos, sujetos, hechos* o *actos*. De esta manera, los elementos en su conjunto conforman la situación real de riesgo. Así, en el tanto existan los denominados *factores de riesgo*, la situación real de riesgo entra en transformación (del estado inicial o normal a un eventual estado ulterior), por tanto, se encuentra en un estado transitorio de cambio.

Las relaciones entre los elementos están definidas en función *activa* o *pasiva*. Estas relaciones son recíprocas, es decir, allí donde existe parte activa, existe contraparte pasiva. Esto no quiere decir que a un determinado elemento activo le corresponda exclusivamente un elemento pasivo específico, sino que en la *relación de riesgo* siempre están presente ambas partes. Entonces, es posible que un elemento activo se relacione con varios elementos pasivos y viceversa.

Lo importante es que la *situación real de riesgo* se configura con la presencia de al menos un elemento activo y otro pasivo. De esta manera, la ausencia de un elemento u otro torna en “normal” la situación, es decir, en estado inicial<sup>120</sup>. Como el *riesgo* es un estado potencial, cualquier situación real o estado inicial es susceptible de pasar a un estado transitorio de cambio o tornarse en situación de riesgo, esto siempre ocurrirá cuando se completen los elementos necesarios para que al menos se dé origen a una *relación de riesgo*, sea al menos de tres maneras:

- Concurrencia de un elemento activo y uno pasivo.
- Preexistencia de un elemento pasivo y sobreviniencia de uno activo.
- Preexistencia de un elemento activo y sobreviniencia de uno pasivo.

---

<sup>120</sup> El “retorno” a estado inicial no debe ser visto como ausencia de transformación, puesto que es perfectamente posible que una situación de la realidad sea transformada sin llegar a constituir en un riesgo. De modo que el apelativo “inicial” es relativo a la posibilidad de entrar a un estado transitorio de cambio, es decir, a la posibilidad de convertirse en riesgo y no a la ausencia de transformación o a la retroacción de estado.

La *relación de riesgo* es sencillamente una *relación de causa y efecto* entre elementos activos y pasivos. De modo que en la *situación real de riesgo* debe existir al menos una relación de riesgo.

Teniendo como base el análisis anterior, ahora es posible explicar cómo esa situación real, puramente fáctico-ontológica, se convierte en una situación jurídica, es decir, cómo pasa a nivel jurídico-epistemológico. Mejor dicho, se explica cómo el Derecho reviste de carácter jurídico una determinada configuración fáctica.

Según Bernardes de Mello, el fenómeno jurídico debe analizarse en tres dimensiones, la política, la normativa y la social<sup>121</sup>, esto es para lograr una *visión integral del fenómeno jurídico*. La conclusión propuesta por este autor es que “os valores, enquanto apenas considerados em si, portanto, quando ainda não traduzidos em normas jurídicas não têm qualquer efeito vinculante da conduta social”<sup>122</sup>. Por su parte, “a conduta social enquanto não consubstanciada em uma norma, também, não pode ser considerada jurídica, uma vez que não produzirá o surgimento de relações jurídicas (...)”<sup>123</sup>.

Entonces, el fenómeno jurídico es un producto de un proceso de asimilación jurídica de la realidad, el cual comienza con la definición clara de los *hechos puros y simples*, como ya se hizo en el caso del riesgo, para luego determinar la *forma* en que el Derecho los configura como jurídicos. Bernardes de Mello utiliza el término *incidencia* como el momento en que el Derecho *juridifica* un hecho de la realidad. Este autor explica:

*A incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico. Somente depois de gerado o fato jurídico, por força da incidência, é que se poderá falar de situações jurídicas e todas as demais espécies de efeitos jurídicos (eficácia jurídica)*<sup>124 y 125</sup>.

---

<sup>121</sup> De Mello, Marcos Bernardes. (2019) *Teoria do fato jurídico. Plano da Existência*. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva: pp. 50-55.

<sup>122</sup> Id., p. 54. Traducción libre: “Los valores en cuanto a penas considerados en sí, por tanto, cuando todavía no han sido traducidos en norma jurídica, no tienen algún efecto vinculante a la conducta social”.

<sup>123</sup> Id. Traducción libre: “La conducta social en cuanto no consubstanciada en una norma jurídica, tampoco puede ser considerada jurídica, toda vez que no producirá el surgimiento de relaciones jurídicas (...)”.

<sup>124</sup> De Mello, Marcos Bernardes. (2019) *Teoria do fato jurídico. Plano da Existência*. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva: p. 120. Traducción libre: “Así, la incidencia es el efecto de la norma jurídica de transformar en hecho jurídico la parte de su soporte fáctico que el derecho consideró relevante para ingresar en el mundo jurídico. Solamente después de generado el hecho jurídico, por fuerza de la incidencia, es que se podrá hablar de situaciones jurídicas y todas las demás especies de efectos jurídicos (eficacia jurídica)”.

<sup>125</sup> En sentido similar señala Hans Kelsen: (...) este hecho externo, por haberse encuadrado espacial y temporalmente, por constituir un acontecer perceptible sensorialmente, es una parcela de naturaleza y, por tanto, está sometido a las leyes de causalidad. (...) Lo que convierte a este suceso en un acto jurídico (o antijurídico) no es su efectividad, no es su “ser” natural (...) sino el “sentido” objetivo que va enlazado al acto, la significación que propiamente posee. El hecho en cuestión recibe su sentido y su significación propiamente jurídicos, en virtud

La *incidencia* de la norma tiene el efecto básico de *juridificar* la realidad, ahora considerada como supuesto de hecho, por lo que marca el momento de ingreso a la vida jurídica. La *incidencia* debe ser *global* o *suficiente*<sup>126</sup>, de modo que abarque todo el soporte fáctico o supuesto de hecho relevante, esto aun cuando la norma termine regulando solo una fracción de realidad, pero la considerada como suficientemente relevante para el efecto jurídico querido por el ordenamiento jurídico. Entonces, la *situación jurídica de riesgo* es *compleja* en el sentido de que es *global*, según lo propone Falzea. Esto quiere decir que el Derecho debe *incidir* sobre la *situación real de riesgo* completa y no sobre sus elementos o relaciones aisladas. Falzea explica:

(...) [la] *situación que no es nunca un fenómeno aislado y parcial, una cosa o un grupo de cosas, un hecho o un grupo de hechos aisladamente considerados. Más bien, es necesario pensar en una configuración global de fenómenos, un estado de cosas globalmente considerado, un estado de hecho completo (Subrayado es suplido)*<sup>127</sup>.

El *riesgo* en su versión *fáctica* es un *estado transitorio de cambio*, por eso en su versión *jurídica* corresponde a una *situación jurídica compleja*, construida y configurada por el Derecho como un *estado de hecho completo*. Por esta razón, cobra especial importancia que en este trabajo se afirme que el *riesgo* es un fenómeno no susceptible de fijación normativa, debido a que tal operación supondría que la situación real de riesgo, al cambiar, podría integrarse de elementos que no son inicialmente fijados por la norma, por ende, aumenta el riesgo de errar en la atribución de efecto jurídico, al no estar estos últimos elementos previstos por el efecto jurídico inicial.

El Derecho, en lugar de *fijar situaciones jurídicas* en la norma, debe regular *mecanismos* que por sí mismos sean los que *gestionen* los elementos variables de la *situación jurídica*. De esta forma, es jurídicamente posible contemplar la totalidad de la situación, a pesar de su naturaleza dinámica.

Si se dice que la norma es lo que convierte un hecho puro y simple en hecho jurídico o que transforma una situación real en una situación jurídica, cabe cuestionarse lo siguiente: ¿cuál es, pues, el efecto jurídico atribuible a una situación *real* de riesgo para que se transforme en una situación *jurídica* de riesgo?

---

de una norma que a él se refiere, convirtiéndolo en su propio contenido; de tal modo que el acto puede ser interpretado en función de la norma que le ha atribuido la cualidad jurídica (Subrayado es suplido). Kelsen, Hans (2000) *La teoría pura del Derecho*. 2a Ed. México: Ediciones Gernika S.A.: pp. 14-15.

<sup>126</sup> Ver: De Mello, Marcos Bernardes. (2019) *Teoria do fato jurídico. Plano da Existência*. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva: pp. 147-156.

<sup>127</sup> Falzea, Angelo (2009) *Eficacia Jurídica*. 3a Ed. San José: Investigaciones Jurídica S.A.: pp. 130-131.

La respuesta no es sencilla y tampoco es válido decir que se trata de un único efecto jurídico. Al respecto, Falzea explica:

*(...) en las proposiciones jurídicas se expresan relaciones de condicionalidad entre un hecho y un valor o, más analíticamente: entre un hecho del mundo real y un valor del hacer humano. Lo que se llama efecto jurídico o consecuencia jurídica no es entonces otra cosa que un valor condicionado. El valor de un terminado acto humano (...) está condicionado en general a un determinado hecho de la realidad (...) (Subrayado es suplido)<sup>128</sup>*

Acá se dice que ese *valor condicionado* es el riesgo como *valor*, es decir, la contrapartida epistemológica del riesgo como *fenómeno*. Visto así, la situación jurídica de riesgo tiene dos niveles correlativos: a nivel ontológico se configura el hecho puro y simple, la situación real de riesgo, mientras que a nivel epistemológico se configura la situación jurídica de riesgo, mediante la atribución axiológica del riesgo como valor, es decir, el *efecto jurídico general*.

El contenido del riesgo como valor ya fue esbozado a nivel general, señalando que este sugiere un doble contenido primario: en sentido negativo, *eliminar* la causa de ocurrencia de algo no deseado y, en defecto de lo anterior, en sentido positivo, *realizar acciones para reducir* la posibilidad de ocurrencia, o bien, *mitigar* la intensidad o magnitud del impacto de su resultado. La orientación positiva implica la superación de la negativa, esto es, por ser imposible eliminar la causa de ocurrencia de lo no deseado. De ahí las medidas típicas de gestión del riesgo: prevenir y mitigar.

Entonces, los efectos jurídicos atribuibles a cada *relación de riesgo* existente entre los elementos de la situación jurídica de riesgo están dirigidos, en términos generales, a alguno de esos dos sentidos, sea a *eliminar* la causa (orientación negativa) o sea para *disminuir* la posibilidad de ocurrencia o la magnitud del resultado (orientación positiva).

Esta orientación axiológica general, originada a partir del contenido básico del riesgo como valor, permitirá definir si los efectos jurídicos concretos para cada *relación de riesgo* (supuesto de hecho) son *inhibitorios* (no hacer, no dar) o *propositivos* (hacer, dar)<sup>129</sup>.

Definido si el efecto jurídico es axiológicamente negativo o positivo, corresponde determinar el grado de coercibilidad del efecto, partiendo del supuesto de que todo efecto jurídico es, por

---

<sup>128</sup> Id., p. 50.

<sup>129</sup> Sobre esto Manuel Albaladejo explica: "(...) jurídicamente hablando, hecho positivo es aquello que el Derecho considera como un suceder, como un acontecer -aunque ello sea una omisión, desde un punto de vista no jurídico. Y hecho negativo es aquel que el Derecho considera como un no suceder". Albaladejo García, Manuel. (1955) "El hecho jurídico". En: *Revista de la Facultad de Derecho* de la Universidad de Oviedo, III(73), (346-381): p. 359. Disponible en: <[http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/5225/1/1189601\\_140.pdf](http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/5225/1/1189601_140.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

disposición de ley, coercitivo<sup>130</sup>. El grado de coercibilidad permite determinar si el efecto jurídico establecido por la norma es una *necesidad* o una *posibilidad* para el sujeto<sup>131</sup> encargado de poner en práctica el efecto jurídico. Bien lo explica Falzea al decir: “*En el cuadro de las situaciones jurídicas, el poder se contrapone al deber: éste [el deber] representa la necesidad axiológica, el otro [el poder] la posibilidad axiológica; y juntos representan las dos categorías modales axiológicas, las dos modalidades fundamentales de toda valoración*”<sup>132</sup>.

Si el efecto es *necesario* da lugar a la generación de las situaciones jurídicas *obligatorias* o de *deber*, mientras que si el efecto es *facultativo*, se generan situaciones jurídicas de *poder*. En las primeras la voluntad del sujeto, si no está predeterminada por la norma, está cuando mucho, menguada. Mientras que en las segundas, la voluntad del sujeto se mueve en un ámbito de decisión mayor entre diversas posibilidades de acción. Sobre esto explica Bernardes de Mello:

*A incondicionalidade da incidência existe em todas as normas, mesmo naquelas espécies em que o ordenamento jurídico permite à vontade das pessoas o poder de afastá-la, sem infringi-lá, dispendo de modo diverso de suas prescrições. Há normas jurídicas que se caracterizam por sua impositividade em relação à conduta e há outras que, diferentemente, não dispõem de modo imperativo, mas são editadas para suprir lacunas deixadas pela vontade -dispositivas- ou, quando manifestada, de modo obscuro ou inconcludente, deva o intérprete entendê-la de certa maneira -interpretativas-<sup>133</sup>.*

---

<sup>130</sup> De esta manera se explica: “*Em decorrência, ocorridos os fatos que constituem o seu suporte fático, a norma jurídica incide, incondicionalmente, infalivelmente, isto é, independentemente do querer das pessoas*”. De Mello, Marcos Bernardes. (2019) *Teoria do fato jurídico. Plano da Existência*. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva: pp. 121-122. Traducción libre: “*En consecuencia, ocurridos los hechos que constituyen el soporte fático, la norma jurídica incide, incondicionalmente, infaliblemente, esto es, independientemente del querer de las personas*”.

<sup>131</sup> Recuérdesse lo dicho por Falzea, todo hecho, acto, sujeto u objeto está, finalmente, relacionado de un modo u otro a un sujeto, aquel sujeto encargado de poner en práctica y hacer efectivo el efecto jurídico, sobre esto se afirma que: “*entre hecho jurídico y efecto jurídico y, por ende, entre situación de hecho y situación de derecho, existe pues esta esencial diferencia: mientras el hecho jurídico puede mirar hacia cualquier aspecto prácticamente importante del Mundo, el efecto jurídico debe referirse ante todo a las fuerzas jurídicamente disponibles, únicamente a aquellas fuerzas que pueden realizar y llevar a ‘efecto’ los intereses de la comunidad jurídica; las cuales son únicamente las energías y las actividades de los sujetos de la comunidad. Por ello las situaciones jurídicas en sentido estricto, se refieren no solo a determinados sujetos, sino también, más precisamente, a determinadas actividades de los sujetos*” (Subrayado es suplido). Falzea, Angelo (2009) *Eficacia Jurídica*. 3ª Ed. San José: Investigaciones Jurídica S.A.: p. 157.

<sup>132</sup> Falzea, Angelo (2009) *Eficacia Jurídica*. 3ª Ed. San José: Investigaciones Jurídica S.A.: pp. 161-162. En el mismo sentido se pronuncia Pérez Vargas, al decir: “*Toda la actividad del Derecho se resume en el fondo en tres valoraciones: el Derecho permite, ordena y prohíbe (conductas). Las valoraciones de necesidad pueden ser positivas o negativas; pueden configurarse como disposiciones (‘deber-hacer’) o prohibiciones (‘deber-de-no-hacer’)*”. Pérez Vargas, Víctor. (2013) *Derecho Privado*. 4ª Ed. San José: Litografía e Imprenta LIL S.A.: p. 37.

<sup>133</sup> De Mello, Marcos Bernardes. (2019) *Teoria do fato jurídico. Plano da Existência*. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva: pp. 125-126. Traducción libre: “*La incondicionalidad de la incidencia existe en todas las normas, al igual que en aquellas especies en que el ordenamiento jurídico permite a voluntad de las personas el poder de alejarse de ellas, sin infringirlas, disponiendo de modo diverso de sus prescripciones. Hay normas jurídicas que se*



La configuración fáctica de la situación real de riesgo puede ser plena, es decir, por su complejidad puede incluir sujetos, objetos, hechos y actos. Pero, la situación jurídica en su fase efectual (efecto jurídico) se reconduce a una esfera subjetiva, es decir, siempre a un sujeto de derecho. Señala Pérez Vargas que “*en la fase efectual no puede haber eventos, sino solamente comportamientos valorados como posibles o debidos*”<sup>134</sup>, en tanto que siempre es un sujeto (público o privado, individual o colectivo, físico o jurídico) el encargado de hacer efectivo el contenido del *efecto jurídico*, es decir, el sujeto es intermediario entre el nivel de *eficacia* y el de *efectividad* de la norma.

La consecuencia básica de la *incidencia* es la *juridificación* del supuesto de hecho considerado por la norma, momento que implica la generación de situaciones jurídicas. Por esta razón adquiere relevancia lo expuesto, en el sentido de que el efecto jurídico está conformado, como mínimo, por un contenido axiológico *negativo* o *positivo* y que puede generar una situación de *deber* o de *poder*<sup>135</sup>.

En el caso del riesgo, esta labor permitirá definir cómo las *relaciones* de riesgo existentes entre los elementos activos y pasivos de la *situación real de riesgo* se convierten en *relaciones jurídicas* que componen la *situación jurídica compleja de riesgo*<sup>136</sup>. Esta propuesta no predetermina en la norma un contenido del efecto jurídico, sino que en lugar de fijar hechos en la norma, regula un *mecanismo operativo* cuya función es efectuar un proceso básico en el que se capte, para su gestión jurídica, la dinámica del fenómeno al que se pretende incidir mediante la acción de la norma, este proceso incluye al menos cuatro fases, a saber:

1. **Diagnóstico** (nivel fáctico-ontológico): identificar la existencia de un fenómeno de riesgo, mediante la determinación de los elementos constitutivos de la situación real de riesgo (sujetos, objetos, hechos y actos).

---

*caracterizan por su carácter impositivo en relación a la conducta y hay otras que, diferentemente, no obligan imperativamente, sino que son emitidas para suplir lagunas dejadas por la voluntad -dispositivas- o, cuando de manera manifiesta sean oscuras o inconcluyentes, el intérprete deba entenderlas de cierta manera interpretativas-”*

<sup>134</sup> Pérez Vargas, Víctor. (2013) *Derecho Privado*. 4ª Ed. San José: Litografía e Imprenta LIL S.A.: p. 36.

<sup>135</sup> “*Una adecuada teoría de las situaciones jurídicas solo puede lograrse a partir de las valoraciones jurídicas fundamentales de posibilidad (poderes) y de necesidad (deberes)*”. Pérez Vargas, Víctor. (2013) *Derecho Privado*. 4ª Ed. San José: Litografía e Imprenta LIL S.A.: p. 36.

<sup>136</sup> Las situaciones jurídicas *específicas* o relaciones jurídicas que puedan surgir entre los elementos de la situación jurídica de riesgo *global* pueden ser alguna o algunas de las siguientes, sin afán de exhaustividad y sin precisión respecto de sus sub-tipos: 1) Derechos subjetivos sobre objetos (cosas, bienes, animales, entre otros); 2) Derechos subjetivos respecto de sujetos (públicos o privados, físicos o jurídicos, individuales o colectivos); 3) Intereses legítimos (individuales o colectivos, sobre objetos o respecto de sujetos públicos o privados); 4) Obligaciones, 5) Deberes jurídicos; 6) Potestades, 7) Cargas, 8) Expectativas y 9) Sujeciones (general y especial). Ver en sentido similar y para mayor detalle: Pérez Vargas, Víctor. (2013) *Derecho Privado*. 4ª Ed. San José: Litografía e Imprenta LIL S.A.: pp. 37-64. | Jinesta Lobo, Ernesto. (2009) *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. 2ª Ed. San José: Editorial Jurídica Continental: pp. 216-228. | Ortiz Ortiz, Eduardo. (2000) *Tesis de Derecho Administrativo II*. 1ª Ed. San José: Editorial Stradtman: pp. 181-252. | García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón. (2002) *Curso de Derecho Administrativo II*. 8ª Ed. Madrid: Editorial Cívitas: pp. 26-54.

2. **Análisis** (nivel axiológico-epistemológico): analizar las relaciones existentes entre los elementos constitutivos de la situación real de riesgo, para asignar a cada uno de ellos su función dentro de la relación recíproca, sea de manera *activa* (factores de riesgo o elementos de riesgo) o pasiva (elementos en riesgo).
3. **Gestión** (nivel axiológico-epistemológico): determinar el efecto jurídico genérico que le corresponde a cada relación fáctica para convertirla en una relación jurídica, de modo que sea posible establecer, posteriormente, el efecto jurídico concreto que dé origen a la situación jurídica que permita gestionar el fenómeno de riesgo identificado.
4. **Ejecución** (nivel fáctico-ontológico): aplicada la norma jurídica para la transformación de la situación real de riesgo en situaciones jurídicas de riesgo, corresponde a los sujetos involucrados y al operador jurídico hacer efectivo el contenido de dichas relaciones o situaciones jurídicas concretas, mediante los diversos mecanismos existentes en el Derecho, sean de ejecución voluntaria, sustitutiva o forzosa, de modo que su ejecución impacte sobre la dinámica propia del fenómeno de riesgo inicialmente identificado y ahora gestionado por el Derecho.

A manera de ilustrativa, el diagnóstico inicial supone identificar un fenómeno de riesgo concreto, para luego señalar sus elementos, sea una *relación de riesgo* específica en que existe una amenaza (elemento activo) de tal magnitud y calidad, conjuntamente con un determinado tipo de vulnerabilidad (elemento activo), en relación con tales o cuales elementos en riesgo (elemento pasivo). Simultáneamente, se efectúa el análisis de la función que tales elementos desempeñan en la relación de riesgo.

De seguido, en la fase de gestión, es necesario analizar cuál es el efecto jurídico genérico y concreto atribuible a esa relación de riesgo (nivel fáctico), para transformarla en una o varias relaciones jurídicas configuradas entre los mismos elementos de la relación fáctica (sujetos, objetos, hechos o actos). Por ejemplo, puede existir un derecho subjetivo de protección sobre objetos en riesgo a favor del sujeto titular de algún derecho legal sobre esos objetos (propiedad, posesión, usufructo entre otros), exigible frente a otro sujeto (público, privado, individual o colectivo, físico o jurídico) quien correlativamente ostenta un deber u obligación para evitar que el riesgo se materialice sobre esos objetos (situación jurídica de deber de tipo negativo) o bien implementar acciones o medidas cuya idoneidad esté orientada a disminuir en lo posible la probabilidad de ocurrencia de algo no deseado sobre la integridad de los objetos en riesgo.

Así, se identifica una *relación de riesgo básica* que se transforma en una *situación jurídica compleja de riesgo* que incluye al menos lo siguiente: 1) derechos reales (derechos subjetivos sobre objetos), 2) derechos subjetivos respecto de sujetos (posibilidad de exigir la protección de derecho frente a otro sujeto), 3) obligaciones y 4) deberes de tipo positivo o negativo, según el caso, para la protección del sujeto y objetos en riesgo.

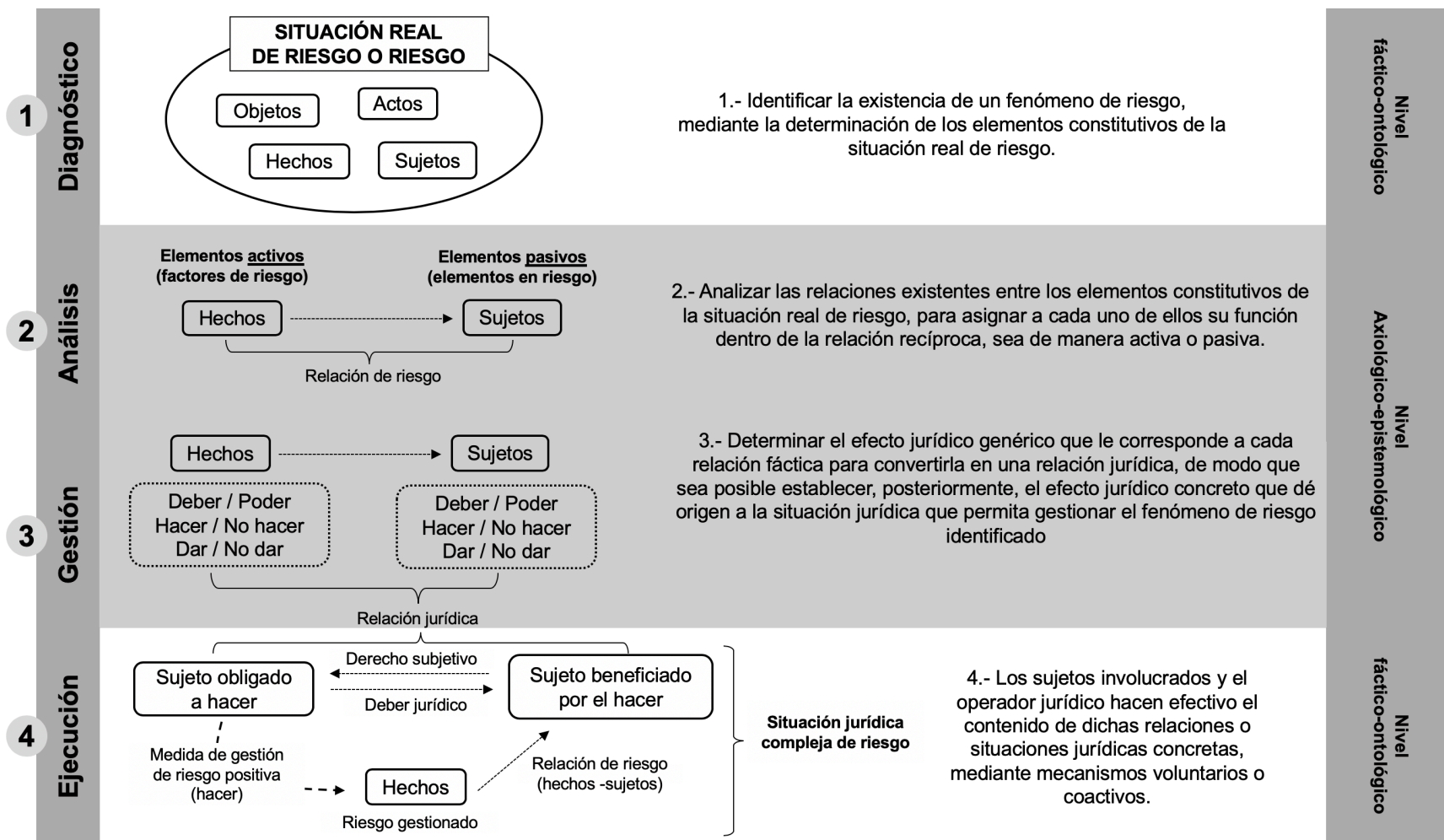
Finalmente, una vez que surja a la vida la *situación jurídica compleja de riesgo* es posible ejecutar el contenido de cada una de las relaciones jurídicas particulares, de modo que se hagan efectivas en la esfera de derechos del sujeto beneficiado y con ello se incida en la dinámica propia del fenómeno de riesgo. Esta ejecución, tratándose por ejemplo de un derecho subjetivo exigible frente a otro sujeto, puede consistir en solicitar de una Administración Pública, medidas (materiales o formales) para conservar determinado estado de cosas y eventos, para disminuir, por ejemplo, la vulnerabilidad y grado de exposición de los objetos y sujetos en riesgo, con lo cual se incide de manera directa sobre el nivel de riesgo existente.

Igualmente, es posible a nivel meramente privado, que un sujeto exija frente a otro a través de una acción derivada de un derecho subjetivo sobre objetos, que el demandado derribe o destruya determinada construcción o estado material de cosas ubicadas en su propiedad, consideradas como riesgosas por el demandante para sí mismo y su propiedad y de esta manera se estaría incidiendo sobre una amenaza ubicada en el fundo vecino demandado.

Para dejar clara esta exposición, a continuación se resume este planteamiento de manera esquemática:

### Diagrama No. 4

#### Análisis fenomenológico-jurídico del riesgo



**Nota:** Para las fases de Análisis, Gestión y Ejecución se toma como ejemplo, entre los muchos posibles, la relación de riesgo entre hecho-sujetos y en el caso del contenido axiológico, el ejemplo es *positivo* (hacer). **Fuente:** Elaboración propia, 2019.

Resta analizar desde el punto de vista fenomenológico-jurídico el *desastre*. El *desastre*, como se indica antes es siempre un *resultado*, por tanto, un *estado consumado de hechos*. Sin embargo, el *desastre*, al ser resultado de un riesgo efectivo, también puede ser, a su vez, una causa de generación de nuevos riesgos, de modificación o extinción de existentes. Esto implica que el tratamiento jurídico del *desastre* es por partida doble: 1) por un lado como *estado consumado de hechos* y 2) como causa generadora de nuevos riesgos, es decir, como *riesgo sobreviniente o emergente*.

En ambas hipótesis el abordaje fenomenológico-jurídico es el mismo que el expuesto anteriormente para el caso particular del riesgo. No obstante, en el caso del *desastre per se*, es decir, como *estado consumado de hechos*, el abordaje corresponde a la aplicación normal de la teoría de las situaciones jurídicas, puesto que se trata de la averiguación de relaciones de causalidad, de identificación de sujetos y objetos, así como de la atribución de responsabilidades, sobre hechos ya consumados.

Lógicamente, en la hipótesis del *desastre* como *estado consumado de hechos* no es posible hablar de relaciones de riesgo (lo cual se hace únicamente en la hipótesis del *desastre* como *riesgo sobreviniente*), razón por la cual las relaciones entre los elementos involucrados en la *situación real de desastre* se analizan al amparo de las normas sobre atención de desastres, sea estableciendo derechos y deberes para sujetos de derecho privado o de derecho público, o bien, al amparo del ordenamiento jurídico administrativo o privado a nivel de responsabilidad patrimonial, cuando el *desastre* sea procurado por acción humana.

El *desastre*, como *resultado* que es de un *riesgo* efectivo, tiene la particularidad de que todos sus elementos se encuentran, en mayor o menor medida, *afectados*. La afectación es siempre un detrimento, disminución, debilitamiento, pérdida, daño, lesión, supresión o similar, causado por la materialización del riesgo. De modo que las relaciones jurídicas surgidas entre los elementos de la *situación real de desastre* están dirigidas a al menos los siguientes propósitos:

1. Mitigar los efectos *actuales* del *desastre*
2. Prevenir los efectos *potenciales* del *desastre* (sea agravamiento de los efectos *existentes* o generación de nuevos *riesgos* o modificación de *riesgos* existentes)

La respuesta del ordenamiento jurídico frente al acaecimiento de un *desastre* es, prioritariamente, de *gestión de los efectos materiales*, lo que usualmente se denomina como *atención de desastres*. Por esta razón, al proceso base de *gestión del riesgo* se le agregan fases antes y después de haber ocurrido el *desastre*, como etapas especiales tratándose de un *riesgo de desastres* y no un riesgo en general<sup>137</sup>. Así, el proceso de *gestión del riesgo de*

---

<sup>137</sup> Consultar: Cardona, Omar Darío. (1996) "El manejo de riesgos y los preparativos para desastres: Compromiso institucional para mejorar la calidad de vida". En: *Desastres. Modelo para Armar. Colección de Piezas de un*

*desastres* se compone de las siguientes fases: 1) prevención y mitigación (gestión del riesgo en sentido estricto), 2) preparación y respuesta, 3) rehabilitación y reconstrucción (también denominadas como “recuperación”), estas últimas dos en la fase de atención de emergencias y del desastre.

La respuesta del derecho frente a una *situación real de desastre* comienza con una adecuada gestión del riesgo en las fases de prevención y mitigación. Sin embargo, esas fases corresponden, *strictu sensu*, a la respuesta del derecho ante una *situación real de riesgo*, como se explica antes. Entonces, la respuesta del derecho está focalizada a la *atención del desastre* una vez ocurrido, sin perjuicio de las respuestas ante fenómenos de riesgo sobrevinientes.

Temporalmente, la preparación es previa al desastre, pero ante su inminencia, ya no solo su potencialidad. Mientras que la respuesta es durante o inmediatamente después de ocurrido el desastre. La rehabilitación y la reconstrucción son fases *post*-desastre.

La mitigación de los efectos actuales, como la prevención de los efectos potenciales del desastre puede lograrse de diferentes maneras, dependiendo de la calidad y magnitud de los efectos materiales. La actuación del ordenamiento jurídico siempre es dentro del ámbito axiológico de lo *posible* y de lo *razonable*.

Esto quiere decir que la atención de los efectos desastrosos es priorizada según la importancia de los elementos integrantes de la *situación real de desastre*, propiamente en las fases de preparación y respuesta, mientras que las labores de recomposición del estado anterior al desastre se realizan bajo estándares de razonabilidad, por lo que nunca es posible una plena reconstitución. Esa labora restitutiva, puede dar lugar a la implementación de obras materiales, prestaciones sustitutivas para daños irreparables o la intervención de factores excluyentes de responsabilidad, cuando el acaecimiento del desastre estuviera fuera de toda previsión y evitabilidad, por ejemplo. Las relaciones jurídicas surgidas entre los elementos de una *situación real de desastre* están sujetas a un régimen jurídico de excepción particular, derivado de una *declaratoria de emergencia*, denominado como *estado de urgencia y necesidad*.

## **b.- Gestión del riesgo de desastres**

La gestión del riesgo es una técnica cuya labor consiste en diagnosticar, analizar y gestionar el fenómeno del riesgo. Como técnica es empleada en diversas áreas y para diversos tipos de riesgo, como puede ser la gestión del riesgo financiero. Para el caso del *riesgo de desastres*,

---

*Rompecabezas Social*, editado por Elizabeth Mansilla, (128-147). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (La Red); pp. 128-129. Disponible en: <<http://www.desenredando.org/public/libros/1996/dma/DesastresModeloParaArmar-1.0.0.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

la técnica adquiere relevancia por la magnitud de los daños esperados ante la ocurrencia de un desastre, esto hace que el proceso de gestión se torne complejo, a lo cual debe sumarse la pluralidad de sujetos intervinientes con sus respectivos intereses, la multiplicidad de factores de riesgo y de elementos en riesgo, la incertidumbre del fenómeno de riesgo y su complejidad social, que trasciende el ámbito puramente cuantitativo, la carencia de recursos y la abundancia de necesidades, así como otras vicisitudes del sistema socioeconómico-político-jurídico, en el seno del cual se implementa la política pública de gestión del riesgo.

Para propósitos de este acápite, se realiza una exposición concisa sobre la técnica gestión del riesgo, sus elementos básicos y fases, para luego analizar la forma en que el Derecho puede articular el instrumental proporcionado por esta técnica con la dinámica propia del sistema normativo u ordenamiento jurídico, sea mediante *mecanismos operativos* o *articuladores*, como el *Plan Regulador* y la *tutela cautelar administrativa*.

Se advierte, para efectos teóricos, que en este trabajo se adopta el paradigma de la *gobernanza del riesgo* (*risk governance*) que propone un abordaje más amplio que la *gestión del riesgo* en sí. De previo a analizar el proceso de *gobernanza del riesgo*, es necesario dejar claros algunos conceptos básicos a partir de los cuales se construye esta técnica de gestión.

La “gestión del riesgo”, es decir, la *gobernanza del riesgo*, parte de una formulación básica que concibe al *riesgo* como la relación entre sus *factores*. Los factores del riesgo son las *amenazas* y las *vulnerabilidades*<sup>138</sup>.

Esta formulación es de vieja data y actualmente se encuentra vigente, aun cuando diversas perspectivas la modifiquen, la aumenten o la nieguen. Fue propuesta en 1979 por una reunión de expertos convocada por la *United Nations Disaster Relief Organization* (UNDRO), conocida hoy como la Oficina de Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres (UNISDR). En ese momento, la terminología empleada era “vulnerability analysis” y constituía un instrumento para la prevención del desastre. Esa reunión de expertos tuvo como propósito el siguiente:

*(...) to review UNDRO`s work in vulnerability analysis, provide further guidance on defining concepts and developing methodologies for applying the results of such analysis to practical physical planning and building techniques in disaster-prone developing countries, and lastly to advise UNDRO on its further activities in this filed*<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> En inglés, los términos empleados son: “hazards” o “dangers” para amenazas y “vulnerabilities” para vulnerabilidades.

<sup>139</sup> United Nations Disaster Relief Organization (1980) *Natural Disaster and Vulnerability Analysis. Report of Expert Group Meeting (9-12 July 1979)*. Geneva: UNDRO: p. iv. Accesado el 6 de noviembre del 2018 en el sitio web:

Esa Reunión de Expertos propuso uniformar terminología y recomendó el uso de los siguientes conceptos: amenaza natural (*natural hazard*), vulnerabilidad (*vulnerability*), elementos en riesgo (*elements at risk*), riesgo específico (*specific risk*) y riesgo (*risk*). A pesar de que la terminología empleada hoy se basa en tales criterios, lo cierto es que ha cambiado. Sin embargo, lo que interesa es la síntesis propuesta por esa Reunión de Expertos, al afirmar: “*In order to assess the disaster risk of an area, data on the following categories are required: natural hazard, vulnerability, elements at risk*”<sup>140</sup>. Más recientemente, esta formulación se encuentra desarrollada en el documento *Vivir con el Riesgo: Informe mundial sobre iniciativas para la reducción de desastres* de la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres y entiende al *riesgo* de la siguiente manera:

$$\text{Riesgo} = \text{amenazas} \times \text{vulnerabilidades}^{141}$$

Considerando que estos conceptos se utilizan en este trabajo previamente y que forman parte del pilar sobre el cual opera la técnica de “gestión del riesgo”, sea la *gobernanza del*

---

<https://archive.org/details/naturaldisasters00offi/page/n5> Traducción libre: “(...) revisar el trabajo de la UNDRRO en el análisis de la vulnerabilidad, proveer una orientación adicional en la definición de conceptos y el desarrollo de metodologías para aplicar los resultados de esos análisis a la planificación física y a las técnicas constructivas en los países desarrollados propensos a desastres y, finalmente, para aconsejar a la UNDRRO en sus futuras actividades en este campo”.

<sup>140</sup> Id., p. 8. Traducción libre: “Con el propósito de evaluar el riesgo de desastre de un área, se requiere información sobre las siguientes categorías: amenaza natural, vulnerabilidad y elementos en riesgo”.

<sup>141</sup> Ver en el mismo sentido: Cardona, Omar Darío (1996) “Evaluación de la amenaza, la vulnerabilidad y el riesgo. Elementos para el Ordenamiento y la Planeación del Desarrollo”. En: *Los desastres no son naturales*, compilado por Andrew Maskrey, (45-65). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (La Red): pp. 48-50 Disponible en: <[http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER\\_todo\\_ene-7-2003.pdf](http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER_todo_ene-7-2003.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Mora, Sergio (2010) “Disasters should not be the protagonists of Disaster Risk Management”. En: Williams, Arthur. *Geologically Active: Proceedings of the 11<sup>th</sup> IAEG Congress. Auckland, New Zealand, 5-10 September 2010*, (89-110). London: Taylor & Francis Group: pp. 91-94 Disponible en: <[https://www.researchgate.net/profile/Sergio\\_Mora\\_Castro/publication/275970692\\_Disasters\\_should\\_not\\_be\\_the\\_protagonists\\_of\\_Disaster\\_Risk\\_Management/links/554cf9670cf29f836c9cd4ae/Disasters-should-not-be-the-protagonists-of-Disaster-Risk-Management.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Sergio_Mora_Castro/publication/275970692_Disasters_should_not_be_the_protagonists_of_Disaster_Risk_Management/links/554cf9670cf29f836c9cd4ae/Disasters-should-not-be-the-protagonists-of-Disaster-Risk-Management.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Comisión Nacional de Emergencias (2014) *Normas y elementos básicos de gestión municipal del riesgo de desastre con énfasis en prevención, control y regulación territorial*. 1a Ed. San José: CNE: pp. 5-10 | Narváez, Lizardo, Lavell, Allan, Pérez Ortega, Gustavo. (2009) *La gestión del riesgo de desastres: Un enfoque basado en procesos*. 1a Ed. Lima: Comunidad Andina-PREDECAN: p. 10. Disponible en: <<http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/Temas/AtencionPrevencionDesastres/EJET1Procesos.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Barrantes, Gustavo; Márquez, Rodrigo. (2011) “De la atención de desastres a la gestión del riesgo; una visión desde la geografía”. En: *Revista Geográfica de América Central*, No. 47, (15-38): pp. 17-20. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/publication/278018458\\_De\\_la\\_atencion\\_del\\_desastre\\_a\\_la\\_gestion\\_del\\_riesgo\\_un\\_vision\\_desde\\_la\\_geografia?\\_sg=vrl-rslbtuxXxO25u5csNYeJmsNJFzre0llfJ8zru8Rgf2M99POo7suNJ9xCk6yJzDsf2bl0B4K](https://www.researchgate.net/publication/278018458_De_la_atencion_del_desastre_a_la_gestion_del_riesgo_un_vision_desde_la_geografia?_sg=vrl-rslbtuxXxO25u5csNYeJmsNJFzre0llfJ8zru8Rgf2M99POo7suNJ9xCk6yJzDsf2bl0B4K)> Pzr2LF5MFV3Jrd2L7tT9UHwl2fEu1.cP\_1nMDyrYckyFlvtBZtm46ikHvgO6PnxTRLFflo3OhByvxj86kiXF5DlrTOiTv ygv0h2J0MXo0p9J9gqXz8g> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Oficina de Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres. (2004) *Vivir con el Riesgo: Informe mundial sobre iniciativas para la reducción de desastres*. Geneva: UN Publicaciones: p. 40. Disponible en: <[http://www.unisdr.org/files/657\\_lwrsp.pdf](http://www.unisdr.org/files/657_lwrsp.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.



riesgo, tanto como la *gestión del riesgo de desastres*, a continuación se exponen con mayor detalle los elementos de esa formulación: los *factores del riesgo*.

## **b.1.- Factores del riesgo**

**b.1.1.- Amenaza.** La *amenaza* o *peligro* es un *agente peligroso* que existe en la realidad (sea material o ideal), por tanto, dimensionada en tiempo y espacio, cuya presencia incide directamente sobre la *posibilidad de ocurrencia del evento no deseado*<sup>142</sup>. En tanto que *agente*, puede adquirir forma de *objeto, sujeto, hecho* o *acto*. Sergio Mora, haciendo referencia a la amenaza de tipo natural, define a este factor como: “*the probability that an event becomes intense enough, within a temporal and spatial frameworks, to produce significant damage*”<sup>143</sup>. Por su parte, la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias define a la *amenaza* como:

*(...) un acontecimiento, suceso o circunstancia física, proceso natural o actividad humana que en el caso de haber alcanzado o superado una intensidad específica, puede implicar la pérdida de vida humana, heridas o daños a los bienes sociales o económicos, o ambientales*<sup>144</sup>.

La Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo define en su artículo 4 la *amenaza* como un “*peligro latente*” que puede “*producir efectos adversos en las personas, los bienes, los servicios públicos y el ambiente*”; sin embargo, esta definición legal no es del todo exacta, puesto que se confunde parcialmente con el concepto de riesgo.

La *amenaza* se puede estimar con base en funciones probabilísticas. Usualmente se dice que: “*La probabilidad de que una amenaza produzca pérdidas está relacionada con la*

---

<sup>142</sup> Omar Darío Cardona indica que existe literatura que confunde la amenaza con el riesgo, al respecto aclara: “*la amenaza se entiende como un factor de riesgo externo de un elemento o grupo de elementos expuestos, que se expresa como la probabilidad de que un suceso se presente con una cierta intensidad, en un sitio específico y en dentro de un periodo de tiempo definido*”. Cardona, Omar. (2001) “Estimación holística del riesgo sísmico utilizando sistemas dinámicos complejos”. Tesis de doctorado. Departamento de Ingeniería del Terreno, Cartográfica y Geofísica. Universidad Politécnica de Cataluña: p. 24. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/profile/Omar\\_Cardona/publication/277163871\\_Estimacion\\_holistica\\_del\\_riesgo\\_sismico\\_utilizando\\_sistemas\\_dinamicos\\_complejos/links/57b28ddc08ae15c76cbb40a3.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Omar_Cardona/publication/277163871_Estimacion_holistica_del_riesgo_sismico_utilizando_sistemas_dinamicos_complejos/links/57b28ddc08ae15c76cbb40a3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>143</sup> Mora, Sergio (2010) “Disasters should not be the protagonists of Disaster Risk Management”. En: Williams, Arthur. *Geologically Active: Proceedings of the 11<sup>th</sup> IAEG Congress. Auckland, New Zealand, 5-10 September 2010*, (89-110). London: Taylor & Francis Group: p. 91. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/profile/Sergio\\_Mora\\_Castro/publication/275970692\\_Disasters\\_should\\_not\\_be\\_the\\_protagonists\\_of\\_Disaster\\_Risk\\_Management/links/554cf9670cf29f836c9cd4ae/Disasters-should-not-be-the-protagonists-of-Disaster-Risk-Management.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Sergio_Mora_Castro/publication/275970692_Disasters_should_not_be_the_protagonists_of_Disaster_Risk_Management/links/554cf9670cf29f836c9cd4ae/Disasters-should-not-be-the-protagonists-of-Disaster-Risk-Management.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “*La probabilidad de que un evento llegue a ser lo suficientemente intenso, dentro de un marco temporal y especial, para producir un daño significativo*”.

<sup>144</sup> Comisión Nacional de Emergencias (2014) *Normas y elementos básicos de gestión municipal del riesgo de desastre con énfasis en prevención, control y regulación territorial*. 1a Ed. San José: CNE: p. 5.

*intensidad ('a') y la frecuencia con que se presenta (probabilidad de aparición)*<sup>145</sup>. De esta manera existe una tendencia, que no es una regla, a una relación inversa, a mayor frecuencia de aparición, menor intensidad del impacto y viceversa. La posibilidad de estimación es justamente el rasgo que diferencia la amenaza del riesgo. El riesgo es la *posibilidad* de ocurrencia, la amenaza la *probabilidad* de que uno o varios agentes externos incidan sobre esa *posibilidad*. Sobre este aspecto Omar Darío Cardona explica:

*(...) el grado de amenaza está vinculado tanto con la intensidad del evento como con en el lapso de tiempo en que se espera pueda ocurrir o manifestarse el fenómeno que caracteriza la amenaza. La inminencia de un evento severo es relativa a la ventana de tiempo que se utilice como referencia y por lo tanto de ello depende el nivel de amenaza que ofrece el fenómeno considerado a una comunidad o población expuesta (Subrayado es suplido)*<sup>146</sup>.

Las variables que permiten estimar la amenaza son, precisamente, la *intensidad del impacto* y la *frecuencia de aparición u ocurrencia*, referencias que integran la función de probabilidad. Sin embargo, es posible que el fenómeno de riesgo esté influenciado por una multiplicidad de causas de diverso tipo, de modo que la complejidad global del fenómeno reduce la precisión del cálculo de la probabilidad. De esta manera “(...) *evaluar la amenaza es “pronosticar” la ocurrencia de un fenómeno con base en: el estudio de su mecanismo generador, el monitoreo del sistema perturbador o el registro de eventos en el tiempo*”. La confianza en la estimación de la amenaza dependerá, en última instancia, en la mayor cantidad e idoneidad de información sobre esas variables.

---

<sup>145</sup> Id. En el mismo sentido, Fernanda Damacena explica: “*Dentre os aspectos mais comuns nos estudos, poder-se destacar: a frequência dos eventos (se têm acontecido com mais frequência do que no passado); a intensidade (os eventos estão ficando mais graves, com o potencial de efeitos mais prejudiciais?); a duração (são mais longos do que o ‘normal’?); e o momento (ocorrem mais cedo ou mais tarde na estação ou no ano?)*”. Damacena, Fernanda. (2019) *Direito dos desastres e compensação no Brasil: limites e potencialidades*. 1ª Ed. Río de Janeiro: Lumen Iuris: p. 20. Traducción libre: “*Entre los aspectos más comunes en los estudios, se pueden destacar: las frecuencias de los eventos (si han acontecido con más frecuencia de lo que en el pasado); la intensidad (¿los eventos están siendo más graves, con el potencial de efectos más perjudiciales?); la duración (¿son más largos de lo ‘normal’?); y el momento (¿ocurren más temprano o más tarde en la estación o en el año?)*”.

<sup>146</sup> Cardona, Omar. (2001) “Estimación holística del riesgo sísmico utilizando sistemas dinámicos complejos”. Tesis de doctorado. Departamento de Ingeniería del Terreno, Cartográfica y Geofísica. Universidad Politécnica de Cataluña: p. 28. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/profile/Omar\\_Cardona/publication/277163871\\_Estimacion\\_holistica\\_del\\_riesgo\\_sismico\\_utilizando\\_sistemas\\_dinamicos\\_complejos/links/57b28ddc08ae15c76cbb40a3.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Omar_Cardona/publication/277163871_Estimacion_holistica_del_riesgo_sismico_utilizando_sistemas_dinamicos_complejos/links/57b28ddc08ae15c76cbb40a3.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

Por otro lado, las amenazas, en tanto que agentes peligrosos, pueden clasificarse en atención a su causa de origen, por lo que pueden señalarse al menos tres grandes grupos de amenazas:

- **Amenazas naturales:** son *“completamente naturales y forman parte de la historia y de la coyuntura de la formación de la tierra y de la dinámica geológica, geomorfológica, climática y oceánica. Comprenden parte del medio ambiente natural del ser humano, quien ni incide (en sentido significativo) en su aparición ni puede intervenir (con ciertas excepciones) para que no sucedan”*<sup>147</sup>.
- **Amenazas socio-naturales:** *“algunos fenómenos típicos de las amenazas naturales tienen una expresión o incidencia que es socialmente inducida. O sea, que se producen o se acentúan por algún tipo de intervención humana sobre la naturaleza (...)”*<sup>148</sup>. La particularidad de estas amenazas es que se manifiestan como naturales, pero son generadas o potenciadas por la acción humana, es decir, en la cadena de causalidad presentan una concausalidad mixta, por un lado natural y por otro lado antrópica. Esto implica que gran parte de las amenazas naturales puede ser cogeneradas o potenciadas por la acción humana.
- **Amenazas antrópicas o antropogénicas:** *“en el caso de las amenazas antropogénicas, estas son totalmente una construcción humana y el papel que el ambiente natural juega en la construcción del riesgo asociada con ellas viene por sus características particulares y la forma en que potencian la amenaza como tal”*<sup>149</sup>.

Para sintetizar esta clasificación, es posible reconducir las amenazas a dos grandes grupos, las naturales y las antrópicas o antropogénicas, considerando que las naturales se convierten en socio-naturales cuando en su generación o potenciación interviene la acción humana en diverso grado.

---

<sup>147</sup> Lavell, Allan (1996) “Degradación ambiental, riesgo y desastre urbano. Problemas y conceptos: hacia la definición de una agenda de investigación”. En: *Ciudades en riesgo. Degradación ambiental, riesgos urbanos y desastres*, compilado por María Augusta Fernández, (12-42). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (La Red): p. 21. Disponible en: <[http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER\\_todo\\_ene-7-2003.pdf](http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER_todo_ene-7-2003.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>148</sup> Id., p. 22.

<sup>149</sup> Lavell, Allan et. Al. (2003) *La gestión local del riesgo: Nociones y precisiones en torno al concepto y la práctica*. 1a Ed. Panamá: CEPREDENAC-PNUD: p. 18. Disponible en: <[http://www.preventec.ucr.ac.cr/sites/default/files/lavell\\_-\\_nociones\\_y\\_precisiones.pdf](http://www.preventec.ucr.ac.cr/sites/default/files/lavell_-_nociones_y_precisiones.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

A efectos de facilitar la clasificación de las amenazas, considérese el siguiente cuadro:

**Cuadro No. 2**  
Clasificación de amenazas

TIPO	SUB-TIPO	EJEMPLOS
<b>Amenazas naturales</b>	<b>Geodinámicas</b>	Sismos
		Erupciones volcánicas
		Tsunamis o maremotos
		Licuefacción
		Deslizamientos
		Reptaciones
		Flujos de escombros o deslaves
		Avalanchas
		Hundimientos o subsidencia
	<b>Hidrológicas</b>	Inundaciones
		Desbordamientos de ríos y lagos
		Anegamientos
		Erosión terrestre y costera
		Sedimentación
		Salinización
		Desertificación y sequías
		Agotamiento de acuíferos
	<b>Atmosféricas</b>	Tornados y vendavales
		Lluvias torrenciales y tormentas
		Heladas
		Granizadas
Cambios fuertes de temperatura		
Incendios forestales		
Huracanes, ciclones o tifones		
Fenómeno del niño y de la niña		
<b>Biológicas</b>	Enfermedades causadas por virus	
	Nubes de insectos	
	Reproducción excesiva de roedores	
<b>Amenazas antrópicas o antropogénicas</b>	<b>Sucesos tecnológicos</b>	Accidentes aéreos
		Accidentes navales
		Accidentes ferroviarios
		Rompimiento de presas
		Sobrepresión de tuberías

		Explosiones
		Incendios
	<b>Sucesos contaminantes</b>	Escapes de sustancias químicas (líquidas o gaseosas)
		Derrames de hidrocarburos y otras sustancias
		Emisiones de radiaciones nucleares
		Desechos líquidos y sólidos de acción biótica
	<b>Sucesos antropogénicos y conflictos</b>	Accidentes en zonas de afluencia masiva de personas o situaciones de pánico
		Guerras
		Actos terroristas
		Vandalismo
Conflictos civiles y militares		

**Nota:** los ejemplos no son los únicos existentes, pero por claridad de exposición se utilizan los sugeridos por el autor. La clasificación está sujeta a revisión y corresponde a la propuesta de ese autor. **Fuente:** elaborado a partir de una versión simplificada de la clasificación propuesta por Omar Darío Cardona en: Cardona, Omar. (2001) "Estimación holística del riesgo sísmico utilizando sistemas dinámicos complejos". Tesis de doctorado. Departamento de Ingeniería del Terreno, Cartográfica y Geofísica. Universidad Politécnica de Cataluña: pp. 24-26. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/profile/Omar\\_Cardona/publication/277163871\\_Estimacion\\_holistica\\_del\\_riesgo\\_sismico\\_utilizando\\_sistemas\\_dinamicos\\_complejos/links/57b28ddc08ae15c76cbb40a3.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Omar_Cardona/publication/277163871_Estimacion_holistica_del_riesgo_sismico_utilizando_sistemas_dinamicos_complejos/links/57b28ddc08ae15c76cbb40a3.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. Ver en sentido similar la clasificación ofrecida en: Lavell, Allan (1996) "Degradación ambiental, riesgo y desastre urbano. Problemas y conceptos: hacia la definición de una agenda de investigación". En: *Ciudades en riesgo. Degradación ambiental, riesgos urbanos y desastres*, compilado por María Augusta Fernández, (12-42). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (La Red): pp. 20-26. Disponible en: <[http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER\\_todo\\_ene-7-2003.pdf](http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER_todo_ene-7-2003.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

**b.1.2. Vulnerabilidad.** La *vulnerabilidad* es una *condición* que recae sobre los elementos en riesgo y funciona de manera activa, porque los *expone* a ser afectados por la *posibilidad de ocurrencia del evento no deseado*. La calidad y magnitud de la vulnerabilidad se relaciona con el *grado de exposición* de tales elementos frente a la *amenaza*, lo cual se puede ver reflejado en la intensidad del impacto del evento no deseado en caso de materializarse el riesgo. La *vulnerabilidad*, como *condición*, adquiere forma de *hecho*, sea natural o como resultado de actos, pero siempre en relación con objetos, sujetos y actos. Sergio Mora explica que la vulnerabilidad es "*exposure, fragility and potential deterioration of all elements that contribute to quality of life*"<sup>150</sup>.

<sup>150</sup> Mora, Sergio (2010) "Disasters should not be the protagonists of Disaster Risk Management". En: Williams, Arthur. *Geologically Active: Proceedings of the 11<sup>th</sup> IAEG Congress. Auckland, New Zealand, 5-10 September 2010*, (89-110). London: Taylor & Francis Group: p. 91. Disponible en:

La *vulnerabilidad* es un concepto que se estudia de manera detallada por la teoría de la resiliencia, inicialmente aplicada a sistemas ecológicos<sup>151</sup>. Desde esa perspectiva, la *vulnerabilidad* se encuentra en función de tres criterios: la *exposición*, la *fragilidad* y la *capacidad de recuperación* o *respuesta*, considerando que los últimos dos son condiciones intrínsecas del sistema u objetos, sujetos o actividades en riesgo, mientras que la *exposición*, como se dice de inmediato, es una propiedad relacional entre el sistema, objeto, sujeto o actividad frente al riesgo.

*Vulnerabilidad* y *exposición* son dos cosas distintas, pero relacionadas una con otra, ya que usualmente y de manera imprecisa se tratan como sinónimos. Gilberto Gallopín explica que la vulnerabilidad es vista como “(...) *susceptibility to harm, a potential for a change or transformation of the system when confronted with a perturbation, rather than as the outcome of the confrontation*”<sup>152</sup>.

Por su parte, la *exposición* es “*the degree, duration, and/or extent in which the system is in contact with, or subject to, the perturbation*”<sup>153</sup>. Algunas posiciones teóricas consideran que la *exposición* es parte de la *vulnerabilidad*<sup>154</sup>; sin embargo, se comparte el criterio de Gallopín al

---

<[https://www.researchgate.net/profile/Sergio\\_Mora\\_Castro/publication/275970692\\_Disasters\\_should\\_not\\_be\\_the\\_protagonists\\_of\\_Disaster\\_Risk\\_Management/links/554cf9670cf29f836c9cd4ae/Disasters-should-not-be-the-protagonists-of-Disaster-Risk-Management.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Sergio_Mora_Castro/publication/275970692_Disasters_should_not_be_the_protagonists_of_Disaster_Risk_Management/links/554cf9670cf29f836c9cd4ae/Disasters-should-not-be-the-protagonists-of-Disaster-Risk-Management.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “*exposición, fragilidad y potencial de deterioración de todos los elementos que contribuyen a la calidad de vida*”.

<sup>151</sup> Para mayor detalle consultar: Holling, Crawford. (1973) “Resilience and Stability of Ecological Systems”. *Annual Review of Ecology and Systematics*, Vol. 4, (1-23). Disponible en: <<http://www.jstor.org/stable/2096802>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. | Pimm, Stuart. (1984) “The complexity and stability of ecosystems”. *Nature*, Vol. 307, No. 5949, (321-326). Disponible en: <[https://www.researchgate.net/profile/Stuart\\_Pimm/publication/202000100\\_The\\_Complexity\\_and\\_Stability\\_of\\_Ecosystems/links/582716cf08ae950ace6c9e68/The-Complexity-and-Stability-of-Ecosystems.pdf?origin=publication\\_detail](https://www.researchgate.net/profile/Stuart_Pimm/publication/202000100_The_Complexity_and_Stability_of_Ecosystems/links/582716cf08ae950ace6c9e68/The-Complexity-and-Stability-of-Ecosystems.pdf?origin=publication_detail)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. | Gunderson, Lance. (2000) “Ecological Resilience in Theory and Application”. *Annual Review of Ecology and Systematics*, Vol. 31, (425-439). Disponible en: <<https://www.uv.mx/personal/tcarmona/files/2010/08/Gunderson-2000.pdf>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. | Walker, Brian; Holling, Crawford; Carpenter, Stephen. (2004) “Resilience, Adaptability and Transformability in Social-Ecological Systems”. *Ecology and Society*, 9(2). Disponible en: <<https://www.ecologyandsociety.org/vol9/iss2/art5/print.pdf>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. | Folke, Carl; Carpenter, Stephen, et al. (2010) “Resilience Thinking: Integrating Resilience, Adaptability and Transformability”. *Ecology and Society*, 15(4). Disponible en: <[https://www.fs.fed.us/pnw/pubs/journals/pnw\\_2010\\_folke.pdf](https://www.fs.fed.us/pnw/pubs/journals/pnw_2010_folke.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>152</sup> Gallopín, Gilberto. (2006) “Linkages between vulnerability, resilience, and adaptive capacity”. En: *Global Environmental Change*, Vol. 16, No. 3, (293-303): p. 294. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/profile/Gilberto\\_Gallopín/publication/280232726\\_Linkages\\_between\\_vulnerability\\_resilience\\_and\\_adaptive\\_capacity/links/55ae344208aed614b0990c55/Linkages-between-vulnerability-resilience-and-adaptive-capacity.pdf?origin=publication\\_detail](https://www.researchgate.net/profile/Gilberto_Gallopín/publication/280232726_Linkages_between_vulnerability_resilience_and_adaptive_capacity/links/55ae344208aed614b0990c55/Linkages-between-vulnerability-resilience-and-adaptive-capacity.pdf?origin=publication_detail)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “(...) *susceptibilidad al daño, un potencial para el cambio o transformación del sistema cuando es confrontado con una perturbación, en lugar de ser el resultado de esa confrontación*”.

<sup>153</sup> Id., p. 296. Traducción libre: “*el grado, duración o extensión en la que el sistema está en contacto con o sujeta a la perturbación*”.

<sup>154</sup> En ese sentido ver: Comisión Nacional de Emergencias (2014) *Normas y elementos básicos de gestión municipal del riesgo de desastre con énfasis en prevención, control y regulación territorial*. 1a Ed. San José: CNE: p. 8. | Cardona, Omar. (2001) “Estimación holística del riesgo sísmico utilizando sistemas dinámicos complejos”.

considerar que la *vulnerabilidad* es una *condición* propia del sistema, sea externa o interna, mientras que la *exposición* representa los atributos del contacto o interacción de un sistema con un riesgo, daño, lesión u otras perturbaciones<sup>155</sup>. De esta manera, Gilberto Gallopín señala:

*(...) if exposure is externalized from vulnerability, exposure is a relational property, and vulnerability is a property of the system, becoming expressed/revealed when the system is exposed to the perturbation. Vulnerability in this view is a system attribute existing prior to the disturbance, although it is often related to the history of disturbances to which the system was exposed in the past*<sup>156</sup>.

Por su parte, la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, Ley No. 8488, en su artículo cuarto define la *vulnerabilidad* como: “condición intrínseca de ser impactado por un suceso a causa de un conjunto de condiciones y procesos físicos, sociales, económicos y ambientales” (Subrayado es suplido). Es de resaltar que la Ley No. 8488 ha captado de manera correcta la distinción entre *vulnerabilidad* y *exposición*, considerando que la vulnerabilidad puede ser determinada a través de la *exposición*. Al respecto, el mismo artículo citado señala que la vulnerabilidad “se determina por el grado de exposición y fragilidad de los elementos susceptibles de ser afectados (...) y la limitación de su capacidad para recuperarse”.

La *fragilidad* también es denominada como *sensitividad* y se encuentra relacionada con el cambio de estado generado por el impacto de la perturbación, más sencillamente, es la diferencia de estado antes y después del impacto. Gallopín explica: “*Sensitivity is the degree to which the system is modified or affected by an internal or external disturbance or set of disturbances. Conceptually, it can be measured as the amount of transformation of the system per unit of change in the disturbance (...)*”<sup>157</sup>.

Gallopín señala que la *vulnerabilidad*, como *condición* que es, explica la *resistencia* de un sistema (para mayor sencillez, entiéndase objetos, sujetos y actos) de ser impactado por una

---

Tesis de doctorado. Departamento de Ingeniería del Terreno, Cartográfica y Geofísica. Universidad Politécnica de Cataluña: pp. 104-106 Disponible en: <[https://www.researchgate.net/profile/Omar\\_Cardona/publication/277163871\\_Estimacion\\_holistica\\_del\\_riesgo\\_sismico\\_utilizando\\_sistemas\\_dinamicos\\_complejos/links/57b28ddc08ae15c76cbb40a3.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Omar_Cardona/publication/277163871_Estimacion_holistica_del_riesgo_sismico_utilizando_sistemas_dinamicos_complejos/links/57b28ddc08ae15c76cbb40a3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>155</sup> Gilberto Gallopín explica: “*Since, unlike sensitivity and capacity of response, exposure seems to be an attribute of the relationship between the system and the perturbation, rather than of the system itself (...)*”. Id., p. 296.

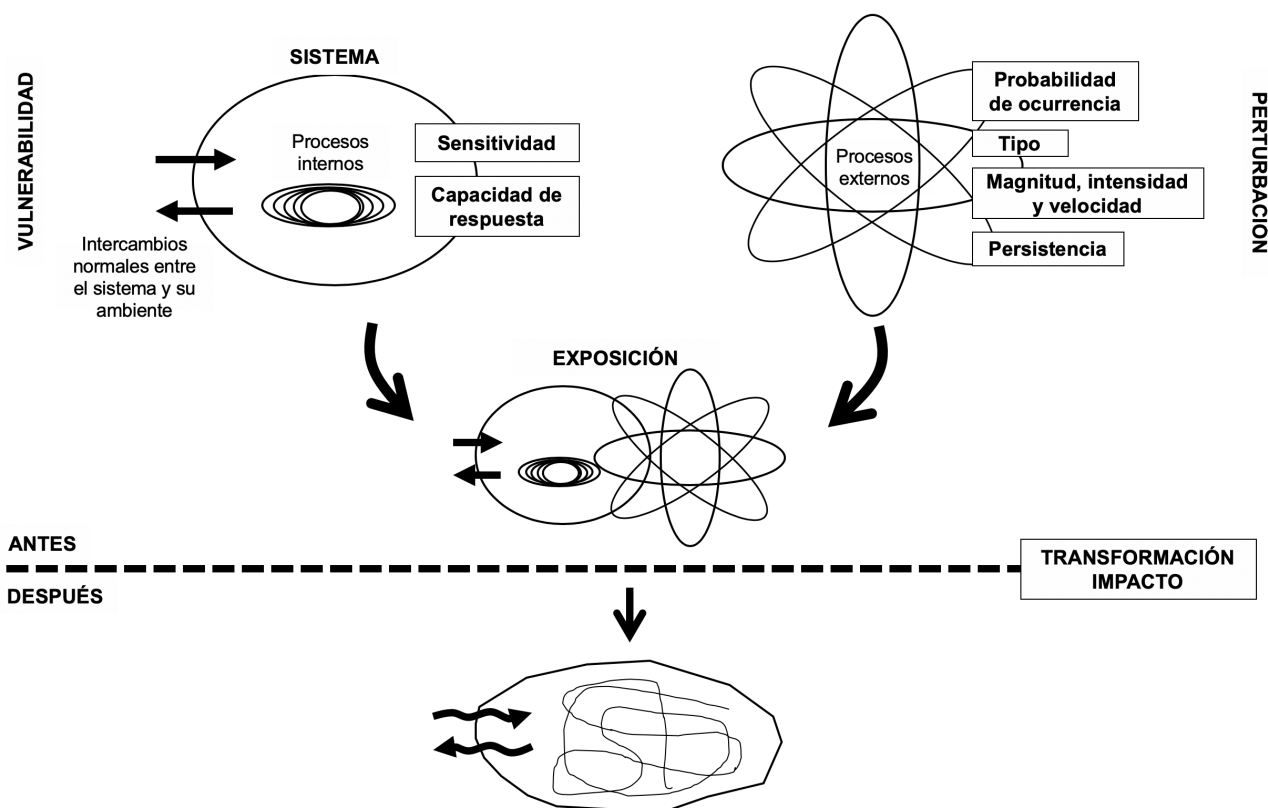
<sup>156</sup> Id., p. 297. Traducción libre: “*(...) si la exposición se externaliza respecto de la vulnerabilidad, la exposición es una propiedad relacional y la vulnerabilidad una propiedad del sistema, expresándose o revelándose cuando el sistema está expuesto a la perturbación. Vulnerabilidad es desde este punto de vista un atributo que existe desde antes de la perturbación, aunque está frecuentemente relacionado con la historia de perturbaciones a las que el sistema ha sido expuesto en el pasado*”.

<sup>157</sup> Id., p. 295. Traducción libre: “*Sensitividad [fragilidad] es el grado en que el sistema es modificado o afectado por una perturbación interna o externa o un conjunto de perturbaciones. Conceptualmente, puede ser medida como el tamaño de la transformación del sistema por unidad de cambio en la perturbación (...)*”.

perturbación, en este caso, un fenómeno riesgo; en otras palabras “(...) *the capacity to preserve the structure of the system (...)*”<sup>158</sup>. Por su parte, la *capacidad de recuperarse*, también denominada como *capacidad de recuperación* o de *respuesta* de un sistema es la habilidad para: “(...) *adjust to a disturbance, moderate potential damage, take advantage of opportunities, and cope with the consequences of a transformation that occurs*”<sup>159</sup>.

Para dejar clara la relación que tiene *vulnerabilidad* en función con estos tres elementos (exposición, fragilidad y capacidad de recuperación), considérese el siguiente diagrama utilizado por Gilberto Gallopín:

**Diagrama No. 5**  
Dinámica de la vulnerabilidad



**Nota del autor:** “*Generic relations between vulnerability, threat, exposure, and impact or transformation of a system (social, natural, or SES). Time moves from top to bottom of the figure. The target system is represented by an oval; its exchanges with its external environment are represented by arrows in both directions, and the normal operation of its internal processes is symbolized by a regular spiral. The components of the vulnerability*

<sup>158</sup> Gallopín, Gilberto. (2006) “Linkages between vulnerability, resilience, and adaptive capacity”. En: *Global Environmental Change*, Vol. 16, No. 3, (293-303): p. 295. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/profile/Gilberto\\_Gallopín/publication/280232726\\_Linkages\\_between\\_vulnerability\\_resilience\\_and\\_adaptive\\_capacity/links/55ae344208aed614b0990c55/Linkages-between-vulnerability-resilience-and-adaptive-capacity.pdf?origin=publication\\_detail](https://www.researchgate.net/profile/Gilberto_Gallopín/publication/280232726_Linkages_between_vulnerability_resilience_and_adaptive_capacity/links/55ae344208aed614b0990c55/Linkages-between-vulnerability-resilience-and-adaptive-capacity.pdf?origin=publication_detail)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “(...) *la capacidad de preservar la estructura del sistema (...)*”.

<sup>159</sup> Id., p. 296. Traducción libre: “(...) *ajustarse a la perturbación, moderar el potencial de daño, tomar ventaja de las oportunidades y enfrentarse con las consecuencias de la transformación que ocurra*”.



of the system (its sensitivity and capacity of response) are highlighted with boxes. The considered (external) process or perturbation is represented by the looped shape at the right, with its relevant attributes in boxes. The exposure of the system to the perturbation is represented by the overlap between the two elements, and the transformed or impacted system is represented by the wobbly oval at the bottom”<sup>160</sup>. **Nota:** todos los términos fueron traducidos al español. Entiéndase para efectos de este trabajo que el término “sensitividad” hace referencia a la “fragilidad”. **Fuente:** tomado literalmente de: Gallopín, Gilberto. (2006) “Linkages between vulnerability, resilience, and adaptive capacity”. En: *Global Environmental Change*, Vol. 16, No. 3, (293-303): p. 296. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/profile/Gilberto\\_Gallopín/publication/280232726\\_Linkages\\_between\\_vulnerability\\_resilience\\_and\\_adaptive\\_capacity/links/55ae344208aed614b0990c55/Linkages-between-vulnerability-resilience-and-adaptive-capacity.pdf?origin=publication\\_detail](https://www.researchgate.net/profile/Gilberto_Gallopín/publication/280232726_Linkages_between_vulnerability_resilience_and_adaptive_capacity/links/55ae344208aed614b0990c55/Linkages-between-vulnerability-resilience-and-adaptive-capacity.pdf?origin=publication_detail)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

Gilberto Gallopín establece dos ejemplos para clarificar la distinción entre todos estos términos, tanto como su relación, considerando que el concepto conglobante es el de *vulnerabilidad*. Los ejemplos son los siguientes:

*The differences between sensitivity, response capacity, and exposure can be illustrated with two very simplified examples. The first refers to the effects of a flood on a community. The most precarious homes are hit harder by the flood than the solid ones (sensitivity). Oftentimes, the poorest homes are located in the places most susceptible to flooding (exposure). The families with the greatest resources have a greater availability of means to repair water damage (response activity). The magnitude of the final impact will also depend on the intensity, magnitude and permanence of the flood (attributes of the perturbation). The second example refers to the impacts of the spread of an infectious disease in the population of a region. The population segment constituted by children and the elderly is likely to exhibit more serious symptoms if infected than the rest of the population (sensitivity). The high-income sector often has better access to medical care and medicine (capacity of response). In this particular example, the likelihood of entering in contact with the germs (exposure) might be evenly distributed across the population*<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> Traducción libre: “Relaciones genéricas entre vulnerabilidad, amenaza, exposición e impacto o transformación de un sistema (social, natural o SES). El tiempo discurre de arriba hacia abajo de la figura. El sistema objetivo está representado por un óvalo; sus intercambios con su ambiente externo está representado con flechas en ambas direcciones y la operación normal de sus procesos internos simbolizados por una espiral regular [óvalos concéntricos]. Los componentes de la vulnerabilidad del sistema (su sensitividad y capacidad de respuesta) están resaltados con cuadros. Los procesos considerados como externos o perturbaciones están representados por la figura en bucle [óvalos superpuestos]. La exposición del sistema a la perturbación está representada por la superposición entre los dos elementos y la transformación o el sistema impactado está representado por el óvalo irregular en la parte inferior”. Gallopín, Gilberto. (2006) “Linkages between vulnerability, resilience, and adaptive capacity”. En: *Global Environmental Change*, Vol. 16, No. 3, (293-303): p. 296. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/profile/Gilberto\\_Gallopín/publication/280232726\\_Linkages\\_between\\_vulnerability\\_resilience\\_and\\_adaptive\\_capacity/links/55ae344208aed614b0990c55/Linkages-between-vulnerability-resilience-and-adaptive-capacity.pdf?origin=publication\\_detail](https://www.researchgate.net/profile/Gilberto_Gallopín/publication/280232726_Linkages_between_vulnerability_resilience_and_adaptive_capacity/links/55ae344208aed614b0990c55/Linkages-between-vulnerability-resilience-and-adaptive-capacity.pdf?origin=publication_detail)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>161</sup> Id., p. 297. Traducción libre: “Las diferencias entre sensitividad, capacidad de respuesta y exposición pueden ser ilustradas con dos ejemplos simplificados. El primero refiere a los efectos de una inundación en una comunidad. Las casas más precarias son golpeadas con mayor intensidad que las sólidas (sensitividad). A menudo, las casas más pobres están ubicadas en los lugares con mayor susceptibilidad a inundarse (exposición).

La *vulnerabilidad* puede estimarse recurriendo a indicadores, algunos de tipo cuantitativo y otros de tipo cualitativo, según el tipo de vulnerabilidad de que se trate. Omar Darío Cardona explica que la evaluación de la vulnerabilidad es un proceso que “(...) *determina el grado de susceptibilidad y predisposición al daño de un elemento o grupo de elementos expuestos ante una amenaza particular, contribuyendo al conocimiento del riesgo a través de interacciones de dichos elementos con el ambiente peligroso*”<sup>162</sup>.

Para efectuar dicha operación, Sergio Mora sugiere cinco criterios de estimación, a saber: a) grado de exposición a la amenaza; b) grado de fragilidad de los elementos expuestos; c) el valor socioeconómico de las posibles pérdidas; d) cambios potenciales al bienestar humano y e) el impacto sobre los bienes, servicios y funciones ambientales<sup>163</sup>. Estos criterios son básicos y orientadores, debido a la complejidad de la vulnerabilidad o, mejor dicho, de la confluencia de todo tipo de vulnerabilidades. Omar Darío Cardona explica que normalmente la evaluación de la vulnerabilidad se divide en la evaluación *técnica* y la *social*, diferentes, pero no excluyentes, sino complementarias.

A través de la evaluación técnica de la vulnerabilidad “(...) *es factible de cuantificar en términos físicos y funcionales (...)*”, mientras que la evaluación social contempla aspectos como “(...) *la falta de resiliencia, o capacidad de absorber el impacto*”. Por ende, “*su estimación puede ser cualitativa o relativa, debido a que está relacionada con aspectos económicos, educativos, culturales, etc., que a menudo se pueden evaluar mediante índices o indicadores*”<sup>164</sup>.

---

*Las familias con la mayor cantidad de recursos tienen mayor disponibilidad de medios para reparar el daño ocasionado por el agua (capacidad de respuesta). La magnitud del impacto final también dependerá de la intensidad, magnitud y permanencia de la inundación (atributos de la perturbación). El segundo ejemplo refiere a los impactos de la diseminación de una enfermedad que infecciona en la población de una región. El segmento poblacional constituido por niños y adultos mayores, si fuera infectado, está propenso a mostrar síntomas más serios que si fuera infectada el resto de la población (sensitividad). El sector de ingresos altos con frecuencia tiene mejor acceso a atención médica y medicinas (capacidad de respuesta). En este ejemplo en particular, la propensión de entrar en contacto con los gérmenes (exposición) incluso podría estar distribuida en toda la población”.*

<sup>162</sup> Cardona, Omar. (2001) “Estimación holística del riesgo sísmico utilizando sistemas dinámicos complejos”. Tesis de doctorado. Departamento de Ingeniería del Terreno, Cartográfica y Geofísica. Universidad Politécnica de Cataluña: p. 31. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/profile/Omar\\_Cardona/publication/277163871\\_Estimacion\\_holistica\\_del\\_riesgo\\_sismico\\_utilizando\\_sistemas\\_dinamicos\\_complejos/links/57b28ddc08ae15c76cbb40a3.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Omar_Cardona/publication/277163871_Estimacion_holistica_del_riesgo_sismico_utilizando_sistemas_dinamicos_complejos/links/57b28ddc08ae15c76cbb40a3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>163</sup> Mora, Sergio (2010) “Disasters should not be the protagonists of Disaster Risk Management”. En: Williams, Arthur. *Geologically Active: Proceedings of the 11<sup>th</sup> IAEG Congress. Auckland, New Zealand, 5-10 September 2010*, (89-110). London: Taylor & Francis Group: p. 92. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/profile/Sergio\\_Mora\\_Castro/publication/275970692\\_Disasters\\_should\\_not\\_be\\_the\\_protagonists\\_of\\_Disaster\\_Risk\\_Management/links/554cf9670cf29f836c9cd4ae/Disasters-should-not-be-the-protagonists-of-Disaster-Risk-Management.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Sergio_Mora_Castro/publication/275970692_Disasters_should_not_be_the_protagonists_of_Disaster_Risk_Management/links/554cf9670cf29f836c9cd4ae/Disasters-should-not-be-the-protagonists-of-Disaster-Risk-Management.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>164</sup> Todas las citas textuales pertenecen a: Cardona, Omar. (2001) “Estimación holística del riesgo sísmico utilizando sistemas dinámicos complejos”. Tesis de doctorado. Departamento de Ingeniería del Terreno, Cartográfica y Geofísica. Universidad Politécnica de Cataluña: p. 32. Disponible en:

La *vulnerabilidad* como concepto engloba una multiplicidad de condiciones que la pluralizan para convertirla en *vulnerabilidades*, por lo que de manera discursiva se habla de *tipos de vulnerabilidad* o también, si se prefiere, de *dimensiones de la vulnerabilidad*<sup>165</sup>. En todo caso considérese el siguiente cuadro:

**Cuadro No. 3**  
Tipos o dimensiones de la vulnerabilidad

<b>Tipo o dimensión</b>	<b>Ejemplos</b>
<b>Física</b>	Sismorresistencia de construcciones Ubicación de objetos, sujetos y actividades respecto de la influencia de riesgos Condiciones de los sistemas constructivos Calidad de materiales para la construcción Topografía
<b>Económica</b>	Desempleo Insuficiencia de ingresos Dificultad o imposibilidad de acceso a servicios públicos Falta de diversificación del sistema productivo Restricciones en el mercado nacional o internacional Política monetaria
<b>Social</b>	Desorganización comunitaria Desinterés y falta de activismo ciudadano Desinformación Individualismo
<b>Educativa</b>	Ausencia de conocimiento sobre causas, efectos y razones por las que se presentan los desastres Desconocimiento de la historia local y nacional Falta de preparación Desconocimiento individual y colectivo ante un desastre Falta de socialización de la información
<b>Política</b>	Exceso de centralismo estatal Debilidad en la autonomía para la toma de decisiones Poca participación política y ciudadana
<b>Institucional</b>	Dificultades e incapacidad para gestión del riesgo

[https://www.researchgate.net/profile/Omar\\_Cardona/publication/277163871\\_Estimacion\\_holistica\\_del\\_riesgo\\_sismico\\_utilizando\\_sistemas\\_dinamicos\\_complejos/links/57b28ddc08ae15c76cbb40a3.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Omar_Cardona/publication/277163871_Estimacion_holistica_del_riesgo_sismico_utilizando_sistemas_dinamicos_complejos/links/57b28ddc08ae15c76cbb40a3.pdf) Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>165</sup> Este es el caso de la propuesta de Gustavo Wilches-Chaux, se trata de la *vulnerabilidad global*. Para mayor detalle consultar: Wilches-Chaux, Gustavo. (1993) "La vulnerabilidad global". En: *Los desastres no son naturales*, compilado por Andrew Maskrey, (11-44). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (La Red). Disponible en: [http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER\\_todo\\_ene-7-2003.pdf](http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER_todo_ene-7-2003.pdf) Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

	Falta de preparación y respuesta Exceso de burocracia Inflexibilidad institucional
<b>Cultural</b>	Estereotipos perniciosos Influencia sesgada de medios de comunicación masiva
<b>Ambiental</b>	Falta de educación ambiental Deterioro de ecosistemas Uso irracional de recursos naturales Gestión de residuos
<b>Ideológica</b>	Actitudes pasivas Creencias fatalistas y radicales

**Nota:** los ejemplos no son los únicos, pero se toman como base los proporcionados por Omar Darío Cardona; sin embargo, se agregan ejemplos propios. **Fuente:** Elaborado a partir de las dimensiones de la vulnerabilidad propuestas por Gustavo Wilches-Chaux y retomada en: Cardona, Omar. (2001) “Estimación holística del riesgo sísmico utilizando sistemas dinámicos complejos”. Tesis de doctorado. Departamento de Ingeniería del Terreno, Cartográfica y Geofísica. Universidad Politécnica de Cataluña: pp. 101-103. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/profile/Omar\\_Cardona/publication/277163871\\_Estimacion\\_holistica\\_del\\_riesgo\\_sismico\\_utilizando\\_sistemas\\_dinamicos\\_complejos/links/57b28ddc08ae15c76cbb40a3.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Omar_Cardona/publication/277163871_Estimacion_holistica_del_riesgo_sismico_utilizando_sistemas_dinamicos_complejos/links/57b28ddc08ae15c76cbb40a3.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

A este punto del trabajo ya se han expuesto los conceptos fundamentales de la formulación básica de la *gestión del riesgo de desastres* en sentido laxo. Ahora, corresponde analizar la propuesta metodológica del *International Risk Governance Council* denominada *gobernanza del riesgo*. Pero de previo a describir el proceso de *gobernanza del riesgo* es necesario explicar dos pilares epistemológicos que son: a) *conocimiento del riesgo (risk knowledge)* y b) la *percepción del riesgo (risk perception)*, la cual se encuentra relacionada con los procesos de *comunicación del riesgo (risk communication)*.

## **b.2. Gobernanza del riesgo**

La *gobernanza del riesgo* y la *gestión del riesgo* están referidas a lo mismo, es decir, tienen como objeto de estudio el *riesgo* y como objetivo *su manejo*. Difieren no solo terminológicamente<sup>166</sup>, sino en el abordaje metodológico. La *gobernanza del riesgo* es un nuevo paradigma y es más amplio que la propuesta metodológica de la *gestión del riesgo*.

<sup>166</sup> La *gestión del riesgo* corresponde a una fase de la *gobernanza del riesgo*, entonces, cuando en este apartado se haga referencia a *gobernanza*, entiéndase, el macro proceso de gestión del riesgo, mientras que cuando se emplee en término *gestión*, entiéndase la fase en particular. Por otra parte, en la totalidad de este trabajo se utilizan dos términos: “gestión del riesgo” como equivalente a “gobernanza del riesgo” y “gestión del riesgo de desastres” como el proceso que, además de las fases de la gobernanza del riesgo, incluye las fases de atención de emergencias y de desastres. Entonces, **únicamente** para el caso de este apartado, el término “gestión del riesgo” adquiere su significado preciso como fase del proceso de gobernanza del riesgo.

La *gobernanza del riesgo* se propone por el *International Risk Governance Council* (en adelante IRGC), organización integrada por expertos de varias disciplinas dedicados al estudio del riesgo y su gestión, entre esos expertos se encuentra Ortwin Renn. El libro blanco intitulado “White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach” elaborado por esta organización, contiene su propuesta metodológica para el manejo o gestión del riesgo. En relación con el cambio de paradigma, explica:

*The concept of risk governance comprises a broad picture of risk: not only does it include what has been termed ‘risk management’ or ‘risk analysis’, it also looks at how risk-related decision-making unfolds when a range of actors is involved, requiring co-ordination and possibly reconciliation between a profusion of roles, perspectives, goals and activities*<sup>167</sup> (Subrayado es suplido).

El paradigma de la *gobernanza del riesgo* se caracteriza por incorporar en el proceso de gestión dos aspectos medulares antes no considerados suficientemente: 1) el contexto social y sus actores involucrados y 2) la caracterización y categorización del conocimiento sobre el riesgo. El proceso de *gobernanza del riesgo* se compone de tres grandes etapas: a) pre-evaluación, b) evaluación y c) gestión<sup>168</sup>. Relacionado con lo anterior se encuentran dos nociones básicas y transversales del proceso que son el *conocimiento del riesgo* y la *percepción y comunicación del riesgo*, que de seguido se explican:

### **b.2.1.- Conocimiento del riesgo o *risk knowledge***

El *conocimiento del riesgo* es un asunto epistemológico, por ello cobra relevancia lo expuesto con detalle en el apartado a.2) de esta Sección sobre la epistemología del riesgo, que en gran medida se encuentra sintetizado en el Cuadro No. 1 “Niveles de contenido del riesgo como fenómeno social”. Sin afán de ser reiterativo, es importante retomar que el *conocimiento del riesgo* se encuentra en los tres niveles de contenido de la valoración del riesgo, sea el objetivo, subjetivo y social.

---

<sup>167</sup>International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 11. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance_reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “El concepto de gobernanza del riesgo comprende una imagen amplia del riesgo: no solo incluye lo que ha sido denominado como ‘gestión del riesgo’ o ‘análisis del riesgo’, sino que también mira hacia cómo la toma de decisiones bajo riesgo se desenvuelve cuando un grupo de actores está inmerso, requiriendo coordinación y posiblemente reconciliación entre una profusión de roles, perspectivas, objetivos y actividades”.

<sup>168</sup> Los términos originales en inglés son, respectivamente: a) pre-assessment, b) appraisal y c) management. La traducción es libre, por lo que los términos seleccionados en español responden a la mejor descripción de lo que en tales fases se realiza. No existe versión en español del documento Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC. Toda traducción al español es libre y con las aclaraciones del caso.

Concretamente, el *conocimiento del riesgo* del que habla el IRGC se ubica a nivel objetivo, sub-nivel grado de certeza, que consiste en la información disponible para estimar-calcular el grado de probabilidad de ocurrencia de algo no deseado (riesgo). A nivel subjetivo, se encuentra en el sub-nivel *percepción del riesgo*, es decir, el *conocimiento del riesgo* tiene relación directa sobre cómo se percibe y, por ende, cómo el sujeto cognoscente se orienta a partir de ese *conocimiento* y esa *percepción* para la toma de decisiones bajo riesgo. A nivel social se ubica en el sub-nivel *comunicación del riesgo*.

Claro está, que la cantidad y calidad de información existente y susceptible de ser generada para la comprensión del fenómeno del riesgo repercute directamente sobre su *percepción* individual y su *comunicación* colectiva o social.

Ortwin Renn y Andreas Klinke señalan que la *“integrative risk governance is expected to address the challenges raised by three risk characteristics that result from a lack of knowledge and/or competing knowledge claims about the risk problem”*<sup>169</sup>. Esas tres características del *conocimiento del riesgo* son:

**i.- Complejidad.** Esta característica está definida por lo que Ulrich Beck denomina como deslocalización social, es decir, por la intrincada red de relaciones de causa-efecto, de modo que la determinación precisa de las causas constituye una labor *compleja*. Bien lo señalan Renn y Klinke: *“Complexity refers to the difficulty of identifying causal links between a multitude of potential candidates and specific adverse effects”*<sup>170</sup>. La complejidad puede entenderse mejor cuando se identifica el esquema básico de la *cadena de riesgo*, considerando que ésta puede multiplicarse por la multicausalidad, la diversidad de amenazas y la pluralidad de vulnerabilidades.

**Diagrama No. 6**  
Esquema básico de la cadena de riesgo



**Nota:** Es traducido de manera libre al español. **Fuente:** elaboración simplificada sin ejemplo. Tomado de manera exacta de: International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 21. Disponible en: <<https://irgc.org/wp->

<sup>169</sup> Renn, Ortwin, Klinke, Andreas (2013) “Space matters! Impacts for risk governance”. En: Müller-Mahn, Detlef, Ed. *The Spatial Dimension of Risk. How geography shapes the emergence of risks*, (1-21). OxfordShire: Routledge: p. 3. Traducción libre: “La gobernanza integrada del riesgo espera abordar los retos originados por tres características del riesgo, producto de la carencia de conocimiento o por las pretensiones de conocimiento en tensión sobre el problema de riesgo”.

<sup>170</sup> Id., p. 3. Traducción libre: “Complejidad refiere a la dificultad de identificar vínculos causales entre una multitud de candidatos potenciales y los efectos adversos específicos”.

Es posible que para cada fenómeno de riesgo puedan existir múltiples caminos originados en las diversas necesidades humanas, caminos que se desagregan cuando se contemplan las múltiples intenciones humanas que las podrían satisfacer, pero que todas inciden en mayor o menor medida, directa o indirectamente, en el mismo fenómeno de riesgo. Se trata entonces de una cadena compleja de concausalidad. Esta complejidad puede manifestarse, por ejemplo, como efectos interactivos entre los agentes involucrados (como sinergias o antagonismos), períodos largos de latencia entre una causa y un efecto, variaciones inter-individuales, variables intermedias entre otras manifestaciones<sup>171</sup>.

**ii.- Incertidumbre.** De manera sencilla, sin reiterar lo expuesto en el apartado a.3.1) de este Capítulo, la incertidumbre se refiere a la falta, total o parcial, de información sobre el fenómeno de riesgo, lo cual, según Renn y Klinke, “(...) *makes difficult to exactly assess the probability and possible outcomes of undesired effects. (...) It most often results from an incomplete or inadequate reduction of complexity in modelling cause-effect chains*”<sup>172</sup>. El IRGC propone cinco componentes de la incertidumbre, clasificados como *epistémicos* o *aleatorios*, según que la falta de certeza pueda reducirse con mayor información o que estén sujetos a la incerteza total.

**Cuadro No. 4**  
Componentes de la incertidumbre

Tipo	Componente	Explicación
Epistémicos	<i>Variabilidad</i>	Se refiere a la variabilidad y diferentes vulnerabilidades del objeto u objetos.
	<i>Efectos inferenciales</i>	Errores en el proceso de generar conclusiones a partir de los modelos de estimación empleados (actuariales, estadísticos, matemáticos, entre otros), como falencias en extrapolaciones o inferencias.

<sup>171</sup> Renn, Ortwin, Klinke, Andreas (2013) “Space matters! Impacts for risk governance”. En: Müller-Mahn, Detlef, Ed. *The Spatial Dimension of Risk. How geography shapes the emergence of riskscapes*, (1-21). OxfordShire: Routledge: pp. 29-30. | International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 11. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance__reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>172</sup> Renn, Ortwin, Klinke, Andreas (2013) “Space matters! Impacts for risk governance”. En: Müller-Mahn, Detlef, Ed. *The Spatial Dimension of Risk. How geography shapes the emergence of riskscapes*, (1-21). OxfordShire: Routledge: p. 4. Traducción libre: Lo cual “*dificulta evaluar de manera exacta la probabilidad y los resultados posibles de efectos no deseados. (...) Frecuentemente resulta de una reducción incompleta o inadecuada de la complejidad en el modelado de las cadenas de causa-efecto*”.

<b>Aleatorios</b>	<i>Indeterminación</i>	Variación de los efectos debido a eventos aleatorios imprevistos.
	<i>Límites del sistema</i>	Incertezas derivadas a partir de los límites del modelo de estimación empleado y la necesidad de basarse en un conjunto limitado de variables y parámetros.
	<i>Ignorancia o falta de conocimiento</i>	Incertezas derivadas de la carencia de conocimiento.

**Nota:** ha sido traducido de manera libre al español. **Fuente:** Elaboración propia a partir de la enumeración en prosa contenida en: International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 30. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance_reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Renn, Ortwin, Klinke, Andreas (2013) "Space matters! Impacts for risk governance". En: Müller-Mahn, Detlef, Ed. *The Spatial Dimension of Risk. How geography shapes the emergence of riskscapes*, (1-21). Oxfordshire: Routledge: pp. 4-5.

**iii.- Ambigüedad.** Se trata de un atributo que permite establecer conclusiones para uno u otro lado de manera simultánea, aun cuando puedan ser contradictorias, aunque no en todos los casos excluyentes. Esto dificulta la toma de decisiones y contribuye con la tensión existente entre los actores involucrados, al respecto se ha dicho que *"in relation to risk governance it is understood as 'giving rise to several meaningful and legitimate interpretations of accepted risk assessments results' "*<sup>173</sup>. Según el IRGC la ambigüedad puede ser *interpretativa* o *normativa*, según que surja respectivamente de *hechos* o evidencias o de *valores* o valoraciones, lo que puede esquematizarse de la siguiente manera:

**Cuadro No. 5**  
Ambigüedad interpretativa y normativa

<b>Ambigüedad</b>	<b>Controversia sobre:</b>	
	<i>Hechos</i>	<i>Valores</i>
Interpretativa	SÍ	<u>NO</u>
Normativa	<u>NO</u>	SÍ

<sup>173</sup> International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 31. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance_reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: *"En relación con la gobernanza del riesgo esta es entendida como 'dar lugar a varias interpretaciones relevantes y legítimas de los resultados de una evaluación del riesgo' "*.



**Nota:** El “NO” hace referencia a que sobre ese elemento existe consenso o, por lo menos, no existe controversia irreconciliable. **Fuente:** elaboración propia, 2019.

Finalmente, es posible entender que “*a condition of ambiguity emerges where the problem lies in agreeing on the appropriate values, priorities, assumptions, or boundaries to be applied to the definition of possible outcomes*”<sup>174</sup>.

### **b.2.2.- Percepción del riesgo (risk perception) y comunicación del riesgo (risk communication)**

La percepción del riesgo se estudia principalmente por la psicología, pero también por otras ciencias sociales, como la sociología. Parte de una premisa básica y es que la comprensión del fenómeno de riesgo es una *construcción mental*<sup>175</sup>. Esta construcción mental está tendencialmente basada en la subjetividad y no en lo objetivo, “*(...) it is highly important to know that human behavior is primarily driven by perception and not by facts or by what is understood as facts by risk analysts and scientists. Most cognitive psychologists believe that perceptions are formed by common sense reasoning, personal experience, social communication and cultural traditions*”<sup>176</sup>.

Es por ello que los psicólogos distinguen entre dos tipos de patrones de percepción: a) el que está basado en el riesgo (*risk-related pattern*), o sea que el sujeto cognoscente califica algo como un riesgo a partir de las propiedades del origen del riesgo y b) el que está basado en las circunstancias de la situación (*situation-related pattern*), esto quiere decir que el sujeto cognoscente califica algo como un riesgo, no por el fenómeno en sí, sino por las circunstancias de la situación, mismas que puede estar dentro del ámbito del dominio del sujeto, por lo que se

---

<sup>174</sup> Id., p. 31. Traducción libre: “*La condición ambigüedad emerge donde el problema está en llegar a un acuerdo sobre los valores, prioridades, suposiciones o límites apropiados a ser aplicados a la definición de los posibles resultados*”.

<sup>175</sup> Se debe aclarar que a partir de esta premisa es posible polarizar la discusión, en el sentido de que algunas posturas teóricas niegan que el riesgo sea un mero constructo mental o social, puesto que es evidente que se trata únicamente de un fenómeno real, mientras que otras consideran que el riesgo no existe como tal en la realidad, sino que es un mero constructo. En este trabajo se adopta una posición moderada e intermedia, como quedó expuesto en el apartado a) de esta Sección “Riesgo y desastre como fenómeno social y jurídico”, es decir, que entiende al riesgo como un fenómeno real (ámbito ontológico), pero que es percibido y comprendido subjetivamente (ámbito epistemológico).

<sup>176</sup> International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 31. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance_reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “*(...) es altamente importante saber que el comportamiento humano está primariamente conducido por la percepción y no por hechos o por lo que podría ser entendido como hechos de los analistas de riesgo o científicos. Gran parte de los psicólogos cognitivos creen que las percepciones se forman por el razonamiento de sentido común, la experiencia personal, la comunicación social y las condiciones culturales*”.

perciben como controlables y, por ende, también el riesgo.<sup>177</sup> Para orientar las formas en que se pueden crear las imágenes representadas por el sujeto cognoscente ante un fenómeno de riesgo, considérense los siguientes parámetros propuestos por el IRGC y Ortwin Renn:

- Riesgos que suponen una amenaza inmediata.
- Riesgos que se enfrentan como un “golpe del destino”.
- Riesgos que presentan un reto para la fuerza propia.
- Riesgo como juego de azar o apuestas.
- Riesgos como una advertencia previa de peligro oculto<sup>178</sup>

Estos parámetros, aunque revisables y no exhaustivos, son orientadores para esbozar cómo un determinado riesgo se percibe por un individuo o grupo determinado de individuos. Al respecto el IRGC explica que *“these patterns have functions similar to drawers in a filing cabinet. When faced with a new risk or when obtaining new information about a risk, most of people try to file this new information into one of the existing drawers”*<sup>179</sup>. A partir de esos patrones se hace las siguientes inferencias que explican las probabilidades en relación con el riesgo<sup>180</sup>:

- **Sesgo de disponibilidad (*availability bias*)**. Cuanto más sencillo y rápido se reconozca un riesgo, más concientes están los individuos respecto de él y mayor es la posibilidad de que la probabilidad de ocurrencia sea sobreestimada.
- **Efecto anclaje (*anchoring effect*)**. Entre mayor es la tendencia de que un riesgo provoque asociaciones con eventos ya conocidos, así es la propensión de sobreestimar la probabilidad de que ocurra.
- **Distribución temporal del riesgo (*distribution of risks over time*)**. Cuanto más similares y constantes son las pérdidas provenientes de una fuente de riesgo, mayor es la tendencia a subestimar el impacto de las pérdidas promedio, por ejemplo, *“people are*

---

<sup>177</sup> Id., p. 32. Paráfrasis.

<sup>178</sup> Id., p. 32. Paráfrasis, los términos ya se tradujeron al español.

<sup>179</sup> Id., p. 32. Traducción libre: *“Esos patrones tienen una función similar a las gavetas en un archivero. Cuando se enfrenta con un riesgo o cuando se obtiene nueva información sobre un riesgo, la mayoría de las personas trata de archivar esa información en una de las gavetas existentes”*.

<sup>180</sup> La enumeración de las *inferencias* respeta el orden y esencia del texto original en inglés propuesto por el IRGC, sin embargo, para efectos de claridad y sencillez en la exposición se parafrasearon en español. Para corroborar en la fuente original ver: International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 33. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance__reprinted_version_3.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

*not indifferent as regards the distribution of risks over time: they prefer even loss distribution over individual disasters*<sup>181</sup>.

- **Sesgo de evaluación (*assessment bias*).** Entre mayor es la incertidumbre en relación con las pérdidas esperadas, mayor es la tendencia a evaluar la pérdida promedio como ubicada en la zona media de la totalidad de las pérdidas esperadas conocidas. Esto genera que las pérdidas esperadas en riesgos objetivamente bajos sean sobreestimadas y, contrariamente, en riesgos objetivamente altos, las pérdidas esperadas sean subestimadas.

Las consideraciones anteriores dan una idea de la forma en que un sujeto cognoscente capta un fenómeno de riesgo de la realidad y lo recrea en su mente como una *construcción mental*. Así, la *comunicación del riesgo* es el proceso en que esa construcción mental se difunde de manera inter-personal hasta alcanzar un estado colectivo o masivo, es decir, social. Ese proceso de socialización o de difusión es un proceso de comunicación, de transmisión de información.

La *comunicación del riesgo* debe estar presente en todo el proceso de *gobernanza del riesgo*, a riesgo de que *de facto* la difusión de la información sobre el fenómeno de riesgo sea parcial, inexistente, sesgada, manipulada, falsa o en general viciada, con lo cual se fortalece el potencial dañoso del riesgo (por aumento del nivel de vulnerabilidad social y educativa).

Según el IRGC la *comunicación del riesgo* tiene al menos cuatro grandes funciones que se parafrasean en aras de síntesis y claridad: 1) educación y esclarecimiento de dudas; 2) promover la capacitación sobre el riesgo e inducir cambios de comportamiento; 3) generar confianza en las instituciones responsables de la evaluación y gestión del riesgo y 4) promover la participación en las decisiones bajo riesgo y en la resolución de conflictos<sup>182</sup>. En el cumplimiento de estas funciones, el proceso de *comunicación del riesgo* debe abordar al menos los siguientes aspectos<sup>183</sup>:

- Explicar el concepto de probabilidad y de efectos estocásticos (aleatorios o probabilísticos)

---

<sup>181</sup> International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 31. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance_reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: "(...) las personas no son indiferentes considerando la distribución temporal del riesgo: incluso, ellas prefieren la distribución de las pérdidas sobre los desastres aislados".

<sup>182</sup> Id., pp. 55-56.

<sup>183</sup> Cada uno de los puntos a enumerar se parafrasearon y se tradujeron libremente al español. Para corroborar, consultar en la fuente original: International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 57. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance_reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

- Explicar la diferencia entre riesgo y amenaza
- Lidar con agentes de riesgo que son estigmatizados o con sus terribles consecuencias.
- Enfrentarse con efectos de largo plazo
- Procurar la comprensión de los efectos sinérgicos en relación con otros factores de la vida.
- Abordar el problema de las incertidumbres y ambigüedades remanentes.
- Enfrentarse con la diversidad de partes interesadas durante las fases de *risk appraisal* y *risk management*.
- Enfrentarse con las diferencias interculturales dentro de las sociedades plurales y entre las diferentes naciones y culturas.

### b.2.3.- El proceso de gobernanza del riesgo

El proceso de gobernanza del riesgo es cíclico, por tanto, sin fin y continuo. Por esta razón se trata de un proceso dinámico que se ve influenciado por la variabilidad de las circunstancias, entonces, cada vez se actualiza para incorporar a la operación todo aquello útil y necesario para una adecuada *gobernanza del riesgo*. Como se indica antes, este proceso está compuesto por tres grandes fases y una transversal (comunicación del riesgo), a saber:

**Diagrama No. 7**  
Fases del proceso de gobernanza del riesgo



**Nota:** los términos en español son de traducción libre y en adelante se utilizarán como tales y equivalentes a su versión original en inglés. **Fuente:** Elaboración propia a partir de: International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: pp. 12-13. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance__reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

La **(A) fase de pre-evaluación** parte del problema de la *percepción del riesgo*. Es decir, un fenómeno de riesgo puede ser entendido de diversas maneras según los sujetos cognoscentes que lo enfrenten, máxime si se consideran los valores que cada uno de ellos prioricen frente a otros, tanto como su nivel educativo, sus experiencias de vida, su nivel de información, sus

ocupaciones, entre otros factores. También es posible que el problema se presente, no en cómo se entiende el fenómeno de riesgo, sino en cuanto a su existencia misma, es decir, que para un determinado sujeto cognoscente pueda existir y para otro no, o bien, en cuanto a su probabilidad de ocurrencia y magnitud del impacto esperado.

En un primer momento, esta fase tiene como propósito la *demarcación del problema (framing)*, sea la selección e interpretación de un determinado fenómeno para calificarlo como un riesgo relevante<sup>184</sup> (para estos efectos entiéndase como *riesgo objeto de gestión*). En esta fase se eligen las reglas que enmarcan el proceso a partir del problema de riesgo existente (*framing*) y esta operación se basa en dos pilares: hechos y valores. Al respecto se indica:

*(...) first, all actors need to agree with the underlying goal (...); secondly, they need to agree with the implications derived from the present state of knowledge. (...) Even within this preliminary analysis, dissent can result from conflicting values as well as conflicting evidence, and, in particular, from the inadequate blending of the two. Values and evidence can be viewed as the two sides of a coin: the values govern the selection of the goal whereas the evidence governs the selection of cause-effect claims*<sup>185</sup>.

Efectuada la *demarcación del problema* con un grado legítimo de consenso, continúa la sub-fase de *alerta temprana y monitoreo*. Este paso está relacionado con la disponibilidad de información útil y veraz sobre fenómenos de riesgo anteriores, a fin de facilitar la identificación del *riesgo objeto de gestión* y efectuar una alerta temprana sobre la posibilidad de ocurrencia de ese fenómeno, lo cual haría más eficiente y eficaz su *gestión* mediante las etapas subsiguientes del proceso de *gobernanza del riesgo*.

La tercera sub-fase es de *tamizaje*<sup>186</sup>, la cual implica un acuerdo entre el grupo de expertos analistas del riesgo respecto de los criterios para seleccionar los riesgos, amenazas y vulnerabilidades que posteriormente son *estimados* y *gestionados*. La cuarta sub-fase es de *selección de criterios científicos* que se utilizan en la fase *evaluación* de los riesgos, amenazas y vulnerabilidades ya seleccionados en la sub-fase anterior. Este paso tiene que ver con juicios de valor generalmente aceptados por la comunidad científica y por el grupo de expertos analistas del riesgo, con base en los cuales se *estime* el *riesgo objeto de gestión*.

---

<sup>184</sup> Id., p. 24.

<sup>185</sup> Id., p. 24. Traducción libre: "(...) primero, todos los actores necesitan estar de acuerdo con el objetivo subyacente (...); en segundo lugar, necesitan estar de acuerdo con las implicaciones derivadas del estado actual del conocimiento. (...) Incluso dentro de este análisis preliminar, el disenso puede resultar de los valores en conflicto, así como de la evidencia controvertida y, en particular, de la inadecuada combinación de ambos. Los valores y la evidencia pueden ser vistos como dos lados de la misma moneda: los valores rigen la selección del objetivo, mientras que la evidencia rige la selección de las pretensiones respecto de las relaciones de causa y efecto".

<sup>186</sup> Id., p. 25.

A manera ilustrativa, algunos de esos criterios técnico-científicos son: 1) definición social de lo que debe ser considerado como adverso; 2) elegir la regla de selección para determinar cuales son los efectos negativos potenciales que deben ser considerados en el proceso de gobernanza del riesgo; 3) selección de los métodos de prueba y detección utilizados para estimar el riesgo; 4) selección de métodos válidos y confiables para medir las percepciones y preocupaciones; 5) determinación de los modelos para extrapolar efectos de dosis altas a situaciones de dosis bajas; 6) suposiciones sobre la exposición o definición de grupos objeto de análisis; entre otros<sup>187</sup>.

La fase de *pre-evaluación* puede resumirse de manera esquemática, según el cuadro siguiente, elaborado por el IRGC:

**Cuadro No. 6**  
Componentes de la fase de pre-evaluación

Componente	Definición	Indicadores
<b>Demarcación del problema</b>	Diferentes perspectivas de cómo conceptualizar el tema	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Disenso o consenso respecto de los objetivos de la regla de selección</li> <li>• Disenso o consenso respecto de la evidencia relevante</li> <li>• Elección del marco de acción (riesgo, oportunidad y futuro)</li> </ul>
<b>Alerta temprana</b>	Búsqueda sistemática de nuevas amenazas	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Eventos o fenómenos inusuales</li> <li>• Comparación sistemática entre los fenómenos modelados y los observados</li> <li>• Actividades o eventos nuevos</li> </ul>
<b>Tamizaje</b>	<p>Establecimiento de un procedimiento para tamizar o filtrar las amenazas y riesgo. Definir la ruta para la <i>evaluación y gestión</i> del riesgo</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tamizaje en el lugar</li> <li>• Criterios para el tramizaje               <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Potencial de peligro</li> <li>○ Persistencia</li> <li>○ Ubicuidad, etc.</li> </ul> </li> <li>• Criterios para la selección de los procedimientos para la <i>evaluación del riesgo</i> para:               <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Riesgos conocidos</li> <li>○ Emergencias, etc.</li> </ul> </li> </ul>

<sup>187</sup> Id., p. 25. Para mayor claridad en la exposición los *criterios* enumerados se parafrasearon y tradujeron al español.

		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Criterios para identificar y medir las preocupaciones sociales</li> </ul>
<b>Selección de criterios científicos</b>	Determinar las suposiciones y parámetros para el modelado científico, así como los métodos de evaluación y los procedimientos para la <i>evaluación</i> del riesgo y las preocupaciones.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Definición de los niveles de efectos no adversos</li> <li>• Validez de los métodos y técnicas para la <i>evaluación del riesgo</i></li> <li>• Reglas metodológicas para la evaluación de preocupaciones</li> </ul>

**Nota:** todos los términos se tradujeron libremente al español. **Fuente:** Tomado de: International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 26. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance__reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

Superada la fase de *pre-evaluación* continua **(B) la fase de *evaluación del riesgo***. Esta tiene como propósito recolectar la mayor cantidad de información idónea, pertinente y necesaria para la *gestión* del riesgo. Como se ve más adelante, la información que debe ser recolectada no solo es de tipo técnico-científico, sino también aquellos análisis que puedan ser brindados por disciplinas sociales y los datos que puedan suministrar los actores involucrados en el proceso de *gobernanza del riesgo*<sup>188</sup>. La fase de *evaluación del riesgo* se compone de dos sub-fases: 1) identificación y evaluación de los factores del riesgo y 2) evaluación de la percepción del riesgo y preocupaciones sociales.

Para efectos de claridad y sencillez en este trabajo, se entiende que la operación de *caracterización y evaluación del riesgo* se realiza en esta fase de *evaluación* (sub-fase de identificación y evaluación de los factores del riesgo), puesto que se encuentra directamente relacionada con la identificación de los factores del riesgo<sup>189</sup>.

<sup>188</sup> Sobre este aspecto el IRGC señala: “*We envision risk appraisal [evaluación del riesgo] as having two process or stages: first, natural and technical scientists use their skills to produce the best estimate of the physical harm that a risk source may induce (...); secondly, social scientists and economists identify and analyze the issues that individuals or society as a whole link with a certain risk*”. International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 34. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance__reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “*Nosotros entendemos la evaluación del riesgo con dos procesos o etapas: primero, los científicos de ciencias duras usan sus habilidades para producir el mejor estimado de la amenaza física que una fuente de riesgo pueda inducir (...); segundo, los científicos sociales y económicas identifican y analizan los aspectos que los individuos o la sociedad como vínculo completo a un cierto riesgo*”.

<sup>189</sup> A este punto es necesario aclarar que según la metodología propuesta por el IRGC la *gobernanza del riesgo* se encuentra compuesta de tres fases; sin embargo, esa metodología incorpora una fase adicional denominada “*caracterización y evaluación del riesgo*”, ubicada entre la fase de *evaluación* y de *gestión*. Para estos efectos, se entiende que esa fase adicional se encuentra ubicada en la segunda, por estar directamente relacionada con la identificación de los factores del riesgo, fusión permitida por la misma metodología, según sugiere el IRGC al señalar que el proceso de *gobernanza del riesgo*: “*(...) breaks down into three main phases: ‘pre-assessment’ [pre-evaluación], ‘appraisal’ [evaluación] y ‘management’ [gestión]. A further phase, comprising the*

La sub-fase de (1) *identificación y evaluación de los factores del riesgo* constituye el núcleo de la fase de *evaluación del riesgo* y consiste en:

- *Identificación de la amenaza y si es posible su estimación.*
- *Evaluación de la exposición y la vulnerabilidad.*
- *Estimación del riesgo, combinando la probabilidad y la intensidad de las consecuencias, basado en los agentes peligrosos identificados y en la evaluación de la exposición y vulnerabilidad*<sup>190</sup>.

El objetivo principal de la *evaluación del riesgo* es “(...) *specify what is at stake, calculate the probabilities for (un)wanted consequences, and aggregate both components into a single dimension*”<sup>191</sup>. Esa “sola dimensión” a la que se reconduce la operación de *evaluación del riesgo* no es más que la formulación básica que define al *riesgo* como la *posibilidad de ocurrencia de algo no deseado* como la relación entre sus factores: amenazas y vulnerabilidades. Estos tres componentes nucleares de la fase de *evaluación* pueden resumirse de la siguiente manera:

#### **Cuadro No. 7**

##### Componentes genéricos de la evaluación del riesgo

<b>Componente</b>	<b>Definición</b>	<b>Indicadores</b>
<b>Identificación y estimación de la amenaza</b>	Reconocer el potencial de los efectos adversos y estimar la intensidad de las relaciones de causa y efecto	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Propiedades como:               <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Flamabilidad</li> <li>○ Persistencia</li> <li>○ Irreversibilidad</li> <li>○ Ubicuidad</li> <li>○ Efectos retardados</li> <li>○ Potencial de peligro</li> </ul> </li> </ul>

*‘characterization’ and ‘evaluation’ of risk, is placed between the appraisal and management phases and, depending on whether those [in] charged with the assessment or those responsible for management are better equipped to perform the associated tasks, can be assigned to either of them – thus concluding the appraisal phase or making the start of the management phase*” (Subrayado es suplido). International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 12. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance_reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “(...) se descompone en tres grandes fases: ‘pre-evaluación’, ‘evaluación’ y ‘gestión’. Una fase adicional que comprende la ‘caracterización’ y la ‘evaluación’ del riesgo, se ubica entre las fases de pre-evaluación y evaluación y, dependiendo de quienes estén encargados de la evaluación o de la gestión están mejor equipados para efectuar ambas tareas conjuntamente, entonces, la ‘caracterización y evaluación’ puede ser asignada a cualquiera de una de esas fases intermedias, sea concluyendo la fase de evaluación o comenzado la fase de gestión”.

<sup>190</sup> Id., p. 27. Para facilitar la comprensión y la claridad de lo expuesto, estos tres puntos fueron traducidos al español.

<sup>191</sup> Id., p. 27. Traducción libre: “(...) especificar lo que está en juego, calcular las probabilidades de consecuencias deseadas o no deseadas y agregar ambos componentes en una sola dimensión”.



		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Relaciones entre dosis y respuesta</li> </ul>
<b>Evaluación de la vulnerabilidad y la exposición</b>	Modelado de la exposición y los efectos sobre los objetos en riesgo	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Vías de exposición</li> <li>• Comportamiento normal del objeto en riesgo</li> <li>• Vulnerabilidad del objeto en riesgo</li> </ul>
<b>Estimación del riesgo</b>	<p>Cuantitativa: probabilidad de distribución de los efectos adversos.</p> <p>Cualitativa: combinación de la amenaza, exposición y factores cualitativos (construcción de escenarios).</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Valor (es) del riesgo esperado (individual o colectivo)</li> <li>• Descripción del riesgo</li> </ul>

**Nota:** todos los términos fueron traducidos libremente al español. **Fuente:** Elaborado a partir de: International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 29. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance__reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

Entonces, una vez *identificados los factores del riesgo*, es necesario proceder con su *evaluación*. Esta operación es, quizás, la más controversial del proceso de *gobernanza del riesgo*, puesto que tiene como propósito señalar si el *riesgo objeto de gestión es aceptable, tolerable o intolerable*. La evaluación toma en cuenta las características del *conocimiento del riesgo* (complejidad, incertidumbre y ambigüedad), así como la información recolectada en las fases previas del proceso y se desarrolla en dos pasos: a) caracterización del riesgo y b) evaluación del riesgo *per se*, los que son más didácticos que formales y cuyo análisis separado se propone por que el primero se basa en los *hechos* y el segundo en los *valores*. No obstante lo anterior, debe decirse que en la práctica, la evaluación de los factores del riesgo identificados supone realizar la caracterización y evaluación *per se* de manera simultánea<sup>192</sup>.

La (a) *caracterización del riesgo* “*determines the evidence-based component for making the necessary judgement on the tolerability and/or acceptability of a risk*”<sup>193</sup>, de manera que pueda

<sup>192</sup> Al respecto el IRGC explica: “The separation of evidencia and values underlying the distinction between characterization and evaluation is, of course, functional and not necessarily organizational”. International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 40. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance__reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>193</sup> Id., p. 39. Traducción libre: “*determina el componente basado en la evidencia para efectuar el juicio necesario sobre la tolerabilidad o aceptabilidad de un riesgo*”.

arribarse a una “(...) *complete picture of what is known and what is and may remain unknown*”<sup>194</sup>.

Por su parte, (b) la *evaluación del riesgo per se* implica emitir un juicio de valor sobre la tolerabilidad y aceptabilidad del riesgo, basado claro está, en el análisis de los hechos y el panorama recreado con la caracterización. La dificultad de la evaluación, como su carácter controversial, se encuentra en la labor de deslindar lo que puede considerarse, precisamente, como *acceptable* o *tolerable*. Según el IRGC:

*The term ‘tolerable’ refers to an activity that is seen as worth pursuing (for the benefit it carries) yet it requires additional efforts for risk reduction within reasonable limits. The term ‘acceptable’ refers to an activity where the remaining risks are so low that additional efforts for risk reduction are not seen as necessary*<sup>195</sup>.

La evaluación de *aceptabilidad* o *tolerabilidad* del riesgo objeto de gestión normalmente se realiza mediante el *Modelo de Semáforo*, en el cual la aceptabilidad y tolerabilidad “(...) *are located in a risk diagram (with probabilities on the y-axis and extent of consequences on the x-axis) (...)*”<sup>196</sup>. La evaluación de un riesgo mediante el *Modelo de Semáforo* constituye un juicio de valor que se encuentra respaldado en los hechos recolectados y comprobados en las fases previas del proceso de *gobernanza del riesgo*.

Precisamente por la magnitud de los efectos que entraña un juicio sobre la aceptabilidad o tolerabilidad de un riesgo, es que el proceso de *gobernanza* considera los intereses de los grupos sociales involucrados, en aras de reducir al máximo el disenso y de garantizar, en lo posible, la legitimidad de la toma de decisiones bajo riesgo.

---

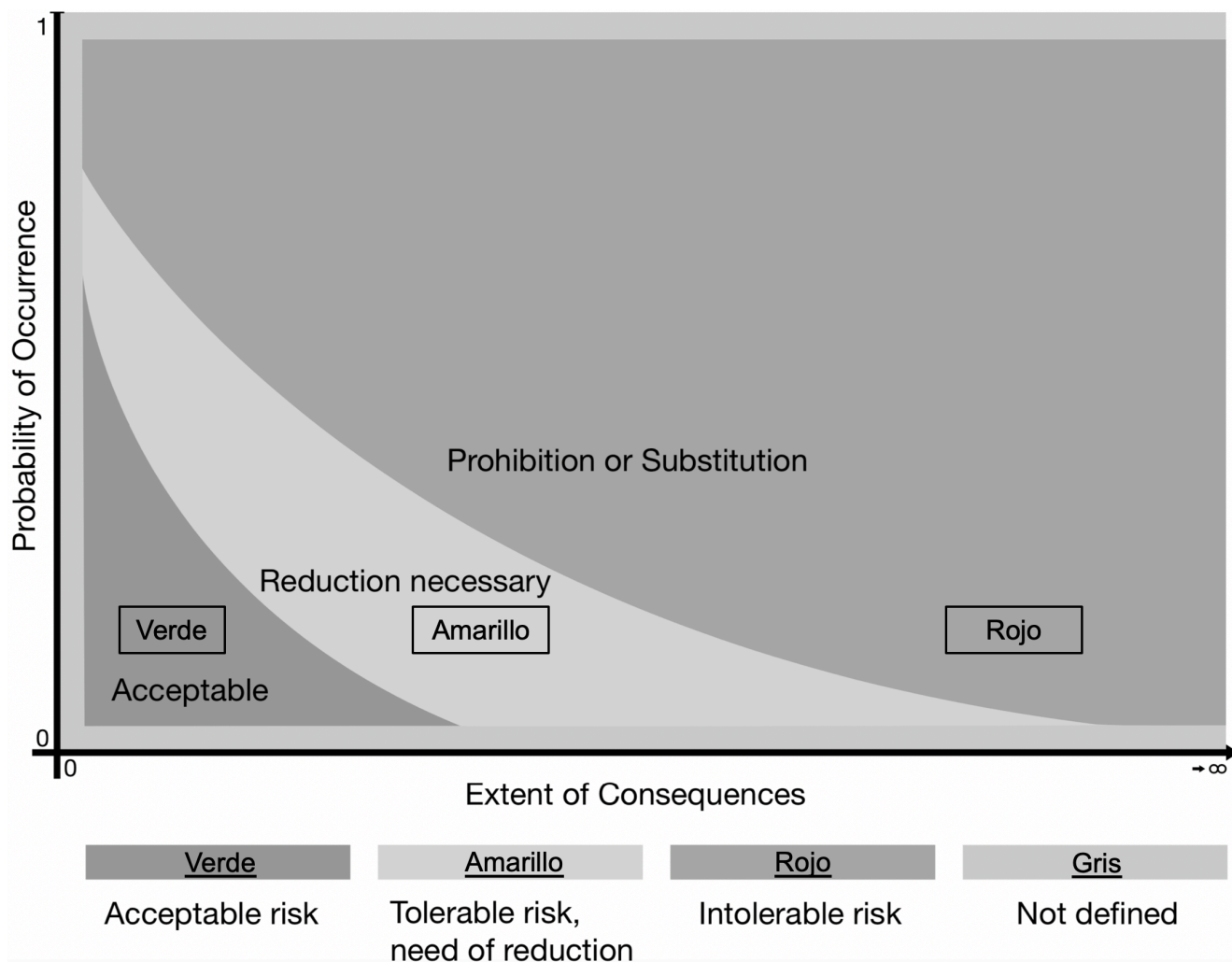
<sup>194</sup> Id., p. 39. Traducción libre: “una imagen completa de lo que se sabe y lo que es o podría permanecer desconocido”.

<sup>195</sup> Id., p. 36. Traducción libre: “El término ‘tolerable’ refiere a una actividad que vale la pena (por el beneficio que acarrea), pero que requiere de esfuerzos adicionales para la reducción del riesgo dentro de límites razonables. El término ‘aceptabilidad’ refiere a una actividad donde los riesgos remanentes son tan bajos que esfuerzos adicionales para reducir el riesgo son considerados como innecesarios”.

<sup>196</sup> Id., p. 36. Traducción libre: “(...) se ubican en un diagrama de riesgo (con la probabilidad localizada en el ‘eje y’ y la extensión de las consecuencias en el ‘eje x’) (...)”.

El diagrama de riesgo según el *Modelo de Semáforo* es el siguiente:

**Diagrama No. 8**  
Riesgo aceptable, tolerable e intolerable. Modelo de Semáforo



**Traducción libre:** Eje Y: "Probabilidad de ocurrencia"; Eje X: "Extensión de las consecuencias"; Color rojo en el diagrama: "Prohibición o sustitución"; Color amarillo en el diagrama: "Reducción necesaria"; Color verde en el diagrama: "Aceptable"; Color verde en la simbología: "Riesgo aceptable"; Color amarillo en la simbología: "Riesgo tolerable, necesita reducirse"; Color rojo en la simbología: "Riesgo intolerable"; Color gris en la simbología: "no definido". **Fuente:** tomado de: International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 37. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance__reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

La segunda sub-fase de la *evaluación del riesgo* es (2) la *evaluación de la percepción del riesgo y preocupaciones sociales*. Este elemento ya fue explicado parcialmente en el punto b.2.2) del apartado anterior, además de establecer su relación con la *comunicación del riesgo*. Sin embargo, es necesario complementar lo expuesto con los criterios establecidos por el *German Advisory Council on Global Change*, sugeridos por el IRGC en su libro blanco. Estos son parámetros que guían una evaluación interdisciplinaria de las preocupaciones sociales y de la percepción del riesgo. Estos criterios son<sup>197</sup>:

- **Extensión del daño:** efectos adversos en unidades naturales. Por ejemplo, muertes, lesiones, pérdidas de producción, entre otros.
- **Probabilidad de ocurrencia:** estimado de la frecuencia relativa, sea discreta o continua.
- **Incertidumbre:** cómo se toma en cuenta la incertidumbre en el conocimiento.
- **Ubicuidad:** dispersión geográfica del daño.
- **Persistencia:** permanencia del daño en el tiempo
- **Reversibilidad:** determinar si el daño puede revertirse.
- **Efectos retardados:** latencia entre el evento inicial y el daño actual
- **Potencial para movilizarse:** el impacto social global.
  - **Inequidad e injusticia:** está relacionado con la distribución de los riesgos y beneficios en el tiempo, el espacio y el estatus social.
  - **Estrés psicológico y disconformidad:** asociado al riesgo o la fuente de riesgo.
  - **Potencial para generar movilización y conflicto social:** grado de presión política o pública en las agencias regulatorias del riesgo.
  - **“Efecto desbordamiento”:** se esperan cuando existen pérdidas muy simbólicas que tienen repercusiones en otros campos, como el mercado financiero o la pérdida de credibilidad de las instituciones.

En el marco de la fase de evaluación del riesgo, una vez *identificados* los factores del *riesgo objeto de gestión*, es necesario efectuar su *evaluación*, con la ayuda del Modelo de Semáforo. Esta operación implica analizar los *hechos* conjuntamente con los *valores*, es decir, caracterizar el fenómeno de riesgo a partir de su nivel de aceptabilidad o tolerabilidad. Una vez concluida esa evaluación, se procede con la generación de información de la *percepción del*

---

<sup>197</sup> Los criterios a enumerar son parafraseados y traducidos al español para facilitar su comprensión. Para corroborar en la fuente e idioma original ver: International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: pp. 35-36. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance_reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Ver: Renn, Ortwin, Klinke, Andreas (2013) “Space matters! Impacts for risk governance”. En: Müller-Mahn, Detlef, Ed. *The Spatial Dimension of Risk. How geography shapes the emergence of riskscapes*, (1-21). Oxfordshire: Routledge: pp. 11-12.

riesgo y de las preocupaciones sociales, lo que permite obtener un escenario de riesgo completo, susceptible de ser gestionado<sup>198</sup>.

Consecuentemente, **(C) la fase de gestión del riesgo** solo puede iniciar con un escenario de riesgo completo, aunque ajustable y actualizable. Se trata de una fase de toma de decisiones, a partir de la información recolectada y de la evaluación efectuada. El producto a obtener de esta fase puede ser de tres tipos: *situación de riesgo aceptable*, *situación de riesgo tolerable* o *situación de riesgo intolerable*<sup>199</sup>. La gestión del riesgo parte de un consenso mínimo en relación con la evaluación del riesgo (aceptable, tolerable o intolerable), puesto que para cada calificación, así son las estrategias para su gestión.

Esto quiere decir que si a la altura de la *fase de gestión* sobrevienen disputas o dudas sobre la evaluación, el proceso deberá retrotraerse a la *fase de evaluación del riesgo*. Al respecto el IRGC señala:

*With regard to these outcomes risk managers may either face a situation of unanimity, i.e., all relevant actors agree with how a given situation should be qualified, or a situation of conflict in which major actors challenge the classification undertaken by others. The degree of controversy is one of the drivers for selecting the appropriate instruments for risk prevention or risk reduction*<sup>200</sup>.

---

<sup>198</sup> Allan Lavell define escenario de riesgo como: “Un análisis, presentado en forma escrita, cartográfica o diagramada, utilizando técnicas cuantitativas y cualitativas, y basado en métodos participativos, de las dimensiones del riesgo que afecta a territorios y grupos sociales determinados. Significa una consideración pormenorizada de las amenazas y vulnerabilidades, y como metodología ofrece una base para la toma de decisiones sobre la intervención en reducción, previsión y control de riesgo. En su acepción más reciente implica también un paralelo entendimiento de los procesos sociales causales del riesgo y de los actores sociales que contribuyen a las condiciones de riesgo existentes. Con esto se supera la simple estimación de diferentes escenarios de consecuencias o efectos potenciales en un área geográfica que tipifica la noción más tradicional de escenarios en que los efectos o impactos económicos se registran sin noción de causalidades”. Lavell, Allan et. Al. (2003) *La gestión local del riesgo: Nociones y precisiones en torno al concepto y la práctica*. 1a Ed. Panamá: CEPREDENAC-PNUD: p. 63. Disponible en: <[http://www.preventec.ucr.ac.cr/sites/default/files/lavell\\_-\\_nociones\\_y\\_precisiones.pdf](http://www.preventec.ucr.ac.cr/sites/default/files/lavell_-_nociones_y_precisiones.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Ver en sentido similar: Müller-Mahn, Detlef; Everts, Jonathan. (2013) “Riskscapes: the spatial dimensions of risk”. En: Müller-Mahn, Detlef, Ed. *The Spatial Dimension of Risk. How geography shapes the emergence of riskscapes*, (1-21). Oxfordshire: Routledge: pp. 22-36.

<sup>199</sup> International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 40. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance__reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>200</sup> Id., p. 41. Traducción libre: “Considerando esos productos, los gestores de riesgo podrían estar frente a una situación de unanimidad, es decir, todos los actores relevantes están de acuerdo cómo calificar una situación dada o estar frente a una situación de conflicto en la que los mayores actores objetan la clasificación tomada por otros. El grado de controversia es uno de los conductores para seleccionar los instrumentos apropiados para la reducción o prevención del riesgo”.

La *fase de gestión del riesgo* se compone de cinco pasos que son: 1) identificación y generación de opciones de gestión del riesgo; 2) evaluación de opciones<sup>201</sup>; 3) selección de opciones; 4) implementación de las opciones seleccionadas y 5) monitoreo del rendimiento de las opciones de gestión implementadas.

La (1) *Identificación y generación de opciones de gestión del riesgo*. En general, las estrategias de gestión del riesgo pueden reconducirse a dos: *prevención* y *mitigación*, lo que a su vez da lugar a un enfoque *preventivo/prospectivo* o *correctivo/compensatorio* de gestión del riesgo, respectivamente. La *prevención del riesgo* es evitar de alguna forma que el fenómeno de riesgo ocurra, esto es, incidir directamente, pero de diferentes formas, en la *posibilidad de ocurrencia de algo no deseado*. La *prevención* puede oscilar entre dos extremos, por un lado la *eliminación* de la posibilidad de ocurrencia del fenómeno y, por otro, la *reducción* de la posibilidad. No debe confundirse la reducción de la posibilidad con la *mitigación* o *reducción* del impacto esperado. La *prevención* se logra por la gestión de las vulnerabilidades y de las amenazas, por tanto, en la incidencia sobre las causas del riesgo. Más específicamente, “(...) *la prevención está orientada a intervenir sobre el fenómeno peligroso o amenazante (...)*”<sup>202</sup>.

Por su parte, la *mitigación* del riesgo no tiene que ver, directamente, con la reducción de la posibilidad de ocurrencia, sino que parte del supuesto de que un riesgo no puede prevenirse o ya se hizo lo suficiente para reducir la posibilidad de ocurrencia, pero igualmente ocurre. La *mitigación* del riesgo, más que reducir la posibilidad de ocurrencia, tiene como propósito mitigar o reducir el impacto esperado, es decir, actúa directamente sobre la magnitud del resultado del riesgo que se sabe que ocurre. Se dice que la mitigación es “*reducir las consecuencias de los desastres mediante la intervención del contexto social y material expuesto*”<sup>203</sup>.

---

<sup>201</sup> Según la propuesta del IRGC las opciones deben evaluarse en dos pasos, primero a la luz de criterios preestablecidos y, segundo, valorando el peso relativo de los criterios frente a otros criterios. Para efectos prácticos, estos dos pasos se funden en uno solo: evaluación de opciones.

<sup>202</sup> Internazionale per lo Sviluppo dei Popoli (CISP), Centro di Intervento per la Cooperazione (CRIC), Terra Nuova (TN). (2005) *Orientaciones para la prevención y atención de desastres: cómo incorporar la gestión del riesgo en la planificación territorial, cómo formular planes de emergencia y operaciones de respuesta, cómo comunicar en emergencias*. 1a Ed. Portoviejo: CISP-CRIC-TN: p. 52 Disponible en: <<http://developmentofpeoples.org/uploads/analysis/analysis1-CISP-biblioteca-progetti.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>203</sup> Cardona, Omar Darío. (1996) “El manejo de riesgos y los preparativos para desastres: Compromiso institucional para mejorar la calidad de vida”. En: *Desastres. Modelo para Armar. Colección de Piezas de un Rompecabezas Social*, editado por Elizabeth Mansilla, (128-147). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (La Red): p. 134. Disponible en: <<http://www.desenredando.org/public/libros/1996/dma/DesastresModeloParaArmar-1.0.0.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Maskrey, Andrew. (1993) “Vulnerabilidad y mitigación de desastres”. En: *Los desastres no son naturales*, compilado por Andrew Maskrey, (93-110). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (La Red): pp. 97-101. Disponible en: <[http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER\\_todo\\_ene-7-2003.pdf](http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER_todo_ene-7-2003.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

En síntesis, mientras que la *prevención* actúa sobre la fase *causal* del fenómeno de riesgo, la *mitigación* actúa sobre su fase *efectual*, incidiendo anticipadamente sobre el medio que rodea al fenómeno. Sobre esta distinción, es posible explicar de mejor manera el enfoque *preventivo/prospectivo* o *correctivo/compensatorio* del riesgo. La *gestión del riesgo preventiva* o *prospectiva* es aquella que ocurre ante la existencia de fenómenos de riesgo incompletos o fenómenos existentes, pero que su grado de posibilidad de ocurrencia es, aún, remoto o poco probable.

En este contexto, un fenómeno de riesgo incompleto existe cuando la *situación real de riesgo* no está integrada en todos sus elementos, es decir, puede existir un elemento activo (factor de riesgo) sin elemento pasivo correlativo (elemento en riesgo) y viceversa. En este último caso, el abordaje es evitar que la *situación de riesgo* se complete, mientras que ante riesgo existente pero remoto, la medida es reducir su posibilidad de ocurrencia. Allan Lavell explica que la gestión preventiva es un proceso “(...) a través del cual se prevé un riesgo que podría construirse asociado con nuevos procesos de desarrollo e inversión, tomando las medidas para garantizar que nuevas condiciones de riesgo no surjan con las iniciativas de construcción, producción, circulación, comercialización, etc.”<sup>204</sup>.

Por su parte, la *gestión correctiva* o *compensatoria* del riesgo actúa en presencia inminente de un fenómeno de riesgo y luego de su materialización. Lavell explica que se trata de “un proceso para reducir los niveles de riesgo existentes en la sociedad (...)”<sup>205</sup>, un proceso de “(...) intervención sobre la vulnerabilidad existente y la reducción de los riesgos acumulados en los procesos de desarrollo pasado”<sup>206</sup>.

Ambos enfoques no son excluyentes uno del otro, sino complementarios y actúan simultáneamente, según la evolución de los fenómenos de riesgo existentes. En este marco,

---

<sup>204</sup> Lavell, Allan et. Al. (2003) *La gestión local del riesgo: Nociones y precisiones en torno al concepto y la práctica*. 1a Ed. Panamá: CEPREDENAC-PNUD: p. 64. Disponible en: <[http://www.preventec.ucr.ac.cr/sites/default/files/lavell\\_-\\_nociones\\_y\\_precisiones.pdf](http://www.preventec.ucr.ac.cr/sites/default/files/lavell_-_nociones_y_precisiones.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Internazionale per lo Sviluppo dei Popoli (CISP), Centro di Intervento per la Cooperazione (CRIC), Terra Nuova (TN). (2005) *Orientaciones para la prevención y atención de desastres: cómo incorporar la gestión del riesgo en la planificación territorial, cómo formular planes de emergencia y operaciones de respuesta, cómo comunicar en emergencias*. 1a Ed. Portoviejo: CISP-CRIC-TN: p. 27. Recuperado de: <<http://developmentofpeoples.org/uploads/analysis/analysis1-CISP-biblioteca-progetti.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>205</sup> Id., p. 64.

<sup>206</sup> Internazionale per lo Sviluppo dei Popoli (CISP), Centro di Intervento per la Cooperazione (CRIC), Terra Nuova (TN). (2005) *Orientaciones para la prevención y atención de desastres: cómo incorporar la gestión del riesgo en la planificación territorial, cómo formular planes de emergencia y operaciones de respuesta, cómo comunicar en emergencias*. 1a Ed. Portoviejo: CISP-CRIC-TN: p. 26. Disponible en: <<http://developmentofpeoples.org/uploads/analysis/analysis1-CISP-biblioteca-progetti.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

el IRGC propone cuatro grandes medidas de gestión del riesgo que son: a) evitación del riesgo, b) reducción del riesgo, c) transferencia del riesgo y d) ausencia de actuación.

*Evitar* el riesgo no es solamente prevenirlo, porque puede implicar evadirlo, por ejemplo, abandonando la implementación de una tecnología riesgosa, o propiamente, adoptando una estrategia de prevención, como podría ser la eliminación de la causa del riesgo. La *transferencia* del riesgo es una estrategia de tercerización del riesgo, considerando que será un tercero quien lo gestione. La *retención del riesgo* (denominado por IRGC como *self-retention*) implica dejar que el fenómeno de riesgo se desarrolle normalmente, pero bajo entera responsabilidad por esa decisión y cualquier consecuencia ulterior.

Por su parte, la *reducción* del riesgo es un término genérico, empleado por ciertos autores, para referirse tanto a las estrategias de prevención como a las de mitigación, según el IRGC, algunos ejemplos podrían ser: establecimiento de límites permisibles de concentración de emisiones riesgosas, estándares de rendimiento para procesos químicos e industriales, políticas gubernamentales y económicas, como tributación, certificación obligatoria de calidad, esquemas de compensación, aseguramiento, entre otras medidas<sup>207</sup>.

Entonces, una vez sea elegida la (s) estrategia (s) de gestión (prevención o mitigación), tanto como su abordaje a través de medidas concretas, es necesario efectuar la (2) *evaluación de las opciones de gestión*, operación que, según la propuesta del IRGC, se efectúa primero con arreglo a criterios predefinidos y, luego, una ponderación sobre el peso relativo de un criterio frente a otro, según los fines que sigue el proceso de *gobernanza del riesgo*. Los criterios preestablecidos son una recomendación del IRGC para analizar los efectos deseados y no deseados que puedan desencadenarse con la implementación de la opción de gestión del riesgo escogida. Los criterios son:

### Cuadro No. 8

Criterios para la evaluación de las opciones de gestión del riesgo

Criterio	Interrogante
Eficacia o efectividad	¿La (s) opción (es) de gestión logra el efecto deseado?
Eficiencia	¿La (s) opción (es) de gestión logra el efecto deseado con el menor consumo de recursos?
Minimización de efectos colaterales	¿La (s) opción (es) de gestión vulnera algún otro recurso, bienes o beneficios relevantes como competitividad,

<sup>207</sup>International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 42. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance_reprinted_version_3.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.



	salud pública, calidad ambiental, cohesión social, entre otros?
Sustentabilidad	¿La (s) opción (es) de gestión contribuye con el objetivo general de sustentabilidad? ¿Coadyuva en mantener las funciones ecológicas vitales, la prosperidad económica y la cohesión social?
Razonabilidad <sup>208</sup>	¿La (s) opción (es) de gestión establece una carga razonable para los sujetos regulados?
Viabilidad política y legal	¿La (s) opción (es) de gestión es compatible con los requerimientos legales y los programas políticos?
Aceptación ética	¿La (s) opción (es) de gestión es moralmente aceptable?
Legitimidad democrática <sup>209</sup>	¿La (s) opción (es) de gestión puede ser aceptada por aquellas personas a quienes afecta? ¿Las preferencias culturales y las connotaciones simbólicas tienen una fuerte influencia en cómo los riesgos son percibidos?

**Nota:** todos los términos e interrogantes fueron traducidas libremente al español. Para corroborar la veracidad, consultar fuente original en idioma inglés. **Fuente:** elaborado a partir de: International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 42. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance__reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

Una vez evaluadas las opciones de gestión con arreglo a los criterios anteriores, se hace necesario ponderar el peso relativo conferido a cada uno de esos criterios, para valorar cuál o cuáles son los criterios definitorios en la selección de la (s) opción (es) de gestión. Esta operación implica evaluar si los hechos y evidencias científicas sobre el fenómeno de riesgo son manejadas adecuadamente por la opción de gestión, como ponderar si esa medida de gestión considerada como científicamente correcta es la deseada y avalada por los actores sociales involucrados, sea a nivel político, como a nivel de participación ciudadana<sup>210</sup>.

<sup>208</sup> El término utilizado en inglés es “fairness” cuya traducción literal es “justicia”. Sin embargo, considerando que la definición alude al establecimiento de deberes y cargas a sujetos regulados, la traducción más próxima al objetivo de esa definición es “razonabilidad”, considerando que la regulación, además de ser justa y no discriminatoria, también es razonable (legítima, necesaria, idónea y proporcional) respecto de la carga impuesta por el regulador.

<sup>209</sup> El término utilizado en inglés es “public acceptance” cuya traducción literal es “aceptación pública”. Sin embargo, un significado más preciso podría ser el concepto de “legitimidad democrática” como aquel atributo de una política pública de ser aceptada de manera generalizada y con un mínimo de disenso por parte de la ciudadanía, lo cual facilita su implementación respecto a las personas que la reciben.

<sup>210</sup> International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 43. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance__reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

Consecutivamente, la (3) *selección de las opciones de gestión* es una operación absolutamente pragmática, entonces, aun cuando el *proceso de gobernanza del riesgo* sea mayoritariamente técnico-científico, es claro que las opciones de gestión a implementar deben ser avaladas por los tomadores de decisiones, que no siempre son técnico-científicos. Esto implica que la selección se pueda realizar con arreglo a la ponderación que se efectúa en el paso anterior, es decir, siempre con base en el peso relativo atribuido a un (os) criterio (s) frente a otros. El IRGC explica:

*Once the different options are evaluated, a decision has to be made to which options are selected and which rejected. This decision is obvious if one or more options turn out to be dominant (relatively better on all criteria). Otherwise, trade-off have to be made that need legitimation. A legitimate decision can be made on the basis of formal balancing tools (such as cost-benefit or multi-criteria-decision analysis), by respective decision makers (...) or in conjunction with participatory procedures<sup>211</sup>.*

Luego, las opciones de gestión seleccionadas deben (4) *implemetarse*, lógicamente por parte de los tomadores de decisiones, sus delegados o terceros gestores. En tesis de principio, la ejecución de las medidas de gestión le corresponde a los tomadores de decisión, aun cuando no sean ellos quienes materialmente ejecuten la medida. Esto es porque el responsable de la gestión de un riesgo puede ser tanto un sujeto de derecho público como de derecho privado, una persona física o jurídica, pero en todo caso, si le corresponde gestionar el riesgo, entonces, por paridad de razón le corresponderá la ejecución de sus decisiones, salvo las excepciones válidas, como la transferencia de riesgo, caso en el cual le correspondería al tercer gestor.

Finalmente, es necesario el (5) *monitoreo del rendimiento de las opciones implementadas*. Esta fase es de vital importancia, ya que la ejecución de la medida de gestión podría suscitar cambios no esperados en la dinámica del fenómeno de riesgo objeto de gestión, por lo que se requiere de un constante monitoreo de la reacción del fenómeno de riesgo para ajustar *a posteriori* la estrategia de gestión.

De igual manera, la gestión de un riesgo podría suponer la generación o reactivación de otros riesgos, lo cual solo puede verificarse debidamente mediante un proceso continuo de monitoreo. Bien lo explica el IRGC: *“In addition to generating feedback for the effectiveness of*

---

<sup>211</sup> Id., p. 43. Traducción libre: *“Una vez que las diferentes opciones fueron evaluadas, debe decidirse cuáles opciones deben seleccionarse y cuáles descartarse. Esta decisión es obvia si una o más opciones se toman dominantes (relativamente mejores en todos los criterios). De otra manera, sería necesario realizar concesiones que necesitarían legitimarse. Una decisión legítima podría tomarse con base en herramientas formales de valoración (como análisis de costo-beneficio o análisis de decisión multi-criterio) empleadas por los tomadores de decisión (...) o en conjunción con procesos de participación ciudadana”.*

*the options taken to reduce the risk, the monitoring phase should also provide new information on early warning signals for both new risks and old risks viewed from a new perspective*<sup>212</sup>.

Analizados de manera sucinta los pasos de la fase de *gestión del riesgo* es posible esquematizar las estrategias para la gestión del riesgo. Entonces, según sea el grado de controversia, o bien, la falta de unanimidad que pueda suscitar determinada calificación del riesgo, la gestión del riesgo debe resolver el ruido que implican las calificaciones adoptadas, lo cual debe complementarse con la disminución de complejidad, incertidumbre y ambigüedad. Estos dos componentes combinados (*calificación del riesgo* y *conocimiento del riesgo*) inciden de manera directa en el tipo de *estrategia e instrumentos* que deban adoptarse para su gestión. Así, considerando la calificación propuesta, las estrategias de gestión a adoptar pueden ser:

**Cuadro No. 9**  
Estrategia de gestión del riesgo según su calificación

<b>Calificación de riesgo</b>	<b>Situación de riesgo</b>	<b>Estrategia</b>	<b>Abordaje</b>
<b>Riesgo aceptable</b>	<i>Situación de riesgo aceptable</i>	Prevención	No es necesaria la mitigación o reducción. De manera voluntaria es posible la mitigación vía seguros contra riesgo.
	<i>Situación de riesgo tolerable, con disputa sobre su tolerabilidad-aceptabilidad</i>	Prevención y mitigación	Debe asegurarse que el riesgo se mantenga de dentro de un nivel <b>aceptable</b> a lo largo del tiempo.
<b>Riesgo tolerable</b>	<i>Situación de riesgo tolerable</i>	Prevención y mitigación	El riesgo debe ser reducido a niveles adecuados y permitidos.
<b>Riesgo intolerable</b>	<i>Situación de riesgo tolerable con disputa sobre su tolerabilidad-intolerabilidad.</i>	Prevención y mitigación	Se sugiere adoptar medidas que sustituyan la actividad riesgosa por una alternativa idéntica y de beneficios similares dentro del nivel de <b>tolerabilidad</b> .
	<i>Situación de riesgo intolerable</i>	Prevención y mitigación	Cuando sea posible debe eliminarse la fuente de riesgo o procurar su sustitución por una alternativa tolerable o aceptable. Cuando no sea posible, debe iniciarse una

<sup>212</sup> Id., p. 43. Traducción libre: “Además de generar retroalimentación para la efectividad de las opciones ejecutadas para reducir el riesgo, la fase de monitoreo también podría proporcionar información sobre señales tempranas respecto de nuevos riesgos o riesgos antiguos vistos desde una nueva perspectiva”.

			estrategia de prevención y mitigación de los factores del riesgo (amenazas y vulnerabilidades)
--	--	--	--

**Fuente:** Elaborado a partir de: International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: pp. 40-41. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance__reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

Por su parte, la *calificación del riesgo* debe relacionarse con el *conocimiento del riesgo* objeto de gestión. De esta relación será posible obtener un abordaje más preciso del fenómeno de riesgo, por tanto, orientar mejor las estrategias e identificar los obstáculos a remover. Considérese el siguiente cuadro:

**Cuadro No. 10**  
Estrategia de gestión según conocimiento del riesgo

<b>Característica del conocimiento del riesgo</b>	<b>Definición</b>	<b>Estrategia de gestión</b>	<b>Instrumentos apropiados</b>	<b>Tipo de participación de los interesados</b>
Situación de riesgo <b>simple</b>	No existe un protagonismo de la complejidad, incertidumbre o ambigüedad en la información disponible sobre el fenómeno de riesgo objeto de gestión.	Abordaje básico, evaluación de la aceptabilidad, tolerabilidad e intolerabilidad del riesgo.	<b>Métodos de toma de decisiones</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Análisis de riesgo-beneficio</li> <li>• Análisis de transacciones riesgo-riesgo</li> <li>• Prueba y error</li> <li>• Estándares técnicos</li> <li>• Incentivos económicos</li> <li>• Educación, etiquetado e información</li> <li>• Acuerdos voluntarios</li> </ul>	Discurso instrumental
Situación de riesgo <b>compleja</b>	La información disponible sobre el riesgo objeto de gestión se caracteriza por la falta de unanimidad en cuanto a la definición de las relaciones de causa y efecto o respecto de los métodos para su determinación.	Generación de información sobre el fenómeno de riesgo y su relación causal.	<b>Caracterización de evidencia disponible</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Consenso de los expertos sobre las herramientas de búsqueda.</li> <li>• Resultados en la operación de rutina</li> </ul>	Discurso epistemológico
		Fortalecimiento de los objetos en riesgo, sistema absorbente del riesgo.	<b>Mejoramiento de la capacidad de amortiguamiento del objeto en riesgo mediante:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Factores de aseguramiento adicionales</li> </ul>	

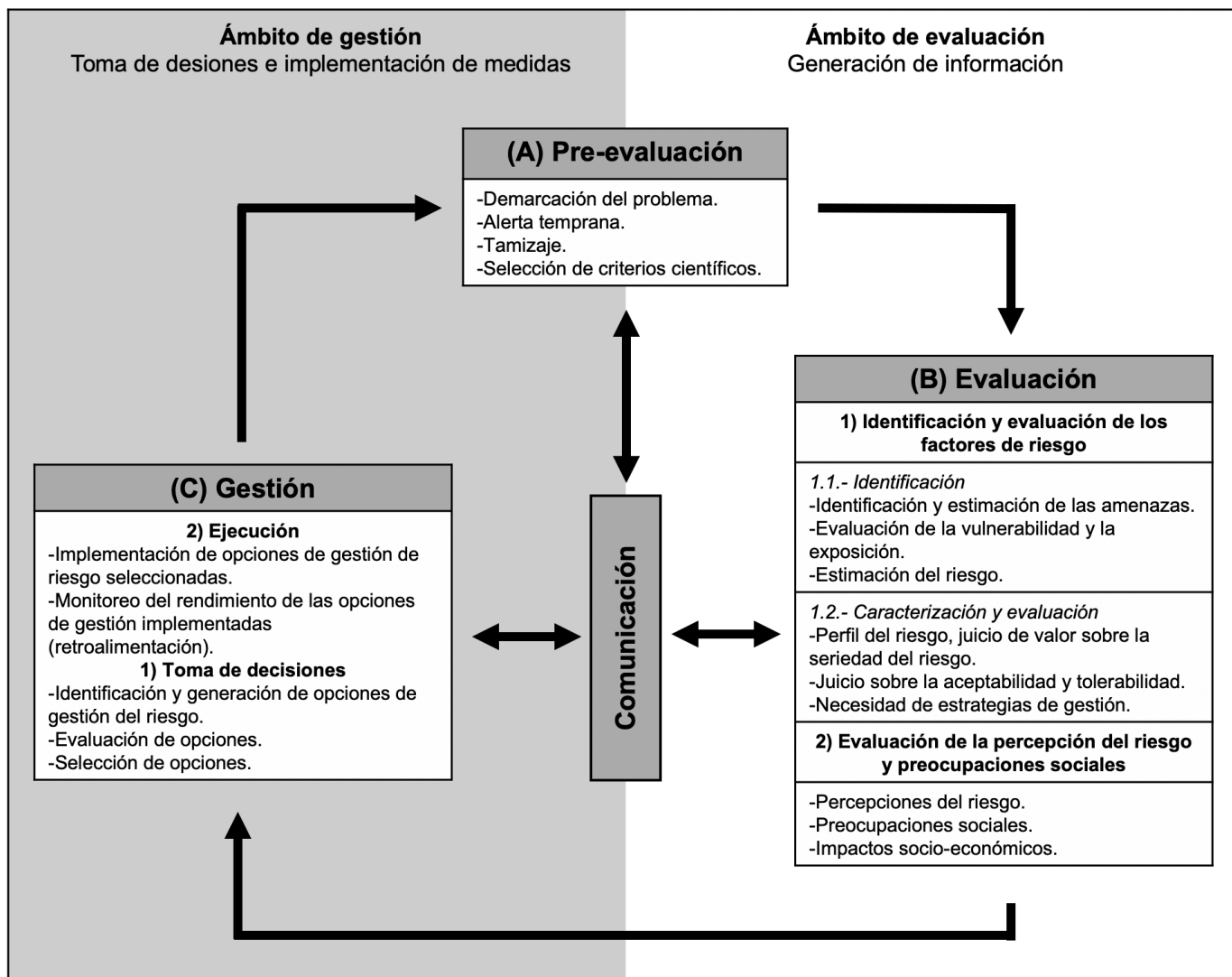
			<ul style="list-style-type: none"> <li>• Redoblamiento y diversidad en el diseño de los dispositivos de seguridad.</li> <li>• Mejoramiento de la capacidad de respuesta</li> <li>• Establecimiento de organizaciones de alta fiabilidad.</li> </ul>	
Situación de riesgo <b>incierto</b>	No existe del todo información sobre el riesgo objeto de gestión o esta es insuficiente.	Abordaje precautorio	<p><b>Uso de las características de las amenazas (persistencia, ubicuidad, etc.) como aproximados para la estimación del riesgo</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Entre las herramientas se incluyen:</li> <li>• Contención</li> <li>• Reducción del riesgo a lo más bajo alcanzable (ALARA: as low as reasonably achievable)</li> <li>• Control del riesgo con la mejor tecnología disponible (BACT: best available control technology)</li> </ul>	Discurso de reflexión
		Abordaje resiliente	<p><b>Mejoramiento de la capacidad para responder ante imprevistos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Diversidad de medios para completar los beneficios deseados</li> <li>• Evitar la alta vulnerabilidad</li> <li>• Avalar respuestas flexibles</li> <li>• Preparación para la adaptación</li> </ul>	

<p>Situación de riesgo <b>ambigua</b></p>	<p>La información disponible sobre el riesgo objeto de gestión es interpretada de manera diferente por los actores involucrados.</p>	<p>Abordaje basado en el discurso</p>	<p><b>Aplicación de métodos de resolución alterna de conflictos para alcanzar el consenso o la tolerancia por los resultados de la evaluación del riesgo y de la selección de las opciones de gestión</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Integración de los interesados en alcanzar un acuerdo.</li> <li>• Énfasis en la comunicación y discurso social</li> </ul>	<p>Discurso participativo</p>
---	--	---------------------------------------	--	-------------------------------

**Nota:** el cuadro fue modificado para agregarle una quinta columna que contuviera la definición de cada una de las características del *conocimiento del riesgo*. La traducción se hace de manera libre al español, para ciertos conceptos la traducción no es literal, pero no hay pérdida de significado. Para corroborar la veracidad de la traducción consultar fuente original. **Fuente:** elaboración propia (2019) a partir del cuadro inserto en: International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 47. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance__reprinted_version_3.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

Finalmente y con el propósito de garantizar una imagen completa y sintetizada del proceso de gobernanza del riesgo, a continuación se inserta un diagrama que engloba las etapas antes detalladas:

**Diagrama No. 9**  
Proceso de gobernanza del riesgo



**Nota:** El diagrama fue modificado según la alternativa metodológica del IRGC, fusionando la “caracterización y evaluación del riesgo” en la *fase de evaluación*. La traducción se hace de manera libre al español y es congruente con los términos traducidos y empleados anteriormente. Para corroborar la veracidad de la traducción consultar fuente original. **Fuente:** elaboración propia (2019) a partir de: International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 13. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance__reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.



#### **b.2.4.- Particularidades de la gestión del riesgo de desastres**

El riesgo de desastres se caracteriza por la especial intensidad de su impacto, cuya magnitud provoca graves alteraciones en las relaciones normales existentes hasta antes del acaecimiento del desastre. Por esta razón, el manejo de desastres adquiere mayor complejidad.

A nivel gubernamental, la *gestión del riesgo de desastres* se efectúa bajo la orientación de las pautas emanadas de la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres, contenidas, entre otras fuentes, en el documento *Vivir con el Riesgo: Informe mundial sobre iniciativas para la reducción de desastres*, como en las contenidas en el *Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030*, acordado en la tercera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas del 18 de marzo del 2015. Oficialmente, el concepto utilizado es el de “reducción del riesgo de desastres”, que como se indica anteriormente, se trata de un término genérico que hace referencia a las dos estrategias fundamentales para la gestión del riesgo: prevención y mitigación<sup>213</sup>, por lo que acá se entiende como equivalente a “gestión del riesgo de desastres”. La particularidad del proceso de *gestión del riesgo de desastres* es que incluye fases adicionales de manejo, por lo que se abocan a la *atención de emergencias y desastres*.

Ahora bien, en el marco conceptual de la *gobernanza del riesgo*, el IRGC acoge la propuesta metodológica de la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres; sin embargo, debe aclararse que se trata de una aplicación del *proceso de gobernanza del riesgo* conjuntamente con las etapas adicionales propias de la *atención de emergencias y de desastres*, por eso integra las fases de *preparación y respuesta*, ante la inminencia de la materialización del riesgo de desastre y las fases de *rehabilitación y reconstrucción*, inmediatamente después de su acaecimiento.

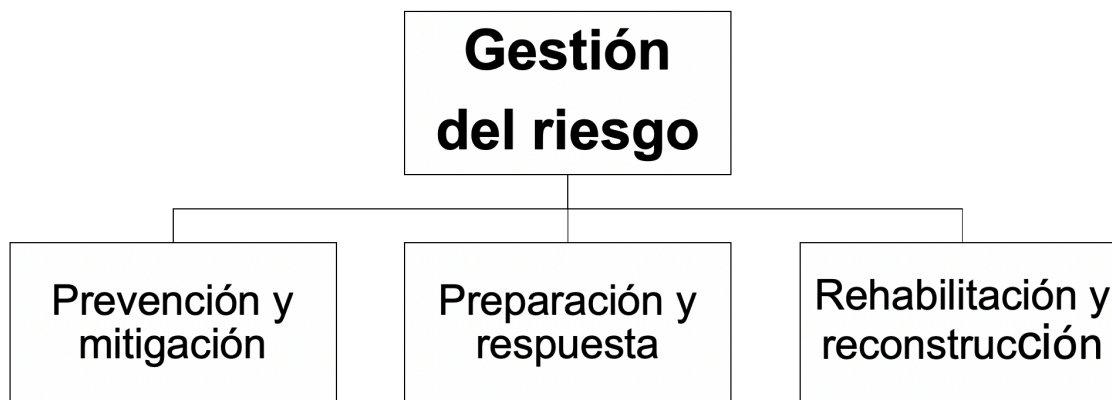
---

<sup>213</sup>Se ha definido “reducción del riesgo de desastres” como: “*Reducción del riesgo de desastres. Marco conceptual de elementos que tiene la función de minimizar vulnerabilidades y riesgos en una sociedad, para evitar (prevención) o limitar (mitigación y preparación) el impacto adverso de amenazas dentro del amplio contexto del desarrollo sostenible*”. Oficina de Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres. (2004) *Vivir con el Riesgo: Informe mundial sobre iniciativas para la reducción de desastres*. Geneva: UN Publicaciones: p. 18. Disponible en: <[http://www.unisdr.org/files/657\\_lwrsp.pdf](http://www.unisdr.org/files/657_lwrsp.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

De manera, sencilla el proceso se esquematiza de la siguiente forma:

### Diagrama No. 10

Esquema del proceso de gestión del riesgo de desastres



**Fuente:** Tomado literalmente de: Internazionale per lo Sviluppo dei Popoli (CISP), Centro di Intervento per la Cooperazione (CRIC), Terra Nuova (TN). (2005) *Orientaciones para la prevención y atención de desastres: cómo incorporar la gestión del riesgo en la planificación territorial, cómo formular planes de emergencia y operaciones de respuesta, cómo comunicar en emergencias*. 1a Ed. Portoviejo: CISP-CRIC-TN: p.29. Disponible en: <<http://developmentofpeoples.org/uploads/analysis/analysis1-CISP-biblioteca-progetti.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

Las fases de *prevención y mitigación* se refieren a las dos estrategias generales de gestión del riesgo que resultan del proceso de *pre-evaluación, evaluación y gestión del riesgo* (gobernanza del riesgo). Entonces, las fases subsiguientes de la *gestión del riesgo de desastres* operan ante la *inminencia* del riesgo y los *efectos materiales* del riesgo efectivo.

En Costa Rica, la Ley Nacional de Emergencias y Prevención, Ley No. 8488, establece en su artículo 30 las *fases de atención de una emergencia*, lo cual refuerza el hecho de que se trata de fases complementarias a las fases del proceso *gestión del riesgo* propiamente (prevención y mitigación). Por eso las fases aludidas únicamente se realizan ante la *declaratoria oficial de estado de emergencia*, según lo establecido en los artículos 15 inciso a) y 30 de esta Ley.

La fase de **(A) preparación y respuesta** en realidad se integra de dos sub-fases que se desarrollan de manera sucesiva ante la *inminencia* de un desastre y con ocasión de su *ocurrencia*. También se le denomina como una fase de *precrisis*<sup>214</sup> que es:

*Cuando se tiene información técnico-científica basada en evaluaciones o estadísticas que advierten sobre la probabilidad de ocurrencia de un fenómeno en un área determinada, las autoridades locales establecen la alerta para motivar la activación de los planes institucionales de emergencia y contingencia y para generar actitudes proactivas en las comunidades, a fin de activar los protocolos de acción para reducir el impacto del evento probable (Subrayado es suplido)<sup>215</sup>.*

Entrar a la sub-fase de **preparación** implica que la *prevención* es superada por la *inminencia* de la probabilidad de ocurrencia del fenómeno de riesgo de desastre, por tanto, se inician los protocolos para hacer efectivos los preparativos de la *mitigación* del impacto. *“La preparación, por lo tanto, está dirigida a estructurar la respuesta para la atención de las emergencias que inevitablemente se pueden presentar, reforzando así las medidas de mitigación o reducción de las consecuencias”*<sup>216</sup>.

La Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, Ley No. 8488, en su artículo 4 define la fase de preparación como el *“conjunto de actividades y medidas tomadas previamente, para asegurar una respuesta anticipada y efectiva ante el impacto negativo de un suceso”*. La *preparación* asegura la pertinencia y efectividad de la *respuesta*. En términos generales, Omar Darío Cardona explica que *“la preparación se lleva a cabo mediante la organización y planificación de las acciones de alerta, evacuación, búsqueda, rescate, socorro y asistencia que deben realizarse en caso de emergencia”* (Subrayado es suplido)<sup>217</sup>.

En el transcurso de la fase de *preparación* se encuentra el protocolo para la emisión de *estados de alerta*, lo que le corresponde a la entidad oficial de cada Estado, siendo en el caso de Costa Rica la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias.

---

<sup>214</sup> Internazionale per lo Sviluppo dei Popoli (CISP), Centro di Intervento per la Cooperazione (CRIC), Terra Nuova (TN). (2005) *Orientaciones para la prevención y atención de desastres: cómo incorporar la gestión del riesgo en la planificación territorial, cómo formular planes de emergencia y operaciones de respuesta, cómo comunicar en emergencias*. 1a Ed. Portoviejo: CISP-CRIC-TN: p. 127. Disponible en: <<http://developmentofpeoples.org/uploads/analysis/analysis1-CISP-biblioteca-progetti.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>215</sup> Id., p. 127.

<sup>216</sup> Cardona, Omar Darío. (1996) “El manejo de riesgos y los preparativos para desastres: Compromiso institucional para mejorar la calidad de vida”. En: *Desastres. Modelo para Armar. Colección de Piezas de un Rompecabezas Social*, editado por Elizabeth Mansilla, (128-147). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (La Red): p. 136. Disponible en: <<http://www.desenredando.org/public/libros/1996/dma/DesastresModeloParaArmar-1.0.0.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>217</sup> Id., p. 137.

Omar Darío Cardona explica que los *estados de alerta* se emiten de manera gradual en atención al grado de certeza sobre la probabilidad de ocurrencia del evento, a saber:

*Usualmente, cuando el fenómeno lo permite, se utilizan tres estados que, de acuerdo con la gravedad de la situación, significan para las instituciones el alistamiento, la movilización y la respuesta. En ocasiones, dichos estados son identificados mediante colores o nombres que no sólo se utilizan para informar de una manera práctica a la población sino, también, para demarcar áreas de influencia (Subrayado es suplido)<sup>218</sup>.*

Por su parte, la **respuesta** está constituida por un conjunto de acciones concretas cuyo propósito es controlar la situación inmediata generada por la inminencia u ocurrencia de un riesgo de desastres, en general tiene como propósito “(...) *salvaguardar obras y vidas, evitar daños mayores, y estabilizar el área de la región impactada directamente por la emergencia*”, según lo dispone el artículo 4 de la Ley No. 8488. En adición a lo anterior, el artículo 30 inciso a) de la misma Ley señala que la *fase de respuesta* es una:

*Fase operativa inmediata a la ocurrencia del suceso. Incluye las medidas urgentes de primer impacto orientadas a salvaguardar la vida, la infraestructura de los servicios públicos vitales, la producción de bienes y servicios vitales, la propiedad y el ambiente, mediante acciones de alerta, alarma, información pública, evacuación y reubicación temporal de personas y animales hacia sitios seguros, el salvamento, el rescate y la búsqueda de víctimas; el aprovisionamiento de los insumos básicos para la vida, tales como alimentos, ropa, agua, medicamentos y la asistencia médica, así como el resguardo de los bienes materiales, la evaluación preliminar de daños y la adopción de medidas especiales u obras de mitigación debidamente justificadas para proteger a la población, la infraestructura y el ambiente.*

La efectividad de las acciones a implementar como respuesta al acaecimiento de un riesgo de desastre depende, en gran medida, de la idoneidad de las acciones preparativas. Dentro del tipo de acciones que se ejecutan en la fase de respuesta están:

- *Búsqueda y rescate de personas afectadas*
- *Asistencia médica para la estabilización*
- *Evacuación de las zonas de riesgo*
- *Alojamiento temporal y suministro de alimentos y vestido*
- *Aislamiento y seguridad*
- *Evaluación de daños y necesidades*

---

<sup>218</sup> Id., p. 141.

- *Manejo de abastecimientos*<sup>219</sup>

La fase de **(B) rehabilitación y reconstrucción**, al igual que la etapa anterior, corresponde a dos sub-fases sucesivas. Actualmente, se reflexiona sobre la terminología a emplear, algunos prefieren el término “recuperación” como englobante de ambas etapas<sup>220</sup>, debido a que no solo contempla obras de tipo material. Estas solo proceden una vez superada la fase de respuesta y preparación, debido a que parten de un escenario de desastre relativamente estabilizado, o por lo menos, respecto de los bienes más relevantes. Según los artículos 4 y 30 inciso b) de la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, la *rehabilitación* consiste en un conjunto de: “acciones orientadas a (...) la recuperación de la autosuficiencia y estabilidad de la población y del área afectada por una emergencia” (Subrayado es suplido).

Se trata de una fase para el reestablecimiento de la dinámica normal alterada por el acaecimiento del desastre, pero, la normalización es preferentemente del funcionamiento básico de la sociedad afectada por el fenómeno, lo que se llaman *líneas vitales*. Al respecto, Omar Darío Cardona explica que la *rehabilitación es un “proceso de restablecimiento de las condiciones normales de vida, mediante la reparación de los servicios vitales indispensables interrumpidos o deteriorados por el desastre”* (Subrayado es suplido). De conformidad con lo establecido en los artículos antes citados de la Ley No. 8488, esos servicios o líneas vitales son: vías de comunicación, telecomunicaciones, electricidad, agua, servicios de salud, abastecimiento de alimentos, entre otros.

Por su parte, la *reconstrucción* implica la puesta en obra de medidas de tipo material para incidir directamente en el espacio transformado, sea directamente en el suelo o en las estructuras civiles. Tiene como propósito procurar el restablecimiento completo de la dinámica normal, pero no su restitución al estado original, lo que no es siempre posible. Según los artículos 4 y 30 inciso c) de la Ley No. 8488 la *reconstrucción* está:

*(...) destinada a reponer el funcionamiento normal de los servicios públicos afectados; incluye la reconstrucción y reposición de obras de infraestructura pública y de interés social dañadas, así como la implementación de las medidas de regulación del uso de la tierra orientadas a evitar daños posteriores.*

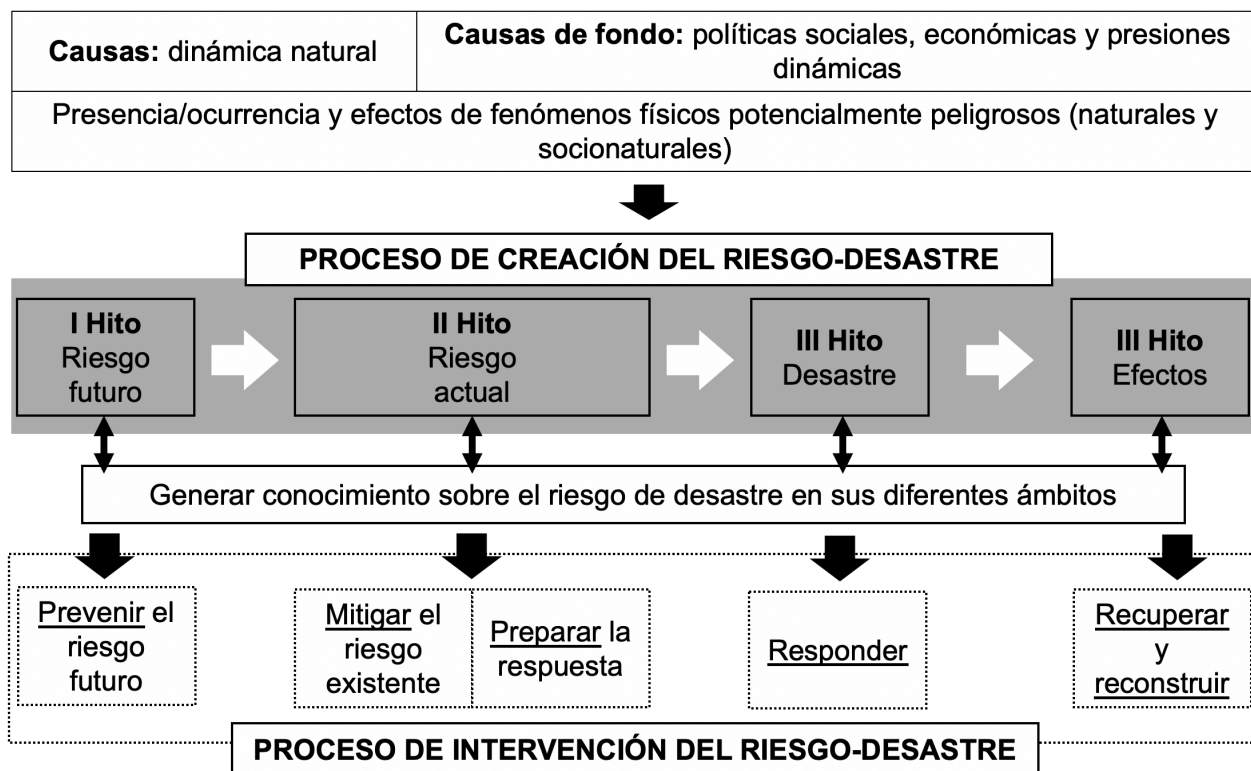
<sup>219</sup> Id., pp. 143-144.

<sup>220</sup> Ver: Baas, Stephan, Ramasamy, Selvaraju, Dey de Pryck, Jennie, Battisata, Federica (2009) *Análisis de Sistemas de Gestión del Riesgo de Desastres*. Roma: Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación: p. 6. Disponible en: <<http://www.fao.org/3/a-i0304s.pdf>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. | Oficina de Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres. (2004) *Vivir con el Riesgo: Informe mundial sobre iniciativas para la reducción de desastres*. Geneva: UN Publicaciones: p. 15. Disponible en: <[http://www.unisdr.org/files/657\\_lwrsp.pdf](http://www.unisdr.org/files/657_lwrsp.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. | Narváez, Lizardo, Lavell, Allan, Pérez Ortega, Gustavo. (2009) *La gestión del riesgo de desastres: Un enfoque basado en procesos*. 1a Ed. Lima: Comunidad Andina-PREDECAN: pp. 43-44. Disponible en: <[http://www.comunidadandina.org/predecandoc/libros/procesos\\_ok.pdf](http://www.comunidadandina.org/predecandoc/libros/procesos_ok.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

Se trata de una fase cuya proyección es de mediano-largo plazo, según la magnitud de los daños ocasionados. En el caso de Costa Rica, el plazo máximo es de cinco años, período que corresponde a la vigencia máxima de un *estado de emergencia*, según lo establecido en los artículos 30 inciso c) y 37 del Ley No. 8488. A manera de síntesis conclusiva, es posible esquematizar el *proceso de gestión del riesgo de desastres* de la siguiente forma:

### Diagrama No. 11

Proceso de gestión del riesgo de desastres (fases de gestión del riesgo + fases de atención de emergencias y de desastres)



**Nota:** con el propósito garantizar congruencia terminológica, la palabra “reducir” empleada en el diagrama original es sustituida por el término “mitigar” empleado en este trabajo. Se efectúa una leve modificación, ya que en el original se utiliza el término “responder y rehabilitar” en el “III Hito”, mientras que para este trabajo se muestra tal y como aparece en el diagrama. La otra modificación efectuada es que se elimina la numeración de fases que sí aparecen en el original. Ver en sentido similar el esquema propuesto por: Oficina de Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres. (2004) *Vivir con el Riesgo: Informe mundial sobre iniciativas para la reducción de desastres*. Geneva: UN Publicaciones: p. 15. Recuperado de: <[http://www.unisdr.org/files/657\\_lwrsp.pdf](http://www.unisdr.org/files/657_lwrsp.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018 y replicado por el IRGC en: International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 113. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance_reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. **Fuente:** elaborado a partir de la propuesta de: Narváez, Lizardo, Lavell, Allan, Pérez Ortega, Gustavo. (2009) *La gestión del riesgo de desastres: Un enfoque basado en procesos*. 1a Ed. Lima: Comunidad Andina-PREDECAN: p. 43. Disponible en: <[http://www.comunidadandina.org/medecan/doc/libros/procesos\\_ok.pdf](http://www.comunidadandina.org/medecan/doc/libros/procesos_ok.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

**c.- Institucionalidad y mecanismos jurídicos para la gestión del riesgo de desastres según el esquema de la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo de Costa Rica**

Ya se estudió teóricamente el fenómeno de riesgo, a partir de lo cual se facilita la exposición de la técnica de *gestión del riesgo de desastres*. Es esa técnica la que se recoge a nivel legislativo por la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, Ley No. 8488. En este apartado se describe la *institucionalidad* y los *mecanismos jurídicos* establecidos por esa Ley para la *gestión del riesgo de desastres* (gestión del riesgo + la atención de emergencias y de desastres).

A partir de una lectura completa de la Ley No. 8488, es posible establecer una compartimentalización<sup>221</sup> para efectos de análisis, con lo cual se proponen cinco secciones, cada una con la función de regular un *contenido* distinto, a saber: 1) disposiciones generales; 2) regulaciones orgánicas; 3) regulaciones sustantivas; 4) regulaciones sobre administración y control financiero y 5) Disposiciones para la implementación de la Ley. Para efectos de este apartado, únicamente se exponen los compartimientos identificados bajo los números 1), 2) y 3). La exposición puede guiarse empleado las siguientes interrogantes que sintetizan el contenido de la Ley No. 8488:

**Cuadro No. 11**  
Síntesis del contenido de la Ley No. 8488

<b>Aspecto</b>	<b>Contenido</b>	<b>Compartimiento (s)</b>
<b>c.1.-</b> ¿Qué es gestión del riesgo y atención de emergencias y desastres?	Objeto	Disposiciones generales.
<b>c.2.-</b> ¿Quién realiza la gestión del riesgo y atención de emergencias y desastre?	Sujeto	Regulaciones orgánicas.
<b>c.3.-</b> ¿Cómo se realiza la gestión del riesgo y atención de emergencias y desastre?	Modo	Disposiciones generales. Regulaciones orgánicas. Regulaciones sustantivas.
<b>c.4.-</b> ¿Pará que se realiza la gestión del riesgo y atención de emergencias y desastre?	Fin	Disposiciones generales. Regulaciones sustantivas.

**Fuente:** Elaboración propia, 2019.

<sup>221</sup> **Compartimento 1:** Capítulo I; **Compartimento 2:** Capítulo II, Capítulo III; **Compartimento 3:** Capítulo II (artículos 7, 8, 12, 14, 15, 18, 20), Capítulo IV, Capítulo V, Capítulo VI; **Compartimento 4:** Capítulo VII, Capítulo VIII. **Compartimento 5:** Capítulo IX.

**c.1.- Objeto.** La Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo establece de manera clara su *objeto de regulación* que es la *gestión del riesgo de desastres*, proceso compuesto por dos grandes etapas, antes detalladas, que son: a) la gestión o gobernanza del riesgo propiamente dicha y b) la atención de emergencias y desastres, el manejo de los efectos materiales del desastre. Esto se encuentra enunciado en el artículo 2 de la Ley, que dice:

*La finalidad de estas normas es conferir un marco jurídico ágil y eficaz, que garantice la (1) reducción de las causas del riesgo [gestión o gobernanza del riesgo], así como el manejo oportuno, coordinado y eficiente (2) de las situaciones de emergencia [atención de emergencias y de desastres] (Subrayado y números entre paréntesis son suplidos).*

Si bien, la redacción de la norma opta por el uso del término “finalidad”, lo cierto es que en esta norma se regula el *objeto de regulación*. Ya se aclara con anterioridad que la expresión “reducción del riesgo de desastres” es una terminología empleada a nivel oficial de la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres y es equivalente, para los efectos de precisión en este trabajo, al término *gestión del riesgo de desastres*, que incluye tanto el proceso de *gobernanza o gestión del riesgo*, como el proceso de *atención de emergencias y de desastres*. Esta distinción queda más clara si se confrontan las definiciones legales de cuatro conceptos base, a saber:

**Cuadro No. 12**

Comparación de las definiciones legales contenidas en el artículo 4 de la Ley No. 8488 de los conceptos de *gestión del riesgo, desastres y emergencia*

<b>GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES</b>			
<b>1.- Gestión del riesgo en sentido estricto</b>		<b>2.- Atención o manejo de emergencias y desastres</b>	
<i>1.1.- Riesgo</i>	<i>1.2.- Gestión o gobernanza del riesgo (en sentido estricto)</i>	<i>2.1.- Desastres</i>	<i>2.2.- Emergencia</i>
“(…) Se obtiene al <b>relacionar</b> la amenaza con la vulnerabilidad de los elementos expuestos”.	“ <b>Proceso</b> mediante el cual <u>se revierten las condiciones de vulnerabilidad</u> de la población, los asentamientos humanos, la infraestructura, así como de las líneas vitales, las actividades productivas de bienes y	“ <b>Situación o proceso</b> que se desencadena como <u>resultado</u> de un fenómeno de <u>origen</u> natural, tecnológico o provocado por el hombre que, al encontrar en una población, condiciones propicias de	“ <b>Estado</b> de crisis <u>provocado</u> por el desastre y basado en la <u>magnitud de los daños y las pérdidas</u> . Es un estado de <u>necesidad y urgencia</u> que obliga a tomar <u>acciones inmediatas</u> con el fin de salvar vidas y bienes, evitar el sufrimiento y



	servicios y el ambiente (...)."	vulnerabilidad, <u>causa alteraciones intensas en las condiciones normales de funcionamiento de la comunidad (...)</u> ".	atender las necesidades de los afectados. Puede ser manejada en tres <u>fases progresivas: respuesta, rehabilitación y reconstrucción</u> ; se extiende en el tiempo hasta que se logre controlar definitivamente la situación".
--	---------------------------------	---	--

**Nota:** subrayado y negrita son suplidos. **Fuente:** elaboración propia, 2019.

El Cuadro anterior resume el contenido nuclear del objeto de regulación, sea la *gestión del riesgo de desastres* y sus dos componentes. A pesar de esa claridad, las definiciones legales no siempre brindan la precisión técnica requerida, lo que ocurre con el concepto de *riesgo*, que es confundido por la Ley con el concepto de *amenaza*. Sin afán de profundizar y a riesgo de reiterar, la Ley No. 8488 define *riesgo* como: “*probabilidad de que se presenten pérdidas (...) en un sitio particular y durante un periodo definido*”. Esta definición básica es propiamente la definición teórica de *amenaza*, tal y como se detalló en apartados anteriores.

Esto es porque la Ley equipara, por lo menos a nivel de definiciones, la *posibilidad de ocurrencia de algo no deseado* (riesgo) con la *probabilidad* de que un *agente peligroso* existente en un “*sitio particular y durante un periodo definido*” (*amenaza*) incida sobre la *posibilidad de ocurrencia*. Esta confusión se corrobora al leer la definición legal de *amenaza*, al decir que esta es un “*peligro latente representado por la posible ocurrencia de un fenómeno peligroso, de origen natural, tecnológico o provocado por el hombre, capaz de producir efectos adversos en las personas, los bienes, los servicios públicos y el ambiente*” (Subrayado es suplido).

Es claro que la definición teórica de *amenaza* fue ubicada en la definición legal de *riesgo*, mientras que la definición teórica de *riesgo* en la definición legal de *amenaza*. Esta traslocación se verifica si se considera que en ambas definiciones legales existen remanentes de la definición técnica de cada concepto. En el caso de la definición legal de *riesgo*, al final del texto se agrega que el *riesgo* “*se obtiene al relacionar la amenaza con la vulnerabilidad de los elementos expuestos*”, afirmación que es teóricamente correcta. Mientras que en el caso de la definición legal de *amenaza*, esta es concebida como un “*peligro latente*”, lo cual es teóricamente correcto, pero el resto de la definición se refiere al concepto de riesgo.

Por su parte, la definición de *gestión del riesgo* propuesta por la Ley No. 8488 es amplia e incorpora en el texto legal la fase propiamente de gestión, como la de atención de desastres y emergencias. Al respecto considérese el siguiente fragmento del artículo 4 de esta Ley no transcrito en el Cuadro anterior:

[La gestión del riesgo] *Es un modelo sostenible y preventivo, al que incorporan criterios efectivos de (1) prevención y mitigación de **desastres** dentro de la planificación territorial, sectorial y socioeconómica, así como a la (1) preparación, atención y recuperación ante las **emergencias*** (Subrayado, negrita y números entre paréntesis son suplidos).

El proceso de *gestión del riesgo de desastres* se compone de dos elementos, que en el fragmento están referidos como (1) prevención y mitigación de desastres, lo cual corresponde en rigor al proceso de *gestión o gobernanza del riesgo* en sentido estricto, mientras que el otro componente (2) preparación, atención y recuperación alude a las fases adicionales a la gestión del riesgo en sentido estricto que corresponden, en rigor, a la *atención de emergencias y desastres*.

Aclarado lo anterior será posible comprender con mayor facilidad el contenido integral de la Ley No. 8488, la cual establece diversas regulaciones según se trate de alguno de los dos componentes de la *gestión del riesgo de desastres*. A mayor claridad, considérese lo dispuesto en el artículo 1 de la misma Ley:

**La presente Ley regulará las acciones ordinarias**, establecidas en su artículo 14, las cuales el Estado Costarricense deberá desarrollar para (1) reducir las causas de las pérdidas de vidas y las consecuencias sociales, económicas y ambientales, inducidas por (2) los factores de riesgo de origen natural y antrópico; así como la **actividad extraordinaria** que el Estado deberá efectuar en caso de (1) estado de emergencia, para lo cual se aplicará un régimen de excepción. (Subrayado, negrita y números entre paréntesis son suplidos).

El artículo 1 transcrito está identificado con el epígrafe “Objeto”, lo cual es parcialmente correcto, considerando que el artículo 2 (“Finalidad”) es más preciso al definir el objeto de regulación. Sin embargo, la virtud de este artículo 1 es que introduce en el análisis el elemento *subjetivo* (el Estado Costarricense) y el elemento *modal* (actividad ordinaria y extraordinaria), la cual está orientada al contenido doble del objeto de regulación.

**c.2.- Sujeto.** En atención a lo establecido en artículo 1 de la Ley No. 8488 el sujeto responsable del ejercicio de la potestad de *gestión del riesgo de desastres* es el Estado como ente público mayor. Esa potestad está atribuida legalmente y de manera general a un órgano

del Estado denominado Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias (en adelante CNE o Comisión Nacional de Emergencias).

La Comisión Nacional de Emergencias está creada por el artículo 13 de la Ley y fue constituida como un *órgano de desconcentración máxima* adscrito a la Presidencia de la República y con *personería jurídica instrumental*. Esta Comisión es el *órgano rector* del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo, según lo establecido en el artículo 14 de la Ley No. 8488, que establece: “*la Comisión será la entidad rectora en lo que se refiera a la prevención de riesgos y a los preparativos para atender situaciones de emergencia*”.

Por esa misma razón, esta Comisión es el órgano encargado de coordinar el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo, según lo dispuesto de manera tácita en el artículo 9 *in fine* de la Ley, al señalar: (Subrayado es suplido). “(...) la Comisión estará facultada para conformar otras instancias de coordinación de acuerdo con los alcances del Plan Nacional de Gestión del Riesgo y sus programas”.

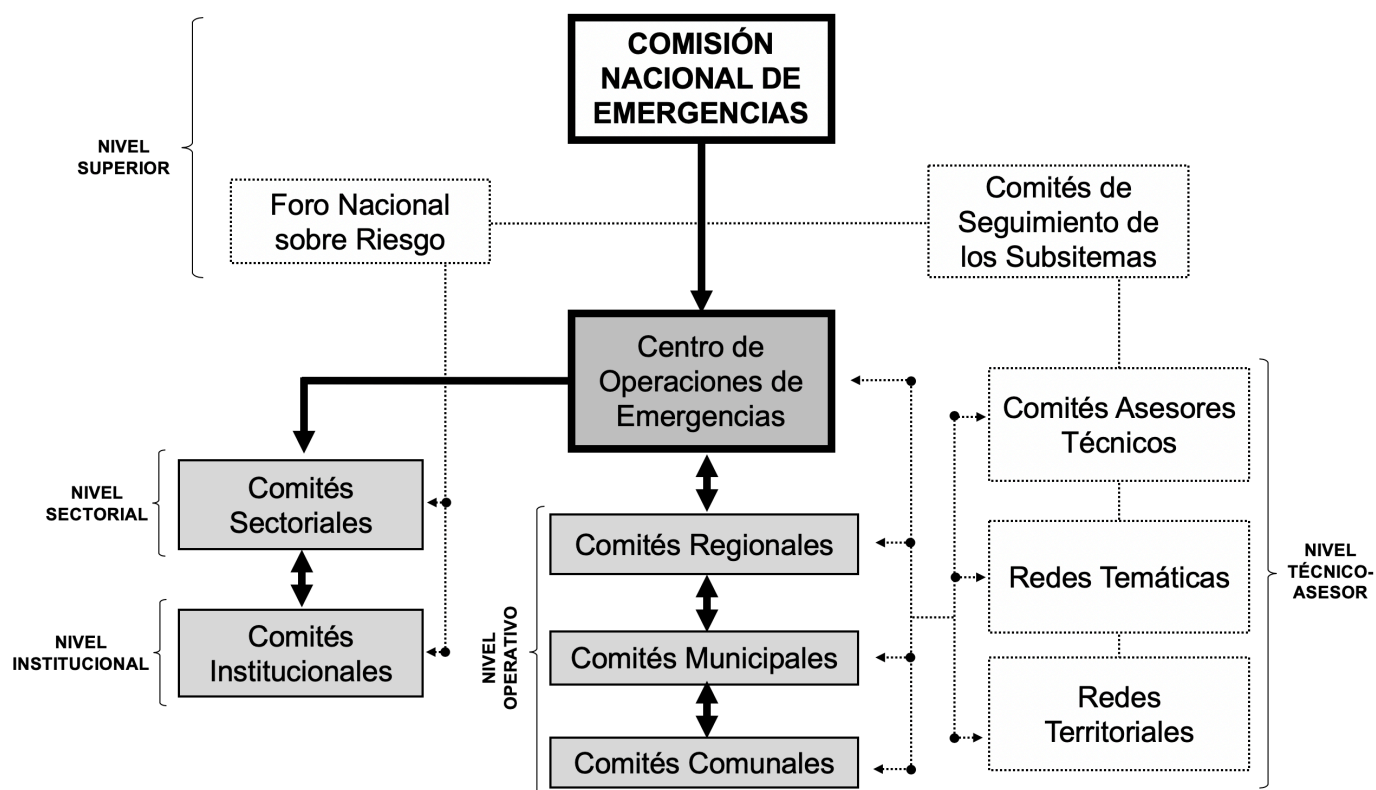
Por su parte, el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo está creado en el artículo 6 de la Ley No. 8488 que en lo que interesa es entendido como “(...) *la articulación integral, organizada, coordinada y armónica*” de los siguientes elementos: 1) órganos, 2) estructuras, 3) relaciones funcionales, 4) métodos, 5) procedimientos y 6) recursos, de todo el sector público en conjunción con la participación del sector privado y sociedad civil.

A pesar de la abstracción con la que está redactado el párrafo primero de ese artículo 6, es claro que la *articulación* a la que aspira el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo es una labor que le corresponde coordinar a la Comisión Nacional de Emergencias como *órgano rector*. Por ello, el Sistema está dotado de una estructura establecida por la misma Ley en el artículo 9, que señala: “El Sistema Nacional de Gestión del Riesgo se estructura por medio de las instancias de coordinación” (Subrayado es suplido). Por mandato de ese mismo artículo, todo el sector público está obligado a integrarse a esas instancias de coordinación, lo mismo que el sector privado y la sociedad civil, según la Comisión lo disponga.

La estructura del Sistema según las instancias de coordinación es la siguiente:

**Diagrama No. 12**

Estructura del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo. Instancias de coordinación



**Nota:** las líneas y flechas continuas establecen *relaciones de coordinación* entre las instancias ubicadas en recuadros de línea continua. Los recuadros de línea continua gruesa hacen referencia al órgano rector del Sistema y al órgano permanente de coordinación de operaciones. Las líneas y flechas punteadas establecen relaciones que podrían calificarse como *transversales* a todas las demás instancias y sus relaciones de coordinación.

**Fuente:** elaborado a partir de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley No. 8488 y en los documentos: Vallejos, Sheily; Picado, Carlos. (2014) *Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias: Institución rectora de la gestión para la reducción del riesgo de desastre*. 1ª Ed. San José: CNE: p. 15. Disponible en: <<https://www.bvs.sa.cr/AMBIENTE/folletoCNE.pdf>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. | Comisión Nacional de Emergencias (2014) *Normas y elementos básicos de gestión municipal del riesgo de desastre con énfasis en prevención, control y regulación territorial*. 1a Ed. San José: CNE: p. 15.

El Sistema Nacional de Gestión del Riesgo está compuesto por subsistemas, según lo establecido en el artículo 6 *in fine*. Para cada subsistema existe un *Comité de Seguimiento*, cuyo propósito es dar un “*seguimiento de los programas que conforman cada subsistema*” (artículo 10 inciso f). Existen tres subsistemas y están definidos en el artículo 4 del Reglamento a la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, el Decreto Ejecutivo No. 34361 del 21 de noviembre del 2007, estos son los siguientes: a) subsistema de prevención y

mitigación; b) subsistema de preparativos y respuesta y c) subsistema de rehabilitación y reconstrucción.

Para efectos prácticos y operativos interesa de manera especial explicar las actividades que les corresponden a las *instancias* entre las que se establecen *relaciones de coordinación* tanto en la fase *gestión del riesgo* como en la *atención de emergencias y desastres*.

Las directrices para la *gestión del riesgo de desastres* emanan de la Comisión Nacional de Emergencias como órgano rector, más específicamente a través de los acuerdos de su Junta Directiva, que son los actos administrativos encargados de poner en acción las medidas *ordinarias* o *extraordinarias* que al efecto se ordenen, según lo establecido en los artículos 14, 15, 18 y 20 de la Ley No. 8488.

Las directrices o medidas ordenadas, sean ordinarias o extraordinarias, son ejecutadas por parte de la Dirección Ejecutiva de la Comisión (artículos 14 inciso a), 15 inciso a) y 20 incisos a), c), f) y g) de la Ley No. 8488), en coordinación con los diversos órganos internos de la Comisión Nacional de Emergencias, como de las instancias de coordinación sectoriales, institucionales, regionales, municipales y locales.

Tratándose de un *estado declarado de emergencia nacional*, la ejecución de medidas extraordinarias será coordinada a nivel operativo por el Centro de Operaciones de Emergencia, cuya función es *“preparar y ejecutar, mediante procedimientos preestablecidos, labores coordinadas de primera respuesta ante situaciones de emergencia”* (artículo 10 inciso b) de la Ley No. 8488). Se trata de un órgano de coordinación operativa de alto nivel y de alcance nacional.

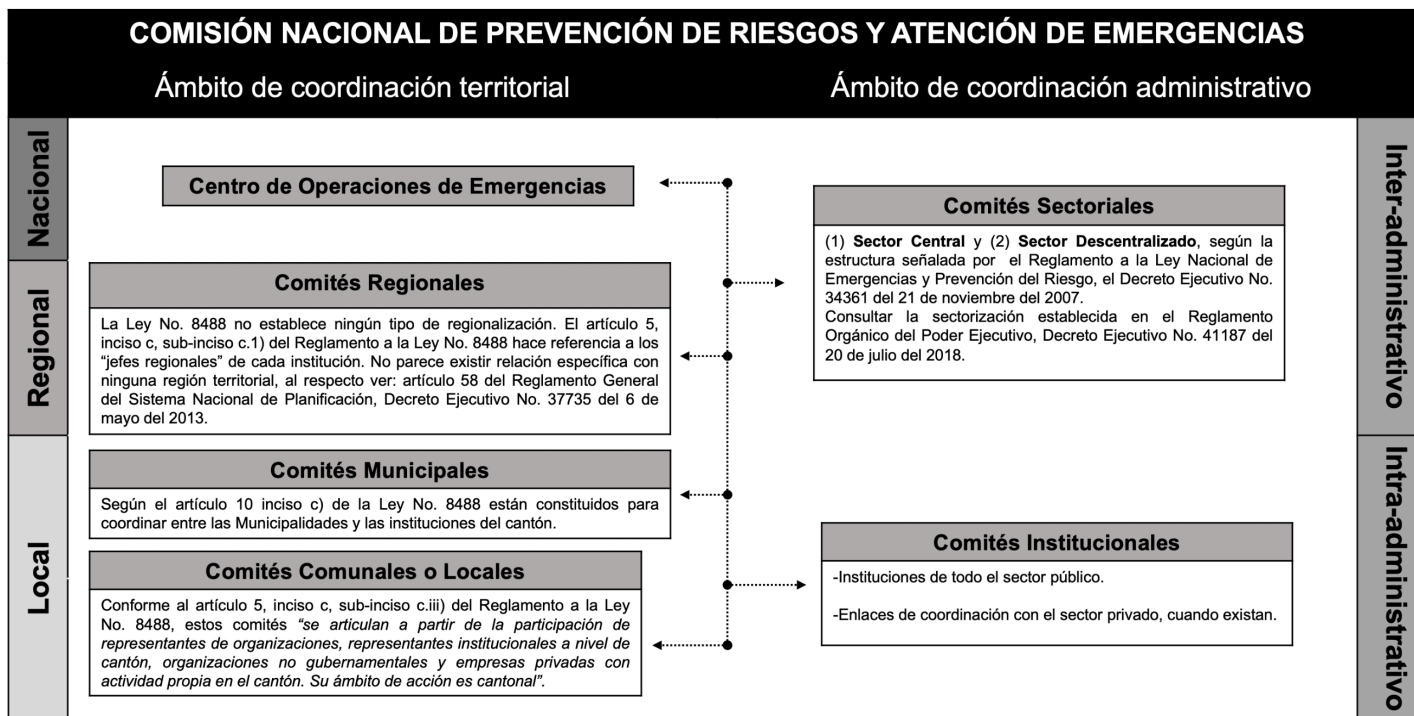
La coordinación de la ejecución de *medidas extraordinarias* en caso de *estado declarado de emergencia nacional* se hace de manera subsecuente en las demás instancias y con arreglo a las directrices dictadas por la Junta Directiva e instrumentalizadas por la Dirección Ejecutiva y el Centro de Operaciones de Emergencia, según corresponda.

La coordinación aludida responde a la aplicación del principio de coordinación, definido en el artículo 4 de la misma Ley, que consiste en: *“hace confluir hacia un mismo fin competencias diversas de diferentes actores”*. Por esta razón cobra relevancia que la Ley asigne funciones a órganos que no son parte de la estructura orgánica de la Comisión Nacional de Emergencias, pero que sí mantienen con esta una *relación de coordinación*.

De esta manera, las directrices emanadas del *órgano rector* (CNE) como las pautas del *órgano permanente de coordinación operativa* (Centro de Operaciones de Emergencia) tienen los siguientes alcances de ejecución:

### Diagrama No. 13

Alcances de ejecución de medidas de gestión del riesgo de desastres según relaciones entre instancias de coordinación



**Nota:** las líneas y flechas punteadas establecen *relaciones de coordinación*. **Fuente:** Elaboración propia (2019) a partir de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo y el artículo 5 del Reglamento a la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, el Decreto Ejecutivo No. 34361 del 21 de noviembre del 2007. Ver diagrama inserto en: Comisión Nacional de Emergencias (2014) *Normas y elementos básicos de gestión municipal del riesgo de desastre con énfasis en prevención, control y regulación territorial*. 1a Ed. San José: CNE: p. 15.

El Diagrama anterior describe de manera clara el alcance *territorial* y *administrativo* de la ejecución de las medidas ordinarias y extraordinarias de *gestión del riesgo de desastres* que la Comisión Nacional de Emergencias emita. Sin embargo, el Diagrama también muestra una serie de vicios de organización administrativa.

Primero, no existe correlación entre el ámbito territorial de coordinación y los órganos o entes competentes para cada circunscripción territorial. Esta circunstancia genera una yuxtaposición de estructuras orgánicas sobre el mismo ámbito territorial.

A nivel nacional, la organización es clara si se considera que la rectoría la ejerce la Comisión Nacional de Emergencias y se operativiza mediante el Centro de Operaciones de

Emergencias. Sin embargo, el vicio está en la regulación de los Comités Sectoriales. El criterio adoptado por la Ley No. 8488 para establecer la sectorización no es claro, ya que no se basa en un criterio territorial (como podría ser una regionalización), ni tampoco en uno material, como la afinidad de funciones, conforme lo hace, por ejemplo, en el Reglamento Orgánico del Poder Ejecutivo, Decreto Ejecutivo No. 41187 del 20 de julio del 2018.

Empero, la sectorización propuesta por la Ley No. 8488 y su Reglamento, se basa en una distinción puramente jurídica de *descentralización de competencias*. La *descentralización* es una técnica de organización administrativa del Estado, mediante la cual se desagregan las competencias del nivel central (Estado) a entidades sub-nacionales o descentralizadas, de modo que se constituyen jurisdicciones sub-nacionales a las que les corresponde, de manera correlativa, una estructura orgánica (con personalidad jurídica) encargada de ejercer la competencia asignada.

Sin embargo, la sectorización de la que habla la Ley No. 8488, equiparándola a la descentralización, no es jurídicamente adecuada, puesto que la Ley No. 8488 no efectúa una descentralización de competencias para la gestión del riesgo de desastres, potestad exclusiva de la Comisión Nacional de Emergencias (Estado Central), sino que establece una serie de *relaciones de coordinación*, o sea, no asigna competencias, sino que coordina las acciones materiales de diversos entes y órganos para ajustarlas y reconducirlas al ejercicio unitario de la potestad de gestión del riesgo de desastres.

Por ejemplo, el Sector Descentralizado puede estar compuesto tanto por una institución autónoma con jurisdicción nacional, como podría ser el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), como por una Municipalidad con jurisdicción cantonal. Según la sectorización de la Ley No. 8488, el Sector Descentralizado se yuxtapone con el nivel *nacional* y *local* de ejecución de medidas de gestión del riesgo de desastres, esto es porque la descentralización, trasciende el nivel territorial y puede ser de tipo *institucional* como en el caso del ICE. De modo que este criterio de sectorización no es preciso para los propósitos de la Ley No. 8488.

El caso del *ámbito territorial regional* es más grave, puesto que no existe ningún órgano o ente cuya jurisdicción territorial sea regional, sino que usualmente existen algunos entes con jurisdicción nacional, pero con regionalización para efectos de planificación institucional (interna), lo que es diferente a *jurisdicción regional*. Esto sería similar a decir que no existen órganos o entes con jurisdicción provincial.

Considerando que la Ley No. 8488 no establece una regionalización territorial, entonces, la coordinación a este nivel territorial-regional, no es propiamente de tipo *territorial*, sino *institucional* por regiones. Esto se puede corroborar por lo dispuesto en el artículo 5 inciso c), sub-inciso c.i.) del Reglamento a la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, el Decreto Ejecutivo No. 34361 del 21 de noviembre del 2007, al establecer que solo se integrará

“(…) un Comité Regional de Emergencia por cada región según el sistema de regionalización de MIDEPLAN (…).”

Esa regionalización se encuentra establecida en el artículo 58 del Reglamento General del Sistema Nacional de Planificación, Decreto Ejecutivo No. 37735 del 6 de mayo del 2013, sin embargo, se trata de una *planificación institucional*, o sea para la planificación de programas y proyectos de instituciones con jurisdicción nacional, pero implementados de manera regionalizada. Este resultado genera tensión con la coordinación en el ámbito *administrativo*, debido a que la coordinación regional vendría a duplicar los esfuerzos de coordinación que ya corresponden a los Comités Sectoriales a nivel *inter-administrativo* (entre instituciones diferentes de mismo sector).

Por su parte, a *nivel local* la situación se complica puesto que existe una aparente duplicidad entre la coordinación que pueda efectuar el Comité Municipal y el Comité Comunal o Local, puesto que ambos tienen un alcance cantonal. Los diferencia su integración como órganos colegiados, pero no sus funciones, las que se ejecutan sobre el mismo ámbito territorial.

Los Comités Institucionales son instancias de coordinación a nivel interno, por eso de tipo *intra-administrativo*.

A pesar de las críticas anteriores, se puede extraer de la regulación poco clara de la Ley No. 8488 y su Reglamento que la *coordinación* es la función esencial que justifica la creación y funcionamiento del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo. El problema no reside en la función de coordinación, sino en la estructura altamente compleja y poco ordenada del Sistema.

La intención es establecer *relaciones de coordinación* entre la Comisión Nacional de Emergencias y otras (1) instituciones públicas, así como con (2) actores del sector privado y la (3) sociedad civil. La intención pareciera ser la de establecer dos niveles de *coordinación*, uno *interno* y otro *externo*. El *interno* se refiere a lo que el Diagrama anterior denomina como *ámbito administrativo*, es decir, la incorporación de las directrices de gestión del riesgo de desastres (sean medidas ordinarias o extraordinarias) a la actividad normal de cada institución, o sea, una articulación plena de la gestión del riesgo con la actividad del sector público.

Mientras que la *coordinación externa* es más de tipo operativo y consiste en la implementación de las medidas ordinarias y extraordinarias a diferentes niveles territoriales, el propósito de esta coordinación no es ya articular la gestión de riesgo con la actividad ordinaria del sector público, sino coordinar acciones materiales de diversos actores (públicos y privados) para hacer efectivas las medidas de gestión del riesgo ordenadas.



De manera simplificada, la *coordinación interna* tiene como propósito *articular* la función de gestión del riesgo de desastres con la función pública ordinaria del resto del sector público, mientras que la *externa* tiene como objetivo la *efectiva implementación* de las medidas de gestión del riesgo de desastres ordenadas.

Esta distinción no fue canalizada de manera eficiente por la regulación legal ni reglamentaria, por lo que el esquema actual de organización del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo, presenta una alta yuxtaposición de estructuras orgánicas y duplicidad de funciones, lo cual torna en poco operativo y muy burocrático el esfuerzo de coordinación.

El *principio de coordinación administrativa*, tal y como lo define la Ley No. 8488, implica que las acciones de diversos órganos y entes de Derecho Público (sin especiales relaciones de jerarquía, dirección, control previo o posterior) están unidas por un elemento (espacio, tiempo, fin, función, entre otros), por tanto, estas acciones confluyen para procurar el cumplimiento de ese objetivo común.

Este principio presupone un objetivo que además de ser común, es transversal a las atribuciones legamente establecidas al órgano o ente de que se trate. De esta manera, la gestión de ese objetivo no le incumbe a un solo órgano o ente, sino a una pluralidad de éstos, por ende, la gestión no puede ser unilateral, sino en cooperación con los otros órganos y entes involucrados. Quiere decir que el ejercicio de potestades públicas debe ser conjunto, *so pena* de incurrir en duplicidades, yuxtaposición de funciones, actuaciones contradictorias, entre otros vicios.

**c.3.- Modo.** La potestad de *gestión del riesgo de desastres* (objeto) deber ser ejercida por el órgano rector y las instancias coordinadoras (sujetos) a través de determinados *mecanismos o instrumentos* (modo). La Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, a partir de su artículo 1 insta un régimen jurídico marco de los *mecanismos de gestión del riesgo de desastres*, al establecer las *acciones ordinarias* y las *acciones extraordinarias* a las que el Estado (Comisión Nacional de Emergencias) está obligado a cumplir.

La *actividad ordinaria* se enmarca en la *gestión o gobernanza del riesgo* propiamente, es decir, en (...) *reducir las causas de las pérdidas de vidas y las consecuencias sociales, económicas y ambientales, inducidas por los factores de riesgo de origen natural y antrópico* (...) (artículo 1 de la Ley No. 8488). El artículo 14 agrega que las *actividades ordinarias* están referidas a *“la prevención de riesgos y a los preparativos para atender situaciones de emergencia”*.

Por su parte, la *actividad extraordinaria* está reservada a los casos de *estado de emergencia* (artículos 1 y 4 de la Ley No. 8488), para lo cual el ordenamiento jurídico proporciona un régimen jurídico de excepción que consiste en general en la realización de *“(...) procedimientos*

excepcionales, expeditos y simplificados dentro del régimen de administración y disposición de fondos y bienes” (artículo 4 de la Ley No. 8488).

A partir de este régimen jurídico marco (actividad ordinaria y extraordinaria), se pueden enumerar, sin exhaustividad, los principales *mecanismos o instrumentos jurídicos* establecidos por la Ley No. 8488 para cada tipo de actividad:

**Cuadro No. 13**

Instrumentos o mecanismos jurídicos establecidos por la Ley No. 8488 para la gestión del riesgo de desastres

		<b>Mecanismo o instrumento jurídico</b>	<b>Artículos</b>
		<b>a.- Gestión o gobernanza del riesgo</b>	<i>Actividad ordinaria</i>
Plan Nacional de Gestión del Riesgo	1, 2, 7, 8, 18 inciso b) y k), 26, 45		
Programas de educación, capacitación y divulgación	5, 7, 8, 9, 10 inciso f), 11, 14 incisos b), e) y l), 25, 26.		
Planes prevención de riesgos	12		
Potestad de gestión del riesgo (resoluciones administrativas vinculantes)	3, 7, 14 incisos c), d), e).		
Función asesora	14 inciso h).		
Solicitud u ofrecimiento de ayuda internacional	14 incisos l) y m), 48.		
<b>b.- Atención de emergencias y de desastres</b>	<i>Actividad extraordinaria</i>	Declaratoria de Emergencia (atención de emergencias y de desastres)	4, 15 incisos a), b), c), 18 inciso c), 29, 30,31, 32, 33, 37.
		Plan General de la Emergencia	15 inciso a), 20 inciso g), 33, 38, 39, 40 y 41.
		Unidades Ejecutoras	15 inciso e), 18 inciso h).
		Contratación administrativa por excepción (contratación de personal, servicios y compra de bienes)	4, 14 inciso j), 15 inciso f), 30, 31, 32, 39, 42.
		Expropiaciones	35
		Servidumbres, derechos y acciones reales	36

			Potestad de control y fiscalización	1, 2, 4, 15 inciso a), 17 <i>in fine</i> , 20 inciso h), sub-inciso 2), 27, 29, 31, 41, 48, 50, 51, 52.
--	--	--	-------------------------------------	---

**Fuente:** elaboración propia (2019) a partir de la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, Ley No. 8488.

### c.3.1.- Instrumentos jurídicos de actividad ordinaria

**i.- Política Nacional, Plan Nacional de Gestión del Riesgo, Programas de educación, capacitación y divulgación y Planes de Prevención de Riesgos.** El artículo 5 de la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo establece que:

*La **política** de gestión del riesgo constituye un eje transversal de la labor del Estado Costarricense; **articula** los instrumentos, los programas y los recursos públicos en acciones ordinarias y extraordinarias, institucionales y sectoriales, orientadas a **evitar la ocurrencia de los desastres y la atención de las emergencias en todas sus fases**.*

***Toda política** de desarrollo del país debe incorporar tanto los elementos necesarios para un diagnóstico adecuado del riesgo y de la susceptibilidad al impacto de los desastres, así como los ejes de gestión que permitan su control (Negrita y subrayado son suplidos).*

En los niveles de gestión y operativo, la Ley No. 8488 establece la *planificación estratégica* como la técnica que impulsa a la función pública de *gestión del riesgo*, tanto como en la parte operativa a implementar medidas de *atención de emergencias y desastres*. En ese sentido, remítase a lo expuesto en el apartado b) del Capítulo Segundo de este trabajo, sobre el concepto de *planificación*.

La *planificación estratégica* establecida por la Ley No. 8488 está construida sobre un *criterio espacial*, pero contrario al *criterio espacial* empleado por la Ley de Planificación Urbana. Entonces, a diferencia la *potestad de planificación urbana*, que se ejerce a partir de la distribución espacial de competencias (descentralización), la *planificación* y la *potestad de la gestión del riesgo de desastres* es *central* (nacional).

Esta distinción es esencial, considerando que el proceso de *planificación estratégica* como el ejercicio de la *potestad* de gestión del riesgo de desastres se desarrollan en diferentes niveles territoriales, pero no existe para cada nivel territorial una *estructura orgánica* correlativa, esto es, como se dijo, porque no se trata de una descentralización de competencias.

Los instrumentos de planificación están concebidos para formularse a nivel nacional, aun cuando su ejecución sea a nivel sub-nacional (regional, provincial, cantonal, distrital, por ejemplo). Al respecto, el artículo 5 de la Ley No. 8488 señala: “La Política Nacional del Riesgo constituye un eje transversal de la labor del Estado Costarricense (...)”, más adelante esta misma norma agrega “Toda política de desarrollo del país, debe incorporar (...)”.

El artículo 6 del mismo cuerpo normativo dispone como propósito del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo promover y ejecutar los lineamientos de política pública “(...) que permiten tanto al Estado costarricense como a los distintos sectores de la actividad nacional, incorporar el concepto de gestión del riesgo como eje transversal de la planificación y de las prácticas del desarrollo” (Todo el subrayado es suplido).

La relación existente entre uno u otro instrumento de planificación, no es según un criterio territorial, sino material, según su contenido, por lo que se encuentra establecida *en cascada*. Es decir, los lineamientos de *planificación estratégica* en materia de gestión del riesgo de desastres están establecidos de lo general (nivel político) a lo específico (nivel operativo), siendo que el nivel general influencia el contenido del nivel específico.

La *planificación estratégica* en materia de gestión del riesgo de desastres no emplea instrumentos normativos, ni tampoco se organizan conforme al principio de jerarquía de las fuentes normativas del Derecho. Los instrumentos de planificación estratégica se organizan de la siguiente manera:

**Cuadro No. 14**

Organización de los instrumentos de planificación estratégica en materia de gestión del riesgo de desastres

	<b>Instrumento</b>	<b>Nivel espacial</b>
<b>ÁMBITO DE GESTIÓN</b>	Política Nacional del Riesgo	Nacional
	Plan Nacional de Gestión del Riesgo	Nacional
	Programas de educación, capacitación y divulgación	Nacional
<b>ÁMBITO OPERATIVO</b>	Planes prevención y atención de emergencias	<i>Ad-hoc</i>
	Plan General de la Emergencia	Según declaratoria de emergencia

Fuente: Elaboración propia, 2019.

Considerando que la *planificación estratégica* y el ejercicio de la potestad de *gestión del riesgo de desastres* se desarrollan por regla a nivel nacional, se advierte la siguiente pregunta: ¿cómo se implementan a nivel sub-nacional?

La respuesta se encuentra en la misma Ley No. 8488, aunque su puesta en práctica no sea del todo sencilla. La implementación a nivel sub-nacional está a cargo del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo, que como se ve anteriormente, está regido por la Comisión Nacional de Emergencias (nivel central).

A pesar de su alta complejidad, el funcionamiento de este Sistema se encuentra regido por *relaciones de coordinación* a dos niveles, sea el *interno* y el *externo*, niveles en los cuales se implementa en el ámbito sub-nacional la *planificación* y la *potestad de gestión del riesgo de desastres*.

El *nivel de coordinación interno* está referido al ámbito administrativo, que en este caso corresponde al eje transversal de planificación estratégica, por medio del cual se articulan las políticas y lineamientos de la gestión del riesgo de desastres, con la actividad ordinaria del sector público. Por su parte, *el nivel de coordinación externo* está referido al ámbito operativo, en el que se realiza la ejecución material de las medidas ordinarias y extraordinarias de gestión del riesgo a diferentes niveles territoriales.

Aclarado lo anterior, corresponde explicar de manera resumida el contenido de cada uno de estos instrumentos. La *Política Nacional de Gestión del Riesgo*<sup>222</sup> debe emitir una serie de pautas generales que orienten la formulación del resto de instrumentos, esas pautas pueden considerar la priorización de los riesgos, amenazas, vulnerabilidades, la priorización de zonas de intervención, la priorización en la distribución de recursos, el énfasis en el enfoque de gestión (sea preventivo o correctivo), establecimiento de principios orientadores de la gestión, fijación de sectores y ejes temáticos, entre otros aspectos. La *Política* constituye un instrumento más axiológico que operativo, precisamente por que su propósito es articular sobre un mismo eje todos sus componentes, lo cual se evidencia en la literalidad del artículo 5 de la Ley No. 8488, al calificarla como “eje transversal”.

Por su parte, el *Plan Nacional de Gestión del Riesgo*<sup>223</sup> es un instrumento general de gestión cuya implementación permite la ejecución material de medidas de una manera ordenada en ejes temáticos estratégicos, en tiempo y lugar. El artículo 7 de la Ley No. 8488 señala que el

---

<sup>222</sup> Política Nacional de Gestión del Riesgo 2016-2030, oficializada mediante Decreto Ejecutivo No. 39322 del 15 de octubre del 2015. Publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 232 del 30 de octubre del 2015. Disponible en: <[http://www.pgrweb.go.cr/docsdescargar/Normas/No%20DE-39322/Version1/POLÍTICA\\_NACIONAL\\_GESTIÓN\\_RIESGO.pdf](http://www.pgrweb.go.cr/docsdescargar/Normas/No%20DE-39322/Version1/POLÍTICA_NACIONAL_GESTIÓN_RIESGO.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>223</sup> Comisión Nacional de Emergencias. (2016) *Plan Nacional de Gestión del Riesgo 2016-2020*. Aprobado mediante acuerdo No. 041-03-2016 de sesión ordinaria No. 04-03-16 del 2 de marzo del 2016. Disponible en: <<https://drive.google.com/open?id=0ByA2trMWnTn4d2tycTdsZmVyclU>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

*Plan* tiene como propósito “(...) la aplicación de la Política (...)”, por tanto su contenido incluye “(...) la delimitación de competencias institucionales, la asignación de recursos, la organización y los mecanismos de verificación y control”. Ese mismo artículo califica al *Plan* como un instrumento de “planificación estratégica”, por lo que su contenido debe estructurarse, en general, mediante el establecimiento de fines, objetivos, metas e indicadores, siempre bajo la orientación de la *Política*.

El *Plan* es un instrumento de suma importancia para la elaboración de otros instrumentos, como pueden ser: el *Plan Anual Operativo* de la Comisión Nacional de Emergencias, los *Programas de educación, capacitación y divulgación*, los *Planes de prevención y atención de emergencias*, el *Plan General de la Emergencia*, los *Planes de inversión* en estado declarado de emergencia nacional.

Por mandato expreso del artículo 8 de la Ley No. 8488, el contenido del *Plan Nacional de Gestión del Riesgo* (fines, objetivos, metas e indicadores) debe articularse con el resto de instrumentos de planificación del sector público, de modo que el cumplimiento de esos fines, objetivos y metas sea parte de la labor ordinaria de todo el sector público. Esta norma establece: “Los órganos y entes del Estado, responsables de las tareas de planificación, a la hora de elaborar los respectivos planes tomarán en cuenta las orientaciones señaladas en el *Plan Nacional de Gestión del Riesgo*”.

Más importante aun, para efectos de este trabajo, es la obligación legal de articular los planes, programas y proyectos de desarrollo urbano con los lineamientos del *Plan Nacional de Gestión del Riesgo* (artículo 7 *in fine* de la Ley No. 8488).

Por su parte, los *Programas* se encuentran a un nivel más específico del proceso de planificación, corresponden a instrumentos que establecen estrategias, como conjunto de pasos a seguir para la concreción de uno o varios objetivos establecidos en el *Plan*<sup>224</sup>. De acuerdo con la Ley No. 8488, estos *programas* o *proyectos* están orientados a un *enfoque preventivo*, en particular a implementar acciones en el ámbito de la *percepción y comunicación del riesgo*, sin perjuicio de algún otro eje temático concreto.

El artículo 11 de la Ley No. 8488 establece que “la Comisión deberá contar con programas permanentes para la promoción, el fomento y la capacitación de las instancias de coordinación (...)”. El artículo 14 inciso b) de esa Ley establece como competencia de la Comisión Nacional de Emergencias realizar la siguiente actividad ordinaria: “realizar la promoción temática, por medio de programas permanentes de educación y divulgación”. Por su parte, el inciso f) de ese mismo artículo dispone el deber de promover y apoyar “estudios e investigaciones” sobre la gestión del riesgo de desastres.

---

<sup>224</sup> Matus Romo, Carlos. (1988) *Estrategia y plan*. 8ª Ed. México D.F.: Siglo XXI Editores S.A.: p. 111.

Estos primeros tres instrumentos (política, plan y programa) se ubican dentro del nivel de gestión, deben ser formulados, ejecutados y supervisados por parte de la Comisión Nacional de Emergencias, pero su implementación se realiza en coordinación con el resto del sector público.

Los *Planes de prevención y atención de emergencias*<sup>225</sup> se ubican a nivel operativo. Este instrumento está establecido en el artículo 12 de la Ley No. 8488 y su propósito es establecer una “estructura de coordinación” y “procedimientos” para la organización y realización de eventos públicos masivos, los cuales deben ser realizados por aquellas personas físicas, jurídicas, públicas o privadas que los promuevan, así como la elaboración de planes de emergencia en centros de trabajo. Este es, quizás, el mejor instrumento para la incorporación voluntaria del componente de gestión del riesgo de desastres en los diversos actores del sector público y privado.

Según el párrafo segundo del artículo 12 de la Ley No. 8488, “*los alcances de los planes de prevención y atención de emergencias serán definidos, mediante decreto ejecutivo (...)*”. Se trata de una potestad cuasi-normativa. En todo caso, debe considerarse que el imperativo legal recae sobre la elaboración de los planes, mientras que los lineamientos parte de su contenido, constituyen, más bien, *normas técnicas*, cuya eficacia jurídica está justificada por la delegación efectuada por la Ley No. 8488 en el artículo de comentario.

Si bien las normas técnicas para la elaboración de estos *Planes* están publicadas en un Decreto Ejecutivo, lo cierto es que su carácter normativo no es del todo claro. La Procuraduría General de la República tiene la oportunidad de referirse al tema, sin embargo, el criterio emitido no es suficientemente detallado sobre la naturaleza normativa de estos *Planes*.

La consulta al órgano asesor es realizada por la Comisión Nacional de Emergencias a raíz de una serie de dudas derivadas de la desaparición del Departamento de Educación y Capacitación de la Comisión. Según el criterio de la CNE “*los programas de educación, información, divulgación y capacitación deben ser dirigidos e impulsados directamente por la CNE y tener como destinatarios a todas las instancias de la población*” (Subrayado es suplido). A partir de ese parecer surge la duda de si la Comisión está obligada por mandato de la Ley No. 8488 a capacitar a las instituciones y los distintos grupos de la sociedad para la elaboración de los planes de emergencias.

---

<sup>225</sup> Ver: Normas de planes de preparativos y respuesta ante emergencias para centros laborales o de ocupación pública, Decreto Ejecutivo No. 39502 del 10 de octubre del 2015, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 48 del 9 de marzo del 2016. Disponible en: <[https://www.cne.go.cr/preparativos\\_respuestas/documentos/manuales\\_procedimientos/Norma\\_Planes\\_Preparativos\\_y\\_Respuesta\\_final.pdf](https://www.cne.go.cr/preparativos_respuestas/documentos/manuales_procedimientos/Norma_Planes_Preparativos_y_Respuesta_final.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

El criterio de la Procuraduría General de la República, en lo conducente, señala que:

*Volviendo al inciso b) del artículo 14, la labor que la Ley exige a la Comisión es la elaboración de programas de educación y divulgación. Programas que podrían tener como contenido la elaboración de planes de prevención por parte de organizaciones públicas y privadas. Estos planes están previstos en el artículo 12 de la Ley 8488, que dispone: (...) Se establece la obligación de los patronos y responsables de centros de trabajo o bien de quienes organicen actos con asistencia masiva de elaborar un plan de prevención y atención de emergencias. Para lo cual, al interno de esos centros u organizaciones se puede establecer una estructura interna encargada de coordinar los procedimientos para dicha prevención o atención. Nótese que la Ley remite al reglamento ejecutivo para que determine el contenido de los planes de prevención y atención de emergencias, los cuales deben ser tomados en cuenta por los distintos organismos públicos competentes para otorgar permisos de funcionamiento y de acreditación. Empero, lo anterior no puede llevar a considerar que la Comisión esté obligada a participar, asesorando, en la elaboración de cada uno de esos planes de prevención que las distintas organizaciones realicen o que deba impartir una capacitación a cada organización que lo solicite. Así como tampoco que esté obligada a establecer programas de entrenamiento para la protección ante situaciones de riesgo, dirigidas a toda la población, independientemente de cómo se organice. Función esta última que podría ser más atinente de los comités municipales o comunales. Recordemos que el propio artículo 14 de la Ley atribuye a las municipalidades la responsabilidad de fomentar la organización de la población para reducir la vulnerabilidad a que puede verse enfrentada<sup>226</sup> (Subrayado es suplido).*

Cobra relevancia el hecho de que la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Emergencias haya emitido mediante acuerdo No. 224 tomado en sesión ordinaria No. 11-10-15 del 7 de octubre del 2015 el siguiente instrumento: *Norma de planes preparativos y de respuesta ante emergencias para centros laborales o de ocupación pública*. Este documento, según lo establecido en el artículo 12 de la Ley No 8488, es oficializado mediante el Decreto Ejecutivo No. 39502 del 10 de octubre del 2015, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 48 del 9 de marzo del 2016.

---

<sup>226</sup> Procuraduría General de la República. Dictamen No. C-213-2014 del 1 de julio del 2014.



El artículo 5 del Decreto Ejecutivo de oficialización define el campo de aplicación de la norma, el cual cubre a “todos los centros laborales y de ocupación pública”. Por su parte, el artículo 6 del mismo Decreto establece la obligación de que las instituciones públicas ejecuten la Norma y el deber de incluir “*en sus planes operativos anuales, las acciones necesarias para implementar (...)*” la Norma. El párrafo tercero de este artículo 6 agrega:

*A partir de la publicación de esta norma, los planes preparativos y de respuesta, o los planes de atención de emergencias que soliciten las instituciones del estado costarricense a cualquier organización, **deberán ajustarse al contenido normativo de este documento.** Por ello, todas las instituciones del estado costarricense, deberán adaptar las solicitudes de requisitos de planes preparativos y de respuesta, al contenido de esta norma. (Negrita es suplida)*

De ello parece desprenderse que la Norma, aun cuando sea técnica, está revestida de eficacia jurídica, por tratarse de un imperativo legal, aunque desarrollado reglamentariamente. Adicionalmente a lo anterior, esta Norma, además de oficializarse vía decreto ejecutivo, constituye una *reglamentación técnica* según lo estipula la Ley del Sistema Nacional para la Calidad, Ley No. 8279 del 2 de mayo del 2002.

Esta Norma está identificada bajo el código No. CNE-NA-INTE-DN 1:2015, lo cual implica que fue un producto derivado del proceso de normalización técnica, supervisado por el Instituto Costarricense de Normas Técnicas (INTECO) que a su vez es el Ente Nacional de Normalización, según los artículos 45 y Transitorio III de la Ley N0. 8279. Sin embargo, llama la atención que las *normas técnicas* de este tipo son voluntarias, según lo estipula el artículo 44 de la Ley No. 8279.

Finalmente, el último instrumento por analizar es el *Plan General de la Emergencia*. Este tiene la particularidad de que solo aplica en estados de emergencia declarados, pero siempre debe ser acorde con los lineamientos de la *Política y Plan* nacional de gestión del riesgo. Este instrumento se detalla más adelante y de manera separada, por su importancia.

**ii.- Potestad de gestión del riesgo (resoluciones administrativas vinculantes).** Las *resoluciones vinculantes* son el producto más importante del ejercicio de la *potestad de gestión del riesgo*, que no es lo mismo que lo que aquí se denomina como *potestad de gestión del riesgo de desastres* (que incluye la atención de emergencias y desastres).

En este trabajo se denomina *potestad de gestión del riesgo* al poder público emanado de diferentes formas jurídicas (resoluciones administrativas, actuaciones materiales, medidas cautelares, entre otras manifestaciones formales y materiales) por parte de la Comisión Nacional de Emergencias, en el marco de su *actividad ordinaria* para la prevención del riesgo de desastres. Esta denominación no es adoptada por la Ley No. 8488; sin embargo, en este

apartado, se pretende puntualizar el contenido y alcances de esta *potestad* a partir de la figura de las *resoluciones vinculantes*, conforme a las normas contenidas en esa Ley. Se aclara que estas *resoluciones* no son las únicas manifestaciones del ejercicio de dicha *potestad*.

La *potestad* es una situación jurídica activa que le confiere a su titular la capacidad suficiente para hacer o no hacer determinada cosa, por ello se ubica dentro de lo que se conoce como *situaciones de poder*. En el ámbito público, la *potestad* viene atribuida de manera genérica por norma de rango legal (principios de reserva legal y de legalidad administrativa). Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández explican que la *potestad administrativa* “no genera relación jurídica alguna (...) sino que procede directamente del ordenamiento”<sup>227</sup>.

Esta nota característica de la *potestad* implica que puede manifestarse de manera concreta en multiplicidad de formas, es decir, no solamente como acto administrativo, sino que puede adoptar forma de silencio negativo, actuaciones materiales, actuaciones concertadas, entre otras. Correlativamente, se habla de un estado de *sujeción general* como una situación pasiva potencial de quedar sujeto a una *potestad*. Esto quiere decir que la *sujeción especial* es cuando se ejerce la *potestad* y esta se manifiesta de manera concreta a través de un acto administrativo, por ejemplo, que le concede o deniega algo a un administrado (en *sujeción especial*). Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández continúan explicando que la *potestad* “(...) no recae sobre ningún objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas (...)”<sup>228</sup>.

Precisamente, esa habilitación o apoderamiento genérico es lo que la Ley No. 8488 efectúa al regular la *actividad ordinaria* y la *actividad extraordinaria* e instituir las como un régimen jurídico de la *potestad general de gestión del riesgo de desastres*, de donde se deriva la *potestad de gestión del riesgo per se*. Obsérvese lo dispuesto en el artículo 2 párrafo segundo de esa Ley, al señalar que la finalidad de las normas legales es “conferir un marco jurídico ágil y eficaz”, para garantizar dos objetivos “la reducción de las causas del riesgo” (*potestad de gestión del riesgo propiamente dicha*) y “el manejo oportuno, coordinado y eficiente de las situaciones de emergencia” (*atención de emergencias y desastres*).

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández agregan que la *potestad administrativa* “(...) no consiste en una pretensión particular, sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, de donde eventualmente pueden surgir, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares”<sup>229</sup>. En ese sentido, la *potestad de gestión del riesgo* se encuentra justificada en el mismo valor que entraña el concepto de

---

<sup>227</sup> García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón. (2000) *Curso de Derecho Administrativo I*. 10ª Ed. Madrid: Editorial Cívitas: p. 441.

<sup>228</sup> Id., p. 441.

<sup>229</sup> Id., p. 442.

*riesgo*, es decir, en la *evitabilidad de lo no deseado*. Por eso, la Ley No. 8488 establece en su artículo 3 el *principio de prevención* que consiste en una:

*Acción anticipada para procurar reducir la vulnerabilidad, así como las medidas tomadas para evitar o mitigar los impactos de eventos peligrosos o desastres; por su misma condición estas acciones o medidas son de interés público y de cumplimiento obligatorio* (Subrayado es suplido).

La *actividad ordinaria* es el contenido genérico de la *potestad de gestión del riesgo*, considerando que se encuentra orientada a *prevenir* la ocurrencia de un fenómeno de *riesgo de desastres*. Ese *enfoque preventivo o prospectivo de gestión del riesgo de desastres* implica, además de evitar en lo posible la ocurrencia de un fenómeno de riesgo, preparar las condiciones para que ante la inminencia del fenómeno (agotadas las medidas anticipatorias) el impacto sea el menor, es decir, intensificar la eficacia de las medidas de mitigación. El *enfoque correctivo o compensatorio* es consecuente del preventivo, por lo menos en una visión integral.

Por paridad de razón, este principio de prevención es el que justifica el ejercicio de la potestad de gestión del riesgo a través de la emisión de *resoluciones vinculantes*. Esto es así debido a que el sistema normativo crea la ficción jurídica de garantizar la seguridad y el orden público mediante la emisión de medidas preventivas, que en realidad gestionan el riesgo y no garantizar una seguridad plena, la cual es inalcanzable como tal. Por esta razón, el artículo 3, al definir el principio en mención, establece al final: “*estas acciones o medidas son de interés público y de cumplimiento obligatorio* (Subrayado es suplido)”.

Dentro del elenco de acciones o medidas que son contenido de la *potestad*, como habilitación general, se encuentra el instrumento denominado por la Ley No. 8488 como *resoluciones vinculantes*. Según el artículo 14 inciso c) estas tienen como propósito “(...) *orientar las acciones de regulación y control [del riesgo] para su eficaz prevención y manejo, que regulen o dispongan su efectivo cumplimiento por parte de las instituciones del Estado*”.

Se trata de actos administrativos con alto grado de vinculatoriedad, sin ser por ello de tipo normativo, ya que la Ley No. 8488 no le atribuye a la Comisión Nacional de Emergencias una potestad normativa, sino una potestad de control del riesgo *ex ante*. Las *resoluciones vinculantes* deben ser emitidas por la Junta Directiva de la Comisión, según lo dispone el artículo 18 inciso i) de la Ley No. 8488.

Esta función de control está detallada en los incisos d) y e) del artículo 14 de la Ley No. 8488. En lo que interesa, la *potestad de gestión del riesgo* implica “*ejercer control sobre la función reguladora realizada por las instituciones del Estado*”, esto es en el ámbito de competencias de la Comisión Nacional de Emergencias, por lo que el *objeto de control* no

puede ser otro que *el riesgo de desastres* y, en los términos de la Ley, “(...) *los procesos generadores de riesgo (...)*”. Ese *control* se manifiesta de manera concreta mediante las *resoluciones vinculantes*.

Por su parte, el inciso e) de la misma norma en análisis señala que, la *actividad ordinaria*, que es a su vez contenido genérico de la *potestad de gestión del riesgo*, además implica ejercer una “*función permanente de control*”, esta vez, ya no sobre el *fenómeno de riesgo de desastres* en sí, sino sobre los “*órganos y entes del Estado*”, esto es para garantizar el principio de coordinación administrativa y que planificación estratégica en materia de gestión del riesgo de desastres sea eficiente, eficaz y efectiva en la actividad ordinaria del sector público. El *objeto de control* es en este caso la *función administrativa* en general, pero, únicamente para verificar la inclusión de “*criterios de gestión del riesgo, en la planificación y ejecución de los planes, programas y proyectos que promuevan el desarrollo del país*”.

La jurisprudencia constitucional reconoce estas competencias de la Comisión Nacional de Emergencias, al respecto señala:

*(...) la Sala ha definido que la prevención de situaciones peligrosas para las personas y bienes, así como la atención de emergencias, son aspectos que inciden directamente en el pleno disfrute de derechos de rango constitucional, como la vida, la salud, la propiedad y el ambiente. La atención de esa materia debe estar coordinada por dependencias especializadas, cuyas decisiones y actuaciones se funden en criterios técnicos. Precisamente, por mandato legal, le atañe a la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias dicha función de coordinación, la cual, sin embargo, se puede extender a la emisión de resoluciones vinculantes e incluso al ejercicio de un deber de control permanente (Subrayado es suplido) <sup>230</sup>.*

Las *resoluciones vinculantes*, como manifestación concreta de la *potestad de gestión del riesgo*, ejercen, en general, una *función de policía* y una *función de control*. La *función de policía* está referida a la gestión o gobernanza de los *fenómenos de riesgo de desastres*, previo a su ocurrencia. Mientras que *la función de control* está referida a la *función administrativa* de todo el sector público, para verificar que el componente de gestión del riesgo esté presente de manera transversal.

---

<sup>230</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 4283 del 27 de marzo del 2015. Ver además de la misma Sala: Sentencia No. 12730 del 28 de julio del 2010. Sentencia No. 8675 del 1 de julio del 2005. Sentencia No. 11928 del 9 de julio del 2010. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accedido el: 14 de octubre del 2018.

Estas conclusiones no son evidentes en la letra de las normas, pero si se considera lo indicado en el inciso c) del artículo 14 de la Ley No. 8488, es posible ofrecer una interpretación más completa, a saber:

*Artículo 14.-Competencias ordinarias de prevención de la comisión. La Comisión será la entidad rectora en lo que se refiera a la prevención de riesgos y a los preparativos para atender situaciones de emergencia. Deberá cumplir las siguientes competencias: (...) c) Dictar **resoluciones vinculantes** (1) sobre situaciones de riesgo, desastre y peligro inminente, basadas en criterios técnicos y científicos, tendientes a orientar las acciones de regulación y control para su eficaz prevención y manejo, || (2) que regulen o dispongan su efectivo cumplimiento por parte de las instituciones del Estado, el sector privado y la población en general. (Negrita subrayado, números entre paréntesis y doble barra vertical son suplidos)*

Los números entre paréntesis evidencian los dos grandes supuestos de hecho en los que la norma permite la emisión de *resoluciones vinculantes*, sea para la *función de policía* respecto de *situaciones de riesgo*, o bien, para la *función de control* de las acciones de cumplimiento (función administrativa) por parte de las instituciones del Estado.

La **función de policía** es en sí misma una manifestación del poder del Estado para incidir de manera coactiva sobre la esfera de libertad de los ciudadanos, esto en aras de garantizar el *orden público*. Entiéndase por *orden público* aquella definición de André Hauriou, es decir, “el orden material y exterior” un “estado de hecho opuesto al desorden”<sup>231</sup> y <sup>232</sup>. Según Fernando Garrido Falla, la *función de policía* es la actividad en virtud de la cual la Administración Pública ejerce “(...) *sus propias potestades que, para garantizar el mantenimiento del orden público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos*”<sup>233</sup>.

---

<sup>231</sup> Hauriou, Maurice parafraseado por Garrido Falla, Fernando. (1953) “Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 11 (11- 31): p. 16. Disponible en: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&I DN=11&IDA=21773>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Ver en el mismo sentido: Nieto, Alejandro. (1976) “Algunas precisiones sobre el concepto de policía”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 81 (35-75). Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1098617.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>232</sup> Sobre la definición de “orden público” ver las siguientes sentencias: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 401 del 20 de febrero de 1991. Sentencia No. 1441 del 2 de junio de 1992. Sentencia No. 6579 del 9 de noviembre de 1994. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Sentencia No. 172 del 8 de octubre del 2015. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018. A mayor detalle consultar: Acedo Penco, Ángel. (1997) “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia”. En: *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, No. 14-15 (323-392). Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/119367.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>233</sup> Garrido Falla, Fernando. (1959) “Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 28 (11-50): p. 12. Disponible en: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&I DN=28&IDA=22055>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 14 inciso c) de la Ley No. 8488, las *resoluciones vinculantes* pueden establecer relaciones de sujeción especial tanto con sujetos de derecho privado, como de derecho público. Esta afirmación tiene sustento legal si se considera que la literalidad de la norma establece la posibilidad de “*dictar resoluciones vinculantes sobre situaciones de riesgo, desastre y peligro inminente*”, para “*orientar las acciones de regulación y control para su eficaz prevención y manejo*”, de modo que éstas medidas “*regulen o dispongan su efectivo cumplimiento*” por parte de: (a) instituciones del Estado, (b) sector privado y (3) la población en general.

Sin embargo, parece ser que la jurisprudencia consultada, tanto constitucional como contencioso-administrativa, no aborda con suficiente detalle los alcances de las *resoluciones vinculantes*, ya que las sentencias consultadas refieren que estas resoluciones deben ser ejecutadas por las Administraciones Públicas sobre las que reacen, de conformidad con lo que también establece la norma en análisis, al señalar “*los funcionarios de los órganos y entes competentes para ejecutar o implementar tales resoluciones vinculantes, en ningún caso, podrán desaplicarlas*”.

Esta redacción da a entender que las *resoluciones vinculantes* solo podrían emitirse contra sujetos de derecho público; sin embargo, el criterio en este trabajo es que también pueden emitirse contra sujetos de derecho privado, si se considera la literalidad global de la norma, la naturaleza de las competencias de la Comisión Nacional de Emergencias y la función general de policía que esta realiza para el mantenimiento del orden público (gestión del riesgo y la seguridad).

Sobre esta tendencia interpretativa de la jurisprudencia, puede observarse el siguiente fragmento de una sentencia emitida por la Sala Constitucional: “*más allá de las generales competencias ordinarias de dictar resoluciones vinculantes para las instituciones del sector público en materia de prevención de riesgos, y de realizar acciones de vigilancia y observación de situaciones de riesgo (...)*” (Subrayado es suplido)<sup>234</sup>. Adicionalmente, la Sala Constitucional en la sentencia No. 11928 del 9 de julio del 2010, explica que las *resoluciones vinculantes* pueden establecer limitaciones sobre la propiedad privada, las cuales pueden ser ejecutadas en sí mismas, al respecto indica:

*(...) las limitaciones a la propiedad privada derivadas a raíz de las resoluciones emitidas por la Comisión Nacional de Emergencias, se originan en virtud de disposición de ley, de allí que no es cierto que la única forma de ejecutarlas sea a*

---

<sup>234</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 4283 del 27 de marzo del 2015. Ver además de la misma Sala: Sentencia No. 12730 del 28 de julio del 2010. Sentencia No. 8675 del 1 de julio del 2005. Sentencia No. 11928 del 9 de julio del 2010. Ver: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 112, del 9 de marzo del 2018. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accedido el: 14 de octubre del 2018.

través de un Plan Regulador, máxime que la Sala Constitucional confirma la obligatoriedad de su cumplimiento y le reconoce cierto nivel de constitucionalidad de las mismas. (...)<sup>235</sup> (Subrayado es suplido).

Si bien es cierto, la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa no es cuantiosa en esta materia y las sentencias existentes son en su mayoría muy generales, lo cierto es que las *resoluciones vinculantes* son actos administrativos, por lo que su régimen jurídico se encuentra en la Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227. Entonces, tomando en cuenta que en la Ley No. 8488 no existe una norma que expresamente impida a la Comisión Nacional de Emergencias emitir directamente *resoluciones vinculantes* contra sujetos de derecho privado, debe entenderse, por el contrario, que la habilitación es expresa y específica según la literalidad del inciso c) del artículo 14 de la Ley No. 8488. En cuanto a la ejecución directa de estas resoluciones por parte de la misma Comisión, considérese lo dispuesto en el artículo 146 inciso 1) de la Ley General de la Administración Pública que establece: “*la Administración tendrá potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los tribunales, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aun contra la voluntad o resistencia del obligado (...)*”. Claro está, esta ejecución directa es sin perjuicio del auxilio de otras instituciones, cuando la materialización de la medida desborde las competencias y recursos de la Comisión Nacional de Emergencias, en cuyo caso se impone como necesaria la *coordinación* de esfuerzos interinstitucionales.

Se reitera que la relación de sujeción especial creada por estas resoluciones no se establece con arreglo al tipo de sujeto (público, privado, físico o jurídico), sino con base en el interés público, por lo que si la actividad entraña un riesgo para el *orden público* (en este caso la seguridad), entonces se habilita la *función de policía*, con independencia de si la actividad riesgo es organizada por un sujeto de derecho público o privado.

Por tanto, el ejercicio de la *potestad de gestión del riesgo* a través de la emisión de *resoluciones vinculantes*, es un mecanismo jurídico coactivo que justifica la intervención administrativa, formal y material, en la esfera de libertad de los particulares para garantizar la seguridad (valor general), a través la gestión de los fenómenos de riesgo, de esta manera, la potestad de gestión del riesgo es una manifestación de la *función de policía*.

Por otro lado, la *potestad de gestión del riesgo* también constituye una **función de control**. Explica don Eduardo Ortiz Ortiz que hay *control* en general cuando un órgano o ente “(...) *tiene por misión establecer y declarar la conformidad de la conducta (acto o actividad) de otro a una*

---

<sup>235</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 11928 del 9 de julio del 2010. Ver: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 112, del 9 de marzo del 2018. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

*regla preestablecida, y, concomitantemente, adopta la conducta jurídicamente necesaria para impedir o hacer cesar la disconformidad, cuando existe*<sup>236</sup>.

La noción de *control* se define con arreglo a un criterio subjetivo y a otro objetivo. En cuanto al primero, la *relación de control* se establece entre órganos o entes (en cualquier combinación), esto es para “(...) *influir imperativamente sobre la conducta ajena* (...)”<sup>237</sup>. Respecto al segundo criterio, el objeto de control es un acto o actividad desplegada por el sujeto controlado, lo cual se realiza “(...) *a partir de un patrón de valoración, en el sentido favorable a la observancia de éste, sea para impedir la ‘irregularidad’, sea para lograr la ‘regularidad’*”<sup>238</sup>.

Por este motivo, la *función de control* que entraña la potestad de gestión del riesgo es inter-administrativa, en el sentido de que el sujeto de control es siempre otro órgano o ente subordinado al ordenamiento jurídico-administrativo. El control, tal y como se define acá, no es sobre *particulares*. Lo que define la *función de control* ejercida por la Comisión Nacional de Emergencias es el *objeto de control*, que a este nivel no es el fenómeno de riesgo, sino la función administrativa de planificación, es decir, que el resto del sector público incorpore en su planificación institucional criterios de gestión del riesgo.

Cuando el fenómeno de riesgo es creado, modificado o potenciado por una Administración Pública, la Comisión actúa no en su función de *control inter-administrativo*, sino en su *función de policía*, puesto que el objeto es distinto. Esta *función del control* se justifica en el principio de legalidad administrativa, en el sentido de que la función administrativa debe adecuarse al ordenamiento jurídico y aplicarlo, por ende, la inobservancia del deber establecido en la Ley No. 8488 de incorporar el componente de gestión del riesgo en la planificación institucional es una omisión sujeta a control por parte del Estado (CNE).

Por su parte, la jurisdicción contencioso-administrativa ha señalado que la función de control inter-administrativo ejercida por la Comisión mediante resoluciones vinculantes:

*(...) no lesiona la autonomía en materia administrativa de las instituciones descentralizadas o de otros entes del sector público, sino que además, el deber que se exige mediante dichas resoluciones no lo impone la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias, sino la propia Constitución Política*<sup>239</sup>.

---

<sup>236</sup> Ortiz Ortiz, Eduardo. (2017) *La Municipalidad en Costa Rica*. 2ª Ed. San José: Editorial Jurídica Continental: p. 529.

<sup>237</sup> *Ibidem*,. 529.

<sup>238</sup> *Id.*, p. 529.

<sup>239</sup> Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 112, del 9 de marzo del 2018. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.



El *control* nunca es para sustituir la función, sino para adecuarla a Derecho. La doctrina entiende que “(...) el control puede perseguir únicamente la regularidad del acto controlado, no los fines propios de este último, porque ello sería acción administrativa y no control”<sup>240</sup>. Entonces, cuando al Comisión Nacional de Emergencias emita una *resolución vinculante* en su *función de control*, el contenido de dicha resolución nunca puede sustituir las competencias de la Administración Pública bajo control, sino únicamente señalar que la omisión y actuación irregular no es acorde con la Ley No. 8488.

**iii.- Función asesora.** La *función asesora* de la Comisión Nacional de Emergencias adquiere un matiz especial cuando se incardina sobre la potestad de planificación urbana y ordenamiento territorial que ejercen las municipalidades. Esta *asesoría* no es necesariamente capacitación, por lo que no se trata de los programas de educación y capacitación antes expuestos. La *función asesora* entraña la emisión de dictámenes técnicos sobre las situaciones de riesgo.

En ese sentido, el artículo 14 inciso h) de la Ley No. 8488 establece como función ordinaria de la Comisión Nacional de Emergencias: “Asesorar a las municipalidades en cuanto al manejo de la información sobre las condiciones de riesgo que los afecta, como es el caso de la orientación para una política efectiva de uso de la tierra y del ordenamiento territorial”.

La literalidad de la norma en análisis no es de la misma fuerza que la norma que regula la resoluciones vinculantes. Por lo que la función de asesoría no es necesariamente vinculante, lo cual dependerá del contexto en el que se brinde. En todo caso, debe remitirse a lo dispuesto en el artículo 303 de la Ley General de la Administración Pública, que dispone: “Los dictámenes serán facultativos y no vinculantes, con las salvedades de ley”.

Sin embargo, existen normas generales del ordenamiento jurídico administrativo que intensifican el carácter de la asesoría. Considerando que el inciso h) del artículo 14 en análisis agrega que dicha asesoría “deberá contribuir a la elaboración de los planes reguladores, la adopción de medidas de control y el fomento de la organización (...)” para la gestión del riesgo, es claro que los criterios asesores en este contexto no son meras sugerencias, aun cuando no se traten de *resoluciones vinculantes* o del tipo de dictámenes jurídicos vinculantes que en ciertos supuestos emite la Procuraduría General de la República.

La norma en análisis es ambigua y no permite vislumbrar el verdadero alcance de la función asesora de la Comisión Nacional de Emergencia. Sin embargo, debe considerarse que al menos dos normas permiten aclarar la situación.

---

<sup>240</sup> Ortiz Ortiz, Eduardo. (2017) *La Municipalidad en Costa Rica*. 2ª Ed. San José: Editorial Jurídica Continental: p. 536.

En primer lugar, en atención a lo dispuesto en los artículos 16 y 158 inciso 4) de la Ley General de la Administración Pública y el principio de objetivación de la tutela ambiental, si la función asesora de la Comisión Nacional de Emergencias se manifiesta formalmente en informes o dictámenes técnicos que se solicitan expresamente por una municipalidad en el marco del proceso de planificación urbana, sea para analizar un panorama general (elaboración de mapas de amenazas o vulnerabilidades, por ejemplo) o un caso concreto (análisis de la situación de riesgo por un deslizamiento localizado en territorio cantonal, por ejemplo), entonces, tales informes deben ser acatados por la municipalidad solicitante en razón de emplear criterios técnicos.

En segundo lugar y siempre en el marco de lo anterior, si la municipalidad desea apartarse del criterio externado en el dictamen de la Comisión Nacional de Emergencias, debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 136 inciso c) de la Ley No. 6227 que dice: “*serán motivados con mención, sucinta al menos, de sus fundamentos: (...) c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos (...)*”. Esto es porque el dictamen fungiría como causa o concausa del contenido del acto administrativo municipal, al respecto remítase al artículo 227 inciso 1) de la Ley No. 6227. Así, el dictamen de la Comisión se constituiría como un acto administrativo de trámite y el acto administrativo municipal de control urbanístico un acto administrativo complejo.

Esto adquiere relevancia si se considera que la actuación de la municipalidad puede devenir nula e ilegal con base en el dictamen ignorado y objetado, según lo establecido en el artículo 199 inciso 3) de la Ley No. 6227 que dispone: “*Habrá ilegalidad manifiesta, entre otros casos, cuando la Administración se aparte de dictámenes u opiniones consultivos que pongan en evidencia la ilegalidad, si posteriormente se llegare a declarar la invalidez del acto por las razones invocadas por el dictamen*”.

Considerado lo anterior, es claro que la *función asesora* de la Comisión Nacional de Emergencias puede adquirir mayor eficacia siempre que, al menos, se encuentre en las siguientes condiciones: 1. La asesoría sea solicitada por una municipalidad en el marco del ejercicio concreto de la potestad de planificación urbana (sea en fase de *plan-proceso* o de implementación del *plan-producto*); 2. La asesoría sea brindada por la Comisión Nacional de Emergencias de manera formal, es decir, mediante la emisión de dictámenes o informes técnicos debidamente fundamentados y documentados; 3. Que el criterio técnico brindado sea fundamento de la decisión administrativa de la municipalidad consultante, de modo que se constituya como un acto de trámite previo al acto final; 4. Que no exista otro dictamen técnico emitido por una Administración Pública competente que contrarreste el informe brindado por la Comisión, basado en las mismas circunstancias (sujetos, objetos, circunstancias de tiempo, lugar y modos).

La jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa reconoce, en general, la función asesora de la Comisión Nacional de Emergencias, sin embargo, no con el detalle antes expuesto. En todo caso, interesa de manera particular el criterio externado por la Sala Constitucional en la sentencia No. 11928 del 9 de julio del 2010, a saber:

*(...) resulta particularmente relevante lo dispuesto en el inciso h) del artículo 14 de la ley, al definir que a la Comisión le compete brindar asesoría a las Municipalidades en cuanto al manejo de la información de riesgo, toda vez que es al ámbito municipal sobre quien recae en primera instancia la responsabilidad de enfrentar estas situaciones. Así, si ya desde el artículo 50 constitucional –según lo dicho en el considerando precedente- se reconoce la obligación de las municipalidades en materia ambiental, en directo desarrollo y conexidad con esta norma constitucional, la legislación de cita reconoce que las municipalidades tienen una alta dosis de responsabilidad y competencia en materia de prevención de riesgos y situaciones de emergencia, al definir que en ellas «recae en primera instancia la responsabilidad de enfrentar esta problemática». En este sentido, las municipalidades deben velar tanto por la protección ambiental en el espacio otorgado a su jurisdicción, como por la prevención de riesgos y situaciones de emergencia, pudiendo para ello recibir asesoría –asesoría que está obligada a brindar- por parte de la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias. (Subrayado es suplido)<sup>241</sup>*

La función asesora de la Comisión Nacional de Emergencias adquiere relevancia siempre en coordinación con la función administrativa propia de las municipalidades, quienes ejercen de manera preferente la potestad de planificación urbana.

**iv.- Solicitud y ofrecimiento de ayuda internacional.** De acuerdo con lo establecido en el artículo 14 incisos l) y m) de la Ley No. 8488, la Comisión, en el marco de la actividad ordinaria, puede gestionar ayuda internacional u ofrecerla, siempre por intermediación del Poder Ejecutivo (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y la Presidencia de la República). Esta función es meramente de coordinación, puesto que su puesta en práctica corresponde a medidas de tipo extraordinario, sea para la atención de emergencias y desastres.

Esta función se encuentra ubicada en la fase de *preparación*, la cual es una de las etapas eventuales de la gestión del riesgo, justamente ante la inminencia de la materialización del riesgo de desastres y como medida para disminuir el impacto del resultado inminente. Esta medida considera que las medidas preventivas se agotan, puesto que el riesgo ya existe y es inevitable, pero mitigable.

---

<sup>241</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 11928 del 9 de julio del 2010. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

### **c.3.2.- Instrumentos jurídicos de actividad extraordinaria**

#### **i.- Declaratoria de Emergencia y Plan General de la Emergencia**

La actividad extraordinaria descrita en general en el Cuadro No. 13 tiene como causa de existencia la *declaratoria de emergencia*. A partir de esa *declaratoria*, cualquier medida a implementar estará priorizada a la atención de emergencias y de desastres. Según el artículo 4 de la Ley No. 8488, la actividad extraordinaria es la que la Comisión Nacional de Emergencias debe “*efectuar frente a un estado de emergencia*”. Por su parte, el artículo 15 de esta misma Ley dispone: “*declarado el estado de emergencia establecido en el artículo 29 de esta Ley, corresponderá a la Comisión planear, coordinar, dirigir y controlar las acciones orientadas a resolver necesidades urgentes, ejecutar programas y actividades de protección, salvamento y rehabilitación*”.

Según el proceso de *gestión del riesgo de desastres*, la actividad extraordinaria de que habla la Ley No. 8488, está compuesta por dos fases eventuales, las que solo se realizan ante la inminencia de un desastre. Esas dos fases que son la *preparación y respuesta* y la *rehabilitación y reconstrucción*, mismas que están descritas en el artículo 30 de la misma Ley.

La *declaratoria de emergencia* es un acto administrativo de efectos declarativos y constitutivos, ya que por un lado *declara* la existencia de un fenómeno de riesgo cuya gestión requiere de la *constitución* de un régimen jurídico de excepción, denominado como *estado de emergencia* o *estado de urgencia y necesidad*. La *declaratoria* siempre es temporal y su vigencia máxima es de cinco años (artículo 30 inciso c) de la Ley No. 8488), excepto que dure menos (artículo 37 de la esa Ley).

En cuanto a la eficacia espacial de los efectos de la declaratoria, debe indicarse que esta puede ser *total* o *parcial*, siendo la primera una declaratoria *nacional* y la otra *parcial* (regional, provincial, cantonal, por ejemplo), según lo establecido en el artículo 29 de la Ley No. 8488.

La competencia para emitir el acto administrativo de *declaratoria de emergencia* le corresponde al Poder Ejecutivo, sea a la persona que ocupa la Presidencia de la República y a los ministerios correspondientes. Según lo establecido en el artículo 18 inciso c) de la Ley No. 8488, es atribución de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Emergencias “*Recomendar al Presidente de la República la declaratoria de estado de emergencia, según lo dispuesto en el Capítulo V de esta Ley*”. Por su parte, los artículos 4 y 29 de la misma Ley le confieren al Poder Ejecutivo la decisión final de emitir el acto de *declaratoria de emergencia*.

La *declaratoria de emergencia* es un acto administrativo complejo, puesto que no adquiere validez ni eficacia si no concurren al menos dos voluntades, sea la de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Emergencias y la del Poder Ejecutivo. Por esta circunstancia y por la

intensidad de los efectos que implica, la *declaratoria de emergencia* debe ser siempre un acto absolutamente fundamentado en criterios técnicos. Al respecto, el artículo 29 señala:

*Las razones para efectuar la declaración de emergencia deberán quedar nítidamente especificadas en las resoluciones administrativas de la Comisión y en los decretos respectivos, que estarán sujetos al control de constitucionalidad, discrecionalidad y legalidad prescritos en el ordenamiento jurídico.*

Este deber legal debe concordarse con lo establecido en el párrafo penúltimo del artículo 30 de la misma Ley, que establece la necesidad de acreditar una relación de causalidad entre la *situación de riesgo y la declaratoria de emergencia*, lo mismo que entre la *declaratoria de emergencia y las medidas extraordinarias* que sucesivamente se adopten. En lo conducente, esta norma señala que “(...) *deberá existir un nexo de causalidad entre el hecho productor de la emergencia y las obras, los bienes y servicios que se pretenda contratar (...)*”.

De esta forma, el acto administrativo de *declaratoria de emergencia* se constituye como el *nexo* en sí, ya que es al mismo tiempo y en orden: *efecto y causa, efecto de la causa generadora*, que es la situación del riesgo misma y, *causa del establecimiento del régimen de excepción*.

Siendo la *declaratoria de emergencia causa*, su efecto principal es la constitución del régimen de excepción. El artículo 31 de la Ley No. 8488 señala:

*La declaración de emergencia permite un tratamiento de excepción ante la rigidez presupuestaria, en virtud del artículo 180 de la Constitución Política, con el fin de que el Gobierno pueda obtener ágilmente suficientes recursos económicos, materiales o de otro orden, para atender a las personas, los bienes y servicios en peligro o afectados por guerra, conmoción interna o calamidad pública, a reserva de rendir, a posteriori, las cuentas que demandan las leyes de control económico, jurídico y fiscal (Subrayado es suplido).*

El *régimen de excepción* constituido engloba a toda la función administrativa (artículo 32 de la misma Ley), sin embargo, para el uso de recursos públicos se debe acreditar para cada gestión la existencia del nexo de causalidad apuntado. Este *régimen de excepción* se fundamenta, claro está, en la *declaratoria de emergencia*.

No obstante, la *declaratoria de emergencia* no solo es una medida extraordinaria para la atención de emergencias y desastres, sino que es un instituto típico del Derecho Público, en particular del Constitucional y del Administrativo. Al respecto, el artículo 3 de la Ley No. 8488, explica el así llamado principio de estado de necesidad y urgencia, que consiste en una “situación de peligro para un bien jurídico que solo puede salvarse mediante la violación de

otro bien jurídico, con el menor daño posible para el segundo y a reserva de rendir luego las cuentas que demandan las leyes de control económico, jurídico y fiscal” (Subrayado es suplido).

Técnicamente, el término empleado en Derecho es el de *estado de urgencia y necesidad*, el cual da lugar a una serie de actuaciones públicas en el marco de la *coacción anómala*. En simple, la *coacción anómala* implica la habilitación para que la Administración Pública realice actuaciones sin acto administrativo previo, pero sin constituir, por ello, una vía de hecho (*coacción ilegítima*). Eduardo Ortiz Ortiz explica:

*Cuando en relación con un fin de este tipo -seguridad, orden, salud pública- se presenta un hecho que amenace disminuir al mínimo su grado de satisfacción o aumentar al máximo el mal proveniente de su insatisfacción, se dice que hay un estado de necesidad. No se trata entonces, de lograr el máximo sino el mínimo de satisfacción de uno de los intereses públicos ya definidos. Y no se trata entonces de escoger entre varias conductas posibles sino de optar por la casi única adecuada* (Subrayado es suplido)<sup>242</sup>.

La definición legal evidencia una tensión de intereses cuya resolución puede implicar el sacrificio inevitable de un interés involucrado. Sin embargo, la priorización no siempre es la de ponderar cuál interés es más relevante para el Derecho, sino en gran parte, cuál interés sufriría menos con el sacrificio que debe realizarse en el caso concreto. Por eso, Ortiz Ortiz refiere que en los *estados de urgencia y necesidad*, la actuación pública no está obligada garantizar el máximo posible (en cuyo caso habría que salvar incólumes ambos intereses en tensión), sino a garantizar un mínimo posible. A mayor detalle, Jinesta Lobo explica:

*La urgencia es la necesidad u obligación de actuar y decidir inmediata o rápidamente, para evitar, hacer cersa o reparar los daños graves a bienes importantes, mediante la desaplicación temporal del orden jurídico normal o la sustitución de éste por otro creado a la medida de las circunstancias*<sup>243</sup>.

En tono con lo anterior, el artículo 226 inciso 1) de la Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227, señala: “*en casos de urgencia y para evitar daños graves a las personas o irreparables a las cosas, podrá prescindirse de una o de todas las formalidades del procedimiento e incluso crearse un procedimiento sustitutivo especial*”. Como se observa, la noción de *urgencia y necesidad* del Derecho Público impregna el contenido de lo que la Ley No. 8488 denomina como *declaratoria de estado de emergencia*. Siendo que la principal

---

<sup>242</sup> Ortiz Ortiz, Eduardo. (1998) *Tesis de Derecho Administrativo I*. 1ª Ed. San José: Editorial Stradtman: p. 146.

<sup>243</sup> Jinesta Lobo, Ernesto. (2009) *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. 2ª Ed. San José: Editorial Jurídica Continental: p. 367.

consecuencia es la constitución de un *régimen jurídico de excepción*, como se indica en los artículos 4, 15, 29, 30 y 31 de la Ley No. 8488.

La *declaratoria de emergencia* tiene una particularidad que no tiene el *estado de urgencia y necesidad*, esto es que la *actividad extraordinaria* debe estar habilitada previamente, mientras que la *urgencia y necesidad* no es así. Entonces, la actuación extraordinaria de la Comisión Nacional de Emergencias, sin previa *declaratoria de emergencia* podría constituirse como una vía de hecho. En este sentido se pronuncia el Tribunal Contencioso Administrativo, al decir:

*(...) la Comisión regula la actividad que el Estado deberá efectuar en **estados de emergencia**, para lo cual, se aplicará un régimen de excepción. Lo anterior determina entonces, las acciones a realizar por parte de la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias, las cuales dependen en última instancia, de si existe una **declaratoria de emergencia** o si por el contrario, se trata de una labor de prevención de riesgos y de preparativos para atender una situación de emergencia; (...) 4) Es por ello, que en el supuesto de que no se haya declarado un estado de emergencia o de necesidad, la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias, no puede arrogarse las competencias que ordinariamente debe atender la Administración Pública Central o Descentralizada (...) pues ello resultaría contrario al principio de legalidad (...) (Negrita y subrayados son suplidos)<sup>244</sup>*

La Sala Constitucional analiza el concepto de *urgencia y necesidad*, tanto como el de *emergencia*, al analizar una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 22 de la Ley No. 6890, la cual efectúa una serie de modificaciones al Código Municipal y, en concreto la norma impugnada, una modificación al artículo primero de la otrora Ley Nacional de Emergencias, Ley No. 4874 del 14 de agosto de 1969, ya derogada. El artículo 22 impugnado dispone que el texto de un artículo de la Ley No. 4874 se lea:

*Artículo 1º.-El Poder Ejecutivo podrá, por decreto, declarar la condición de emergencia nacional, en cualquier parte del territorio o en cualquier sector de la actividad nacional, cuando por alguna contingencia social lo crea necesario. Tal declaración configurará el estado de calamidad pública prevista en el artículo 180 de la Constitución Política (Subrayado es suplido).*

A raíz de esta gestión, la Sala Constitucional tuvo oportunidad para analizar los alcances del artículo 180 de la Constitución Política, el cual es el fundamento constitucional para realizar actuaciones y utilizar recursos públicos por excepción. En lo conducente, este artículo en su

---

<sup>244</sup> Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Sentencia No. 1166 del 28 de noviembre del 2008. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

parte final señala: "(...) cuando la Asamblea esté en receso, el Poder Ejecutivo podrá variar el destino de una partida autorizada, o abrir créditos adicionales, pero únicamente para satisfacer necesidades urgentes o imprevistas en casos de guerra, conmoción interna o calamidad pública".

La Sala Constitucional concluyó que la facultad para la modificación presupuestaria en casos imprevistos, se origina por lo que anteriormente establecía el artículo 22 de la Ley Orgánica del Centro de Control, Ley No. 200 del 6 de setiembre de 1945, ya derogada. Así, los:

*(...) términos "conmoción interna", "guerra" y "calamidad pública", **en cuanto excepciones** al "principio de la fuerza restrictiva del Presupuesto", definido por los proponentes del texto constitucional, "como la obligación de los Poderes Públicos de respetarlo como un límite infranqueable de acción para el uso y disposición de los recursos públicos" (...) (Negrita es suplida)<sup>245</sup>*

Con todo, la Sala Constitucional interpreta de la siguiente manera el alcance del artículo 180 de la Constitución Política:

*En consecuencia, es necesario advertir que en la enumeración ejemplarizante del párrafo tercero y del párrafo último del artículo 22 citado (a propósito resaltados), no queda otro margen de interpretación jurídica, como no sea el de calificar "conmoción interna", "disturbios", "agresión exterior", "epidemias", "hambre" y "otras calamidades públicas", como manifestaciones de lo que se conoce en la doctrina del Derecho Público como "estado de necesidad y urgencia", (...) **Y es este el mismo sentido del texto del artículo 180 constitucional.** (Negrita y subrayado son suplidos)<sup>246</sup>*

De esta manera, la *situación de hecho* que funge como el *supuesto de hecho normativo* que habilita la *declaratoria de emergencia* (efecto jurídico) no puede ser cualquier desorden material de la realidad que pueda calificarse como "mera urgencia", sino que tal declaratoria procede únicamente frente a verdaderos *estados de necesidad y urgencia*, según se detalló de manera ejemplificativa en el fragmento anterior. La Sala Constitucional concluye que

*(...) la sola existencia del párrafo 3° del artículo 180 de la Constitución Política, bastaría como norma de previsión suficiente que no requiere desarrollo legislativo especial para que la Administración enfrente un "estado de necesidad y urgencia", sin presentar problema alguno frente al principio de legalidad. Sin perjuicio, como*

---

<sup>245</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 3410 del 10 de noviembre de 1992. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

<sup>246</sup> Id.



*de lógica se infiere, que la ley y los reglamentos puedan desarrollar el tema, pero dentro del sentido unívoco y los límites dispuestos por la norma constitucional (Subrayado es suplido)*<sup>247</sup>.

En principio, se trata de una norma constitucional de aplicación directa. Sin embargo, debe considerarse que la Ley No. 8488 funge como un régimen jurídico de rango legal que ha reglamentado el artículo 180, de modo que el actual régimen legal exige, a diferencia de lo dicho por la Sala en aquel momento (en el que además regía la antigua Ley Nacional de Emergencia, Ley No. 4374 del 14 de agosto de 1969), que cualquier actuación pública por excepción deba ser posterior a la formal *declaratoria de emergencia*.

En este marco, debe indicarse que las actuaciones extraordinarias que la Comisión Nacional de Emergencias pueda ejecutar no son, como puede pensarse, del todo excepcionales y completamente discrecionales. Además de la *declaratoria de emergencia*, la Ley No. 8488 establece una formalidad que orienta la legalidad de esas actuaciones materiales, se trata del *Plan General de la Emergencia*. Según el artículo 15 inciso a), la Comisión Nacional de Emergencia debe “*elaborar el Plan General de la Emergencia*”. Este instrumento debe ser elaborado por la Junta Directiva de la Comisión, según lo dispone el artículo 18 inciso g) de la misma Ley. El artículo 38 de esta Ley explica que el *Plan General de la Emergencia* es un “*instrumento que permitirá planificar y canalizar en forma racional, eficiente y sistemática, las acciones que deban realizarse, la supervisión necesaria y la asignación de los recursos que se requieren*”.

Ese *Plan* es de elaboración compleja, por lo que su finalización no es inmediata. De manera que no puede considerarse que cualquier actuación previa a la finalización del *Plan General de la Emergencia* sea nula, según lo establece el párrafo segundo del artículo 40 de la Ley No. 8488.

El contenido básico de este *Plan* está enunciado en el artículo 39 de la Ley No. 8488, dentro del que se incluye: a) explicación del nexo de causalidad entre el evento ocurrido y las acciones e inversión a realizar; b) descripción detallada y técnica del evento ocurrido; c) evaluación de los daños y estimación de las pérdidas, d) delimitación de las acciones a realizar, e) monto estimado de las inversiones por realizar, entre otras cosas.

Interesa señalar que el *Plan General de la Emergencia* debe estructurarse según las fases de atención de emergencias y de desastres, indicando para cada fase (preparación, respuesta, rehabilitación y reconstrucción) las medidas e inversiones por realizar. Esto es relevante puesto que la Ley establece en su artículo 39 una ejecución preferente de este *Plan*, frente a la implementación de acciones y canalización de otros recursos. Al respecto, ese artículo

---

<sup>247</sup> Id.

dispone: “La redacción de este Plan como las responsabilidades referidas a la ejecución posterior, tendrán prioridad por encima de las labores ordinarias de cada institución particular, en tanto esté vigente el estado de emergencia” (Subrayado es suplido).

No puede obviarse que dentro del contenido del *Plan General de la Emergencia*, es posible incluir medidas de gestión del riesgo propiamente dichas, es decir, medidas que no solo se refieren a la atención de los efectos materiales del desastre. Esta habilitación se encuentra prevista en el artículo 30 *in fine* de la Ley No. 8488 que establece: “para no reconstruir la vulnerabilidad, las obras por ejecutar durante la emergencia deberán realizarse con un enfoque preventivo, orientado a que futuros eventos no vuelvan a generar un estado de emergencia igual” (Subrayado es suplido). De lo cual se colige que se trata de una gestión del riesgo preventiva para que el trastorno causado por el desastre no sea causa de nuevos riesgos o potencie los existentes.

El *Plan General de la Emergencia* está sujeto a la vigencia de la *declaratoria de emergencia*, por lo que su implementación, en ningún caso, puede estar prevista para excederse del plazo legal de cinco años. El alcance espacial del *Plan General* coincide con el alcance de la *declaratoria de emergencia*, sin embargo, esta circunstancia no impide que el *Plan* pueda delimitar espacialmente las zonas de intervención y el orden de actuación.

El *Plan General de la Emergencia* constituye un acto administrativo complejo, cuyo contenido se construye por la acumulación de voluntades de diversos órganos, en este caso, de las *instancias de coordinación* que conforman el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo. Al respecto, el artículo 38 señala que “(...) las instituciones convocadas deberán entregar un reporte oficial de los daños que sufrió el área de su competencia, con una estimación de los costos y las necesidades que deban cubrirse. Debe existir, en forma inequívoca, una relación de causa- efecto en este reporte de daños”(Subrayado es suplido).

Con la recopilación de esa información mediante la elaboración de los *reportes oficiales*, es que se elabora el Plan, según el mismo artículo 38 *in fine* que dice: “con los reportes presentados y la demás documentación que la Comisión acredite, se elaborará el Plan General de la Emergencia” (Subrayado es suplido). La aprobación final le corresponde a la Junta Directiva de la Comisión, según lo establece el artículo 40 de la Ley No. 8488.

Todo el contenido del *Plan*, sean acciones, obras, contratos, entre otras medidas, es ejecutado mediante la constitución de Unidades Ejecutoras, según lo establecido en el artículo 39 *in fine* de la Ley No. 8488.

La definición del *Plan General de la Emergencia* como un acto administrativo complejo entraña diversas responsabilidades, puesto que las omisiones en las que incurra una “institución convocada” puede excluir a determinada zona afectada de la atención de emergencias, o una

indebida inclusión, tendiente a favorecer indebidamente a una zona en especial, en perjuicio de otra que no fue incluida. Esto, no solo tomando en cuenta las acciones a nivel de respuesta, sino los planes de inversión en las fases de rehabilitación y reconstrucción.

La ejecución del *Plan General* está sujeto a control y fiscalización, por lo que es necesario la realización de *informes* de cumplimiento, lo cual está regulado en el artículo 41 de la Ley No. 8488. Sin embargo, la responsabilidad patrimonial, penal y administrativa sobre las omisiones y malas actuaciones derivadas de la ejecución del Plan General de la Emergencia recaen tanto sobre la Comisión Nacional de Emergencias como sobre las instituciones involucradas en su elaboración y su ejecución (Unidades Ejecutoras).

## **ii.- Unidades Ejecutoras y contratación administrativa por excepción**

Tal y como se indica en el apartado anterior, las Unidades Ejecutoras están investidas de las facultades suficientes para ejecutar, según su ámbito de competencias, el contenido del *Plan General de la Emergencia*. El artículo 39 *in fine* de la Ley No. 8488 establece que estas *Unidades* son constituidas por la Comisión Nacional de Emergencias y estas son “*las instituciones públicas con competencia en el área donde se desarrollen las acciones*” previstas en el *Plan*.

Esta atribución para la constitución de *Unidades Ejecutoras* se encuentra prevista en el inciso h) del artículo 18 de la Ley No. 8488, lo cual le corresponde a la Junta Directiva de la Comisión. Por su parte, el artículo 15 inciso e) de la misma Ley señala que será función extraordinaria: “*nombrar como unidades ejecutoras, a las instituciones públicas que tengan bajo su ámbito de competencia, la ejecución de las obras definidas en el Plan General de la Emergencia y supervisar su realización*”.

La constitución de *Unidades Ejecutoras* resulta relevante porque son estas las encargadas de operativizar las medidas para la atención de la emergencia y del desastre, pero más importante aún, explica la realidad operativa del principio de coordinación administrativa y de solidaridad que orienta estas actuaciones.

Cada institución dentro del ámbito de sus competencias (Unidad Operativa) debe poner en obra el contenido respectivo del *Plan General de la Emergencia*, lo cual debe ejecutarse en colaboración con la Comisión Nacional de Emergencias y el resto de instituciones públicas, cuando la ejecución de una obra concreta requiera de la concurrencia de voluntades de esas otras instituciones.

Lo mismo aplica para efectos de control de cumplimiento del *Plan*, para la rendición de cuentas y determinación de responsabilidades. Así, el principio de solidaridad distribuye la responsabilidad del Estado para proteger la vida, la integridad física y patrimonio de los

ciudadanos, distribución que se instrumentaliza, entre otras cosas, mediante la actuación coordinada de las instituciones como *Unidades Operativas*.

La *declaratoria de emergencia* permite que la Comisión Nacional de Emergencias pueda efectuar procedimientos de contratación administrativa por excepción, es decir, flexibilizados para agilizar la contratación de servicios, de personal y compra de bienes, todo, claro está, para la atención de la emergencia y del desastre. En ese marco, las *Unidades Ejecutoras* tienen como tarea ejecutar tales contratos, siempre que estén dentro del ámbito de sus competencias y jurisdicción territorial.

La facultad para realizar estos procedimientos se encuentra prevista en el artículo 31 de la Ley No. 8488 y está fundamentada en el artículo 180 de la Constitución Política, en lo que interesa, se indica que el tratamiento por excepción tiene como propósito:

*(...) obtener ágilmente suficientes recursos económicos, materiales o de otro orden, para atender a las personas, los bienes y servicios en peligro o afectados por guerra, conmoción interna o calamidad pública, a reserva de rendir, a posteriori, las cuentas que demandan las leyes de control económico, jurídico y fiscal.*

La contratación administrativa flexibilizada y *ad hoc* a la que hace referencia la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, en ejecución de lo establecido por el artículo 180 de la Constitución Política, en la práctica se operativiza a través del *Reglamento para las contrataciones por el régimen de excepción y funcionamiento de la proveeduría institucional de la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias*, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 168 del 2 de setiembre del 2014.

Adicionalmente, la Ley No. 8488 establece una regulación específica sobre la contratación de personal durante la *declaratoria de emergencia*. El artículo 15 inciso f) establece como función extraordinaria “*contratar al personal especial que requiera por periodos determinados y conforme a la declaración de emergencia*”. Como es de observar, se trata de contratos de trabajo a tiempo determinado, sujetos en todo caso al plazo máximo de cinco años, aún cuando puedan establecerse por menos. Por su parte, el artículo 31 de la Ley No. 8488 detalla que:

*Mientras dure la declaración de emergencia podrán efectuarse **nombramientos de emergencia**, sin el trámite de concurso, de conformidad con el primer párrafo del artículo 10 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil. Los nombramientos serán siempre y cuando las instituciones públicas de la región no cuenten con el personal técnico requerido para ejecutar la tarea o no puedan facilitarlo. (Negrita es suplida)*

El término *nombramiento de emergencia* no es casual y da a entender que el procedimiento para efectuar el nombramiento es verdaderamente simple (sin concurso de antecedentes), no

obstante, en ningún momento es posible transgredir las normas reguladoras del Derecho del Trabajo, excepto cuando la Ley expresamente disponga un contenido distinto, que es el caso de la duración del contrato, siempre a plazo fijo, pero sin tomar en cuenta las salvedades establecidas en los artículos 26 y 27 del Código de Trabajo, respecto de este tipo de contratos.

El *procedimiento* se encuentra enunciado en el artículo 10 del Reglamento del Estatuto del Servicio Civil, Decreto Ejecutivo No. 21 del 14 de diciembre de 1954, que en lo conducente señala:

*Se consideran nombramientos de emergencia los que efectuaren conjuntamente el Presidente de la República y el Ministro respectivo, con prescindencia de los requisitos que establecen el Estatuto y el presente Reglamento, por motivos de calamidad pública. Dichos nombramientos podrán hacerse hasta por el término improrrogable de seis meses, debiendo darse aviso inmediato de los mismos a la Dirección General.*

La norma anteriormente transcrita, de rango *infra*-legal, establece que los nombramientos de emergencia tendrán una duración máxima de seis meses; sin embargo, este límite temporal debe entenderse tácitamente derogado por lo establecido en el artículo 31 *in fine* de la Ley No. 8488, que expresamente señala que “*estos nombramientos [de emergencia], no podrán exceder el período de la declaración de emergencia*”, considerando que esta es una norma de rango legal posterior y especial. A este respecto, también entiéndase como derogado tácitamente lo dispuesto en el artículo 12 inciso b) del Estatuto del Servicio Civil, Ley No. 1581 del 20 de mayo de 1953, que regula el mismo aspecto.

### **iii.- Expropiaciones, servidumbres, derechos y acciones reales**

El régimen de excepción constituido por la *declaratoria de emergencia* no es superficial, lo que se ve reflejado, además, por la posibilidad de establecer intensas limitaciones sobre el derecho a la propiedad como tal y otros derechos reales. La máxima limitación es, sin duda, la *expropiación de emergencia*. Esta actuación es de la misma naturaleza que el instituto expropiatorio, pero establece una excepción en el procedimiento, supuesto especial que está permitido desde el mismo texto constitucional, cuyo artículo 45 señala: “*en caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia*”. En este caso, la titularidad de la potestad expropiatoria recae sobre el Poder Ejecutivo (Estado), según lo establecido en el artículo 35 de la Ley No. 8488.

También, el Poder Ejecutivo podrá establecer otro tipo de limitaciones sobre el uso del suelo, según lo establecido por el artículo 34 de la Ley No. 8488. Estas limitaciones son con el único propósito de “*evitar desastres mayores y facilitar la construcción de obras*”, las que tienen una

vigencia máxima de cinco días hábiles, según lo dispone el mismo artículo. Esta norma en comentario también permite que el Poder Ejecutivo tome cualquier otra *“medida que considere necesaria para permitir la evacuación de personas y bienes”*, así como *“restricciones sobre habitabilidad, tránsito e intercambio debienes y servicios en la región afectada”*.

La Ley No. 8488 establece la posibilidad de crear derechos reales sobre cosa ajena, como servidumbres, para *“realizar las acciones, los procesos y las obras que deban realizar las entidades públicas bajo la coordinación de la Comisión”*, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 36. También es posible que se originen derechos de posesión temporal a favor de las instituciones encargadas de ejecutar el *Plan General de la Emergencia*, sin embargo, esta posesión solamente procede en zonas específicamente determinadas, por plazo expresamente fijado y únicamente durante la *fase de respuesta* (artículo 30 inciso a) de la Ley No. 8488).

El artículo 36 *in fine* de esa Ley vuelve a mencionar a la Comisión Nacional de Emergencias, esta vez, como la facultada para ordenar demoliciones. Debe entenderse, en armonía con la mención hecha por esta Comisión en el párrafo primero de este mismo artículo, que es la propia Comisión la encargada de ordenar la constitución de servidumbres, derechos temporales de posesión y las demoliciones.

Por su parte, las demoliciones pueden ser de construcciones públicas o privadas ubicadas en las zonas geográficas cubiertas por la *declaratoria de emergencia*. El motivo para ordenar la demolición es, según esta norma, el estado de ruina o deterioro, o bien, la existencia de peligros inminentes o riesgos para la salubridad pública, lo cual debe estar acreditado por informes técnicos. La demolición debe ordenarse formalmente mediante una resolución administrativa, donde se especifique todo lo anterior; el derribo no da lugar a indemnización. La resolución puede impugnarse mediante recurso de reposición.

#### **iv.- Potestad de control y fiscalización**

Esta potestad se encuentra regulada de manera general en el Capítulo VIII de la Ley No. 8488. Entiéndase que tanto la actividad ordinaria como la extraordinaria es objeto de control y fiscalización, sea un control de legalidad, como de auditoría. Precisamente y en el caso de la actividad ordinaria, el artículo 50 de esa Ley señala:

*La disposición de los recursos presupuestarios deberá realizarse con estricto apego al principio de legalidad, conforme a la Ley de Administración Financiera de la República, la Ley de Contratación Administrativa y las demás normas reguladoras del control económico, jurídico y fiscal de los entes públicos.*

Para el caso particular de la actividad extraordinaria, el artículo 51 de la misma Ley establece que el control debe efectuarse con arreglo a los principios de la contratación administrativa y con base en “(...) *las disposiciones señaladas en el Reglamento Interno de la Proveduría institucional y las disposiciones que sean emitidas específicamente con este objeto*”.

Tanto para la actividad ordinaria como para la extraordinaria, la Contraloría General de la República y la Auditoría Interna de la Comisión Nacional de Emergencias, son los órganos encargados de efectuar las tareas de control y fiscalización.

Interesa particularmente el ejercicio de control y fiscalización que puede realizar la misma Comisión Nacional de Emergencias sobre la actividad de las Unidades Ejecutoras, en el marco de la implementación del *Plan General de la Emergencia*. Esta facultad se encuentra establecida de manera general en el artículo 15 inciso a) de la Ley No. 8488, en el tanto señala que es competencia de la Comisión: “*La coordinación, la dirección y el control de la atención de las emergencias declaradas así por el Poder Ejecutivo (...)*” (Subrayado es suplido). Específicamente, debe considerarse el artículo 15 inciso e) de la misma Ley que en lo referente a estas Unidades señala: “*nombrar como unidades ejecutoras, a las instituciones públicas que tengan bajo su ámbito de competencias, la ejecución de las obras definidas en el Plan General de la Emergencias y supervisar su realización*” (Subrayado es suplido).

Esta facultad se confirma por lo dispuesto en el artículo 31 de la misma Ley, que señala que las actuaciones ejecutadas durante la *declaratoria de emergencia* están sujetas a la rendición de “*cuentas que demandan las leyes de control económico, jurídico y fiscal*”.

Como parte del ejercicio de esta potestad de control y fiscalización, la Dirección Ejecutiva de la Comisión deberá informar periódicamente a la Junta Directiva de la misma Comisión, sobre el estado de cumplimiento del *Plan General de la Emergencia*, lo que requiere, *a fortiori*, la emisión de informes por parte de las Unidades Ejecutoras sobre quienes es delegada la ejecución parcial del *Plan*.

**c.4.- Fin.** Como último aspecto a considerar en este análisis de la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, se encuentra el *fin*, para lo cual se puede fijar la siguiente interrogante: ¿Pará que se realiza la gestión del riesgo y atención de emergencias y desastre? La respuesta debe contener un criterio axiológico y no un objetivo, puesto que en tal caso se confunde el *fin* con el *objetivo*, que tampoco es el *objeto* de regulación.

El *fin* es el valor jurídicamente relevante que justifica toda la regulación, *fin* en pos del cual se busca el efectivo cumplimiento de las normas legales, incluso, acudiendo a mecanismos coactivos y, en este caso, a la realización de actuaciones de excepción. Entonces, según lo expuesto en líneas anteriores sobre el análisis epistemológico del riesgo y la concepción del

riesgo como un fenómeno social, es claro que el valor de fondo es la *seguridad*, con todo lo que esta implica, según se analiza.

El valor jurídicamente protegido es la seguridad. Esto se evidencia en el artículo 3 de la Ley No. 8488, al definir el denominado principio de *protección de la vida* y el *principio de prevención*. En cuanto al primero la Ley señala: “*quienes se encuentran en el territorio nacional deben ser protegidos en su vida, su integridad física, sus bienes y el ambiente, frente a los desastres o sucesos peligrosos que puedan ocurrir*”.

Por su parte, el principio de prevención implica, sin afán de reiterar, la realización de medidas para “*evitar o mitigar los impactos de eventos peligrosos*”, medidas que, según el artículo 3 de esa Ley, son “*de interés público y de cumplimiento obligatorio*”.

Visto de esta manera, el valor *seguridad* se define, como es lo correcto según se analiza anteriormente, en función de su par opuesto, el riesgo. De esta manera, el *fin público* que justifica la Ley No. 8488 es la *gestión del riesgo*, su evitabilidad y su mitigación, en aras de buscar, en lo posible, estados de *seguridad relativa*.

Ya desde el punto de vista jurídico, no debe obviarse la declaratoria de interés público que efectúa la misma Ley en su artículo 54. De modo que la *potestad de gestión del riesgo de desastres* en general constituye, sin duda alguna y desde todo punto vista, una *función de policía*, en aras de garantizar el *orden público*.



## CAPÍTULO SEGUNDO

### Planificación urbana en Costa Rica

Luego de haber analizado el riesgo y el desastre como fenómenos que transforman la realidad, en este Capítulo se estudia la segunda parte del problema de investigación: el conjunto normativo que puede desfasarse por la transformación de la realidad, específicamente, las normas reguladoras del proceso de *planificación urbana* y el instrumento *Plan Regulador*. El objetivo específico es *explicar porqué el instrumento de planificación urbana Plan Regulador no reacciona de manera eficaz frente a un espacio que se transforma por la ocurrencia de un desastre provocado por un fenómeno natural*.

Este Capítulo se compone de cinco apartados, los dos primeros son eminentemente teóricos. En el apartado a) se estudia los conceptos de *planificación urbana* y de *ordenamiento territorial*, para luego distinguirlos. Sin embargo, ambos conceptos comparten el uso del instrumento o de la técnica de la *planificación* o *planeamiento*, por esa razón, en el apartado b) se analiza esa técnica conforme al abordaje teórico propuesto por el economista chileno Carlos Matus Romo.

A la luz de ese marco teórico-conceptual, el apartado c) analiza el esquema de la planificación urbana en Costa Rica según el diseño de la Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240. Para ello, se analiza el *objeto* de planificación, los *sujetos* planificadores, el *modo* o *modelo* de planificación propuesto por la Ley y, finalmente, el *fin público* que subyace en esa regulación. El apartado d) culmina con el análisis del *paradigma de la planificación* que impera en el planemamiento urbano o territorial en Costa Rica, esto es, para dilucidar su dinámica como proceso (dinámico)-producto (estático).

El último apartado, analiza el instrumento Plan Regulador. Está ubicado al final en razón de que se trata de un instrumento articulador de naturaleza dual, funge como catalizador del aspecto dinámico y estático de la *planificación urbana*, además, es tanto plan estratégico como instrumento normativo.

#### **a.- Aproximación a los conceptos de *ordenamiento territorial* y *planificación urbana***

La *planificación urbana* puede entenderse de diversas maneras y, además, se encuentra relacionada con otros términos parecidos, como el de *ordenamiento territorial*. Ambos tienen el mismo objeto de trabajo o práctica: *el espacio*. La diferencia radica en cómo se delimita el espacio y cómo se trabaja.

El concepto de *planificación urbana* se asocia al entorno urbano, espacio habitado por la civilización humana, el espacio diseñado, intervenido y construido<sup>248</sup>. Mientras que el término *ordenamiento territorial* es más amplio y no se restringe al entorno urbano, sino que se extiende a todo el territorio, hacia aquellos espacios de reserva natural, entornos rurales y en general al territorio no urbanizado, pero urbanizable, por ejemplo.

En cuanto al primer concepto: la **planificación urbana**, Fábio Duarte explica, al igual que ocurre con los términos urbanismo, diseño y gestión urbana, que todos tienen algo en común: “o seu objeto de estudo é a cidade, considerada tanto em relação a suas características físicas quanto sociais, culturais e econômicas”<sup>249</sup>. En el mismo sentido se pronuncia Fernando de Terán Troyano, pero en perspectiva histórica al decir: “(...) la historia del planeamiento, entendido éste como la parte nuclear de esa institucionalización de la urbanística, es tanto una historia de las ideas sobre la ciudad, como la historia de una práctica reguladora de su construcción o de su transformación”<sup>250</sup>.

La distinción entre urbanismo, planificación, diseño y gestión urbana no es clara y actualmente continúa siendo objeto de debate<sup>251</sup>. Razón por la que no se pretende en este

---

<sup>248</sup> La definición de lo urbano es polisémica, sin embargo, puede entenderse según Fábio Duarte (posición de Henri Lefèbvre) como: “Enquanto a cidade seria um objeto definido e definitivo, um campo de ações concretas, o urbano seria ao mesmo tempo a síntese teórica das questões que marcam a sociedade contemporânea e uma virtualidade iluminadora. Há, claro, um diálogo de coformação entre a sociedade urbana e a cidade, mas não um espelhamento”. Duarte, Fábio. (2013) *Planejamento Urbano*. 1ª Ed. Curitiba: IBPEX: p. 41. Disponible en: <[https://www.passeidireto.com/arquivo/17035497/planejamento\\_urbano\\_-fabio-duarte?utm-medium=link](https://www.passeidireto.com/arquivo/17035497/planejamento_urbano_-fabio-duarte?utm-medium=link)> Accesado el: 21 de agosto del 2019. Traducción Libre: “En cuanto la ciudad, sería un objeto definido y definitivo, un campo de acciones concretas, lo urbano sería al mismo tiempo la síntesis teórica de las cuestiones que marcan la sociedad contemporánea y una virtualidad iluminadora. Hay, claro, un diálogo de conformación entre la sociedad urbana y la ciudad, pero no un reflejo”. | Ver la posición de Lefèbvre en: Lefèbvre, Henri. (1976) *Espacio y Política. El Derecho a la ciudad II*. 1ª Ed. Barcelona: Ediciones Península: pp. 68-71.

<sup>249</sup> Id., p. 24. Traducción libre: “Su objeto de estudio es la ciudad, considerada tanto en relación con sus características físicas, como en relación con las sociales, culturales y económicas”.

<sup>250</sup> De Terán Troyano, Fernando. (1996) “Evolución del planeamiento urbanístico (1846- 1996)”. En: *Ciudad y Territorio Estudios Territoriales*, XXVIII (107-108) (167-184). Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=177374>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>251</sup> A mayor detalle consultar: De Querioz Barboza, Eliana Rosa. (2019) *De la norma a la forma. Urbanismo contemporáneo y la materialización de la ciudad*. 1ª Ed. Electrónica. Tesis para optar por el grado de doctorado. México: Universidad Nacional Autónoma de México: pp. 45-49. Disponible en: <[https://www.puec.unam.mx/pdf/publicaciones\\_digitaes/tesis/de\\_la\\_norma\\_a\\_la\\_forma\\_libroelectronico.pdf](https://www.puec.unam.mx/pdf/publicaciones_digitaes/tesis/de_la_norma_a_la_forma_libroelectronico.pdf)> Accesado el: 21 de agosto del 2019. Sobre esto la autora señaló: “Cuando se trata de urbanismo, se establecen definiciones y significados definidos de acuerdo con el origen y el origen profesional de cada autor. En los países anglosajones, por ejemplo, el urbanismo como disciplina combina administración urbana, planeación urbana y diseño urbano (Antonucci, 2006). En otros, como Portugal, las atribuciones pragmáticas de urbanismo se extienden por todos los campos de la ingeniería civil, arquitectura y arquitectura del paisaje, lo que muestra un carácter multidisciplinario lleno de conflictos. En Francia, uno de los pocos países en los que el urbanismo constituye un campo independiente, la disciplina enreda a la sociología urbana en los métodos de diseño arquitectónico. En Italia y España, la disciplina constituye un campo autónomo en los cursos de postgrado, asociados a las escuelas de arquitectura, desde el cual se puede comprender la importancia de los estudios de morfología urbana y la ciudad en su connotación material. En Brasil, y específicamente en São Paulo, la disciplina se introdujo como una aliada de la ingeniería civil -cuando estaba relacionada con intervenciones urbana- y la ley

trabajo traer la discusión, ni tampoco resolverla. Baste decir que el urbanismo está referido principalmente a la labor material realizada por ingenieros y arquitectos mediante el diseño y puesta en obra de proyectos en lugares determinados de la ciudad. La *planificación urbana* es una labor previa al *urbanismo* y este último su fase material. Así lo explica Fábio Duarte, parafraseando a Clovis Ultramar: “o urbanismo ligado ao ato de intervir, consequência de uma ação anterior, o ato de planejar, que está relacionado ao planejamento urbano”<sup>252</sup>.

Desde el punto de vista teórico, la *planificación urbana* delimita el espacio al entorno urbano. La extensión de los contornos urbanos hará que el objeto de la *planificación* se vea rebasado, dando origen a análisis más integrales. La *planificación urbana* en sus orígenes propuso un abordaje racionalista del espacio urbano. Por ello hay quienes afirman, como Henri Lefèbvre, que la *planificación* es, de por sí, una ideología<sup>253</sup>. Al respecto explica: “*Planning as ideology*

---

-cuando estaba relacionada con la regulación urbana-, lo que permitiría intervenciones urbanas de actores privados en la ciudad (...). Id., pp. 46-47. Ver en sentido similar: Duarte, Fábio. (2013) *Planejamento Urbano*. 1ª Ed. Curitiba: IBPEX: p. 24. Disponible en: <[https://www.passeidireto.com/arquivo/17035497/planejamento\\_urbano\\_-fabio-duarte?utm-medium=link](https://www.passeidireto.com/arquivo/17035497/planejamento_urbano_-fabio-duarte?utm-medium=link)> Accesado el: 21 de agosto del 2019.

<sup>252</sup> Duarte, Fábio. (2013) *Planejamento Urbano*. 1ª Ed. Curitiba: IBPEX: p. 25. Disponible en: <[https://www.passeidireto.com/arquivo/17035497/planejamento\\_urbano\\_-fabio-duarte?utm-medium=link](https://www.passeidireto.com/arquivo/17035497/planejamento_urbano_-fabio-duarte?utm-medium=link)> Accesado el: 21 de agosto del 2019. Traducción libre: “*El urbanismo vinculado al acto de intervenir, consecuencia de una acción anterior, el acto de planificar, que está relacionado con la planificación urbana (o planeamiento urbano, si se prefiere)*”.

<sup>253</sup> Al respecto Lefèbvre dice: “*To this ideology these philosophers add partial knowledge, this purely ideological operation consisting in a passage (a leap), from the relative to the absolute. As for Le Corbusier, as philosopher of the city he describes the relationship between the urban dweller and dwelling with nature, air, sun and trees, with cyclical time and the rhythms of the cosmos. To this metaphysical vision, he adds an unquestionable knowledge of the real problems of the modern city, a knowledge which gives rise to a planning practice and an ideology, a functionalism which reduces urban society to the achievement of a few predictable functions laid out on the ground by the architecture*”. Lefèbvre, Henri. (1996) “Right to the city”. En: *Writings on Cities*, Eleonore Kofman; Elizabeth Lebas (Eds.) 1ª Ed. Oxford: Blackwell Publishers Ltd.: p. 98. A mayor detalle ver: Molano Camargo, Frank. (2016) “El derecho a la ciudad: de Henri Lefèbvre a los análisis sobre la ciudad capitalista contemporánea”. En: *Folios*, No. 44 (3-19). Disponible en: <<https://revistas.pedagogica.edu.co/index.php/RF/article/view/3954/3433>> Accesado el: 21 de agosto del 2019. | Por su parte, Henri Lefèbvre explica que el *urbanismo* en su fase política presenta dos críticas, la “derecha” y la de “izquierda”, en cuanto a la primera dijo: “*ela oculta e justifica, direta ou indirectamente, uma ideologia neoliberal, o seja, a ‘livre empresa’*. *Ela abre o caminho a todas as iniciativas ‘privadas’ dos capitalistas e de seus capitais*”, en cuanto a la segunda crítica: “*é aquela que tenda a abrir a via do possível, explorar e balizar um terreno que não seja simplesmente aquele do ‘real’, do realizado, ocupado pelas forças econômicas, sociais e políticas existentes*”. Lefèbvre, Henri. (2002) *A revolução urbana*. Belo Horizonte: Editora UFMG: pp. 19-20. Traducción libre: “*Ella oculta y justifica directa o indirectamente una ideología neoliberal, o sea, la ‘la libre empresa’*. *Abre el camino a todas las iniciativas ‘privadas’ de los capitalistas y sus capitales*”. “*Es aquella que tiende a abrir la vía de lo posible, explorar y marcar un terreno que no sea simplemente aquel de lo ‘real’, de lo realizado, ocupado por las fuerzas económicas y sus capitales*”. | Un análisis autorizado bajo la teoría marxista, como también lo hace Lefèbvre, es el de Manuel Castells en su obra *La cuestión*. Este último autor aborda el concepto de “política urbana” el cual tiene un marcado análisis sociológico, señala que el campo de la “política urbana” tiene tres especificaciones teóricas, 1) lo político, 2) la política y 3) lo urbano. Sobre esto explica: “*El estudio de la política urbana se descompone así en dos campos analíticos indisolublemente ligados en la realidad social: la planificación urbana, bajo sus diferentes formas, y los movimientos sociales urbanos. Tenemos, pues, por un lado, el estudio de la intervención de los aparatos de Estado, en todas sus variantes, sobre la organización del espacio y sobre las condiciones sociales de reproducción de la fuerza de trabajo. Por el otro, el estudio de la articulación de la*

formulates all the problems of society into questions of space and transposes all that comes from history and consciousness into spatial terms. It is an ideology which immediately divides up”<sup>254</sup>. En este sentido, Carlos De Mattos agrega:

*(...) la planificación fue una de las ideas medulares que marcan las peculiaridades del Siglo XX, en la medida que fue la primera ocasión a lo largo de la historia de la humanidad, en la que se generalizó la creencia en que el ser humano tenía la plena capacidad para emprender y lograr construir un futuro diseñado anticipadamente por él. (...) Esta concepción, que representaba la culminación de una corriente de pensamiento que había venido evolucionando desde el Siglo de las Luces, se sustentaba en una sólida confianza en el poder de la razón humana para encauzar las prácticas sociales y en la certeza de que así era posible emprender un camino en aras de un progreso continuado<sup>255</sup> (Subrayado es suplido).*

La planificación aplicada al entorno urbano surge con un afán totalizante y con un filtro racionalista. Confirmando la crítica de Lefèbvre, el urbanismo en una sociedad industrial (“era da máquina”), según lo entiende Le Corbusier, parte de un conjunto de reglas que son:

*(...) idéias e invenções que constituem fatos construtivos pertencentes a esse primeiro ciclo centenário da era da máquina; outras resultaram da indução e do raciocínio, conseqüência desse procedimento do espírito pelo qual se reconhece e se denuncia o caos atual e se formulan proposições, estas exprimindo, sucessivamente, certezas firmadas e aspirações unânimes. Para elaborar essa regras, são necessários leitores de situação, exploradores do futuro próximo<sup>256</sup>.*

Por esta razón, la *planificación urbana* proporciona reglas para ejecutar el urbanismo. Esas reglas, entre muchas otras, se depositan y articulan mediante los instrumentos denominados

---

*lucha de clases, incluida la lucha política, en el campo de las relaciones sociales así definido*”. Castells, Manuel (1999) *La cuestión urbana*. 3a Ed. México: Grupo Editorial Siglo XXI: p. 310.

<sup>254</sup> Lefèbvre, Henri. (1996) “Right to the city”. En: *Writings on Cities*, Eleonore Kofman; Elizabeth Lebas (Eds.) 1ª Ed. Oxford: Blackwell Publishers Ltd.: p. 99. Traducción libre: “*La planificación como ideología formula todos los problemas de la sociedad en cuestiones de espacio y transpone todo aquello proveniente de la conciencia y la historia en términos espaciales. Es una ideología que divide inmediatamente*”.

<sup>255</sup> De Mattos, Carlos (s.f.) “La Gestión Urbano-Regional en un escenario globalizado: nuevos retos para su enseñanza”. En: *Revista Proyección*, 1(2) (22p): página 4 del archivo electrónico PDF. Disponible en: <[http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos\\_digitales/3109/mattosproyeccion2.pdf](http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/3109/mattosproyeccion2.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>256</sup> Le Corbusier. (2000) *Planejamento Urbano*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A: pp. 47-48. Traducción libre: “*(...) ideas e invenciones que constituyen hechos constructivos pertenecientes a ese primer ciclo de la era de la máquina; otras reglas que resultarán de la inducción y del raciocinio, consecuencia de ese procedimiento del espíritu por el cual se reconoce y se denuncia el caos actual y se formulan proposiciones, éstas expresando, sucesivamente, certezas afirmadas y aspiraciones unánimes. Para elaborar esas reglas son necesarios lectores de situación, exploradores del futuro próximo*”.

como *planes* o *planos*. Ramón López de Lucio explica bien cómo estos instrumentos fueron pulimentados por la dogmática alemana:

*Los instrumentos básicos van a ser el Plano Regulador y el Reglamento de Edificación, es decir, un elemento gráfico, que ordene espacialmente las expansiones urbanas y la estructura viaria y otro escrito, que establezca las condiciones que deberán cumplir las edificaciones que se implanten a lo largo de dichos trazados, en las manzanas que ellos delimitan. Queda así establecida la ligazón, que permanecerá hasta nuestros días, entre Plano de Alineaciones y Ordenanzas de Edificación (...) Relación notablemente práctica que permite reducir al mínimo las determinaciones fijas (trazados de las calles, forma de las manzanas), relegando la configuración concreta de la ciudad a la elaboración posterior y puntual de los diferentes Proyectos Edificatorios, sometidos únicamente a las reglas generales contenidas en las Ordenanzas, que determinan tipologías, altura y fondos de la edificación, forma y dimensiones de los patios, etc<sup>257</sup>.*

En simple, la *planificación urbana* emplea la técnica planificadora para organizar el entorno urbano. La técnica se implementa mediante un proceso<sup>258</sup> y genera unos productos. Según Fábio Duarte al inicio del proceso se requiere conocer: “*quais são esses objetivos [de planificación] quais são os recursos de que disponemos; sob qual contexto pretendemos atingir os objetivos*”<sup>259</sup>. Así, la *planificación urbana* a nivel operativo se especifica en los instrumentos antes apuntados, no exentos del componente político-ideológico, sin embargo, su propósito sigue siendo incidir materialmente sobre el espacio urbano. De ahí que esta técnica esté estrechamente relacionada con el *urbanismo*, *gestión urbana* o *diseño urbano*. Al respecto, Jan Bazant señala:

*(...) el concepto de desarrollo urbano se ha venido interpretando de manera parcial, pues por una parte se analizan tradicionalmente los aspectos socio-económicos de la población y por la otra, el énfasis ha recaído en forma importante hacia el “diseño urbano”, destacándose únicamente las características físico-espaciales en los planteamiento y soluciones<sup>260</sup>.*

---

<sup>257</sup> López de Lucio, Ramón. (1993) *Ciudad y Urbanismo a finales del siglo XX*. Valencia: Servei de Publicacions Universitat de València: p. 81.

<sup>258</sup> Según Fábio Duarte, el proceso de planificación urbana está compuesto al menos de cuatro etapas: a) diagnóstico, b) pronóstico, c) propuestas y d) gestión. Duarte, Fábio. (2013) *Planejamento Urbano*. 1ª Ed. Curitiba: IBPEX: pp. 29-40. Disponible en: <[https://www.passeidireto.com/arquivo/17035497/planejamento\\_urbano\\_-fabio-duarte?utm-medium=link](https://www.passeidireto.com/arquivo/17035497/planejamento_urbano_-fabio-duarte?utm-medium=link)> Accesado el: 21 de agosto del 2019.

<sup>259</sup> Id., p. 27. Traducción libre: “*Cuáles son esos objetivos [de planificación]; cuáles son los recursos de que disponemos; sobre cuál contexto pretendemos alcanzar los objetivos*”.

<sup>260</sup> Bazant, Jan. (1984) *Manual de Criterios de Diseño Urbano*. 2ª Ed. México: Editorial Trillas: p. 12.

Bazant propone una metodología práctica para el *diseño urbano*, aspectos que no son completamente distintos de lo comprendido por la *planificación urbana*, como pueden ser la realización de estudios de factibilidad, análisis de las actividades humanas, estudios de clima (temperatura, asoleamiento, vientos, entre otros), análisis del sitio (topografía, hidrografía, suelo, subsuelo, vegetación, valores de suelo, entre otros), zonificación (tipos de uso, intensidad, densidad), viabilidad (estructuración, secciones, intersecciones, enlaces, entronques, pasos a desnivel, estacionamiento, entre otros), lotificación (tipo de desarrollo, tamaño, dimensiones), infraestructura (agua, drenaje, alumbrado), paisaje, mobiliario urbano, señalamiento, pavimentos, entre otros aspectos<sup>261</sup>.

Esta comprensión de la *planificación urbana* y su estrecha relación con el fenómeno del *urbanismo* se recibe en sus inicios por el Derecho Urbanístico en términos similares. Al respecto, Luciano Parejo Alfonso explica:

*1.- El urbanismo era una materia entregada prácticamente en exclusiva a la Administración municipal, por reducir su ámbito a lo urbano. 2.- La Administración municipal actuaba urbanísticamente por una doble vía: a) en ejercicio de la potestad reglamentaria, regulando el ejercicio del ius aedificandi a través de ordenaciones abstractas, contenidas en Ordenanzas. Estas incidían sobre el derecho de propiedad privada mediante la técnica de las limitaciones (...) b) en desarrollo de una actividad administrativa dirigida a la realización de obras públicas de urbanización. Esta actividad se instrumentaba técnicamente a través de proyectos de obras que podían ser tanto generales (...) como concretos (...)*<sup>262</sup>

---

<sup>261</sup> Id., pp. 7-8. | Ver para mayor detalle: Briceño Ávila, Morella; Gómez Rosales, Luz. (2011) "Proceso de Diseño Urbano -Arquitectónico". En: *Provincia*, No. 25. (93-116). Disponible en: <<http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/33959/articulo5.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>262</sup> Parejo Alfonso, Luciano. (1986) *Derecho Urbanístico. Instituciones Básicas*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina: pp. 227-228. En sentido similar, aunque laxo, Tomás Ramón Fernández señala: "¿Qué es entonces el urbanismo en la actualidad? Sencillamente, una perspectiva global e integradora de todo lo que se refiere a la relación del hombre con el medio en el que se desenvuelve y que hace de la tierra, del suelo, su eje operativo". Fernández, Tomás Ramón. (1990) *Manual de Derecho Urbanístico*. 14a Ed. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: p. 18. | En el medio costarricense, Iris Rojas Morales no proporciona una definición de *planificación urbana* exhaustiva, en lo que interesa apenas señala que esta: "(...) incluye la regulación urbanística dentro de la jurisdicción del gobierno local; es decir, la planificación urbana de la ciudad y los conglomerados urbanos por parte de las municipalidades, dentro de su circunscripción territorial". Rojas Morales, Iris Rocío. (2010) *Derecho Urbanístico Costarricense*. 1ª Ed. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.: p. 308.

No hay mayor diferencia entre la concepción inicial de la *planificación urbana* expuesta desde el *urbanismo* o desde la *arquitectura* y lo que el Derecho Urbanístico entiende por esta, con la salvedad de que el objeto de estudio del Derecho es, precisamente, ese fenómeno del *urbanismo*. Pablo Reca Calvo, en su tesis doctoral, concluye:

*En definitiva, cualquiera que sea la perspectiva, ordenación del territorio, planeamiento de ciudades, desarrollo regional, régimen del suelo, ordenamiento urbano, etc., todas estarán señalando un mismo objeto, seguramente variarán en la dimensión de su evolución, en su recepción conforme a las características del país y en el alcance que se extablezca en su regulación. Pero hay una única concepción: La ciudad, la región, el suelo será objeto de su preocupación. El planeamiento su inevitable instrumento. La ordenación, la escala de su finalidad*<sup>263</sup>.

En cuanto al segundo concepto: el de **ordenamiento territorial**, debe reiterarse que este es posterior al primero, no solo por la evolución de la historia, sino por el re-pensamiento de los postulados de la *planificación urbana*. Temporalmente, primero surge la *planificación urbana* y luego, como reacción a esta, el *ordenamiento territorial*, debido a la dinámica de expansión del espacio urbano al entorno no urbano (posteriormente denominado como rural). Quiere decir que el establecimiento de una ciudad conlleva a un primer ejercicio de *planificación urbana*; sin embargo, en la medida en que la ciudad crece (a nivel demográfico, institucional, social, político, industrial y comercial) es necesario ubicar espacialmente ese crecimiento, he ahí el momento en que se incorpora el concepto de *ordenamiento territorial*, primero, como instrumento de planificación de la expansión urbana y luego como instrumento general de planificación del territorio<sup>264</sup>. López de Lucio lo resume de la siguiente manera:

*De este modo se pasa del urbanismo de extensión y reforma urbana, unificados en el documento del Plano regulador, a la ordenación del territorio, al planeamiento urbano y territorial como instrumento de manipulación de una realidad en constante proceso de crecimiento y de dispersión/ disgregación*<sup>265</sup>

---

<sup>263</sup>Reca Calvo, Ricardo Pablo. (1998) *El Estado y el Ordenamiento Territorial*. Tesis para optar por el grado de Doctorado en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Madrid: UCM.: p. 81. Disponible en: < <https://eprints.ucm.es/2221/1/T23604.pdf> > Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>264</sup> López de Lucio, analizando la integración de lo rural a la planificación del territorio, señala: "(...) *las tendencias a la dispersión o suburbanización en cada una de las ciudades de esas regiones, estaba ocasionando un nuevo pattern físico, tendente a crear conglomerados urbano/suburbanos discontinuos, fenómeno al que Geddes denominó por primera vez conurbación. La conclusión de este análisis de la realidad era evidente: «si esto estaba sucediendo e iba a continuar sucediendo, bajo la presión de fuerzas económicas y sociales, el planeamiento urbano debía ser incluido dentro del planeamiento urbano y rural (town and country planning), o del planeamiento de regiones urbanas completas, incluyendo un cierto número de ciudades y sus correspondientes esferas de influencia»*". López de Lucio, Ramón. (1993) *Ciudad y Urbanismo a finales del siglo XX*. Valencia: Servei de Publicacions Universitat de València: p. 99.

<sup>265</sup> Id., p. 99.

El *ordenamiento territorial*, también conocido como ordenación del territorio o planeamiento territorial es más amplio en su objeto, por tanto, ya no lo delimita a lo urbano. La delimitación espacial no es por una cuestión social o histórica, sino por criterios técnicos que demarcan el territorio a ordenar en entidades homogéneas conforme a diversos criterios, como podrían ser el geológico y topográfico (cuencas hidrográficas, por ejemplo), socio-económico (regionalización), ambiental (zonas de vida, áreas legalmente protegidas), político-administrativo (estados sub-nacionales, provincias, cantones, municipios, entre otros), entre otros criterios. Así, el aspecto urbano está contenido en el territorial, integralmente incorporado en la labor de ordenamiento.

La delimitación espacial propuesta por la *planificación urbana* en sus orígenes responde a la dicotomía urbano-rural. El contraste se señala por Henri Lefèbvre, al definir a la *ciudad* como un “objeto espacial” específico, al respecto señala:

*(...) la ciudad ocupa un espacio específico totalmente distinto del espacio rural. La relación entre esos espacios depende de las relaciones de producción, es decir, del sistema de producción y, a través de éste, de la división del trabajo en el seno de la sociedad. b) Desde este punto de vista, la ciudad viene a ser una transición entre un orden próximo y un orden lejano. El orden próximo es el de la campiña circundante que la ciudad domina, organiza, explota, extorcándole “sobretabajo”<sup>266</sup>.*

Si bien la postura de Lefèbvre es tamizada por la teoría marxista, es evidente la intención de separar espacialmente lo urbano y lo rural, pero vincularlos funcionalmente (en su caso, por relaciones de producción). Algo de esta separación se encuentra en la relación centro-periferia, centro desde el cual se origina la fuerza expansiva que consume, sustituye o modifica la periferia. Ramón López de Lucio lo explica así:

*En las últimas décadas del XIX y en las primeras del XX se hacen evidentes los fenómenos iniciales de dispersión de la ciudad en su entorno rural, las tendencias hacia un progresivo debilitamiento de las claras fronteras que habían existido hasta entonces entre el campo y la ciudad, en suma, la invasión por ésta de las campiñas inmediatas.<sup>267</sup>*

Este fenómeno espacial, impulsado por variables sociales, económicas y políticas, obliga a repensar el tratamiento que hasta ese momento se le daba al entorno urbano. La evolución de la ciudad condiciona el surgimiento del ordenamiento territorial. Ramón

---

<sup>266</sup> Lefèbvre, Henri. (1976) *Espacio y Política. El Derecho a la ciudad II*. 1ª Ed. Barcelona: Ediciones Península: pp. 65-66.

<sup>267</sup> López de Lucio, Ramón. (1993) *Ciudad y Urbanismo a finales del siglo XX*. Valencia: Servei de Publicacions Universitat de València: p. 98.



López de Lucio explica que uno de los aportes al redimensionamiento del análisis del espacio proviene de la tradición inglesa con Patrick Geddes<sup>268</sup>, al respecto explica:

*Geddes amplía el objeto espacial del planeamiento físico desde la ciudad en sentido estricto al ámbito territorial en el que se asienta: la ciudad y su entorno rústico, la región urbana, que será conceptualizada posteriormente como Área Metropolitana. Se inicia así el proceso de progresiva ampliación de los marcos de la planificación física, abriéndose camino la planificación territorial y regional en sentido estricto, e incluso los intentos de estrategias voluntarias de ordenación de los territorios a escala nacional<sup>269</sup>.*

El *ordenamiento territorial* no delimita el objeto de trabajo (espacio) de la misma manera en que lo hace la *planificación urbana*. Lo delimita, pero no lo reduce a solo lo urbano. En todo caso, la delimitación es una operación necesaria que se efectúa con criterios de mayor amplitud, en aras de conferirle una homogeneidad al espacio en intervención.

Respecto de la forma de tratamiento del objeto espacial, el *ordenamiento territorial* no se desprende de la técnica de planificación, sino que la mantiene, pero ya no la de tipo normativo, rígida, racionalista e inflexible, la que predomina en la *planificación urbana* en sus orígenes. Bien lo sintetizó Pablo Reca, el *ordenamiento territorial* tiene como “inevitable instrumento” el *planeamiento*<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup> En su momento, el planteamiento de Geddes es controversial, sobre esto se dice: “By the 1890s, Geddes had clearly moved away from any pretence at researching in biology, and although he produced a series of increasingly quirky texts books on evolution (...), he never again entered the laboratory. In fact, his use of the term evolution in terms of civics, cities and planning was in much the same way we currently use the term sustainability to apply to every aspect of planning. It was almost as though it was expected of a biologist turned sociologist and town planner, having been brought up in the shadows of Darwin, to pepper his conversations with references to evolution”. Batty, Michael, Marshall, Stephen. (2009) “The evolution of cities: Geddes, Abercrombie and the new physicalism”. En: *Town Planning Review*, Vol. 80(6) (551- 574): pp. 555-556. Disponible en: < <http://dx.doi.org/10.3828/tpr.2009.12>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “Cerca de la década de 1890, Geddes claramente se retiró de cualquier intención que investigar en biología, a pesar de que produjo una serie de libros de texto sobre evolución cada vez más peculiares (...), él nunca más regresó al laboratorio. De hecho, el uso que hace del término evolución respecto de la política, las ciudades y la planificación fue en mucho el mismo uso actualmente hacemos del término sostenibilidad aplicado a cada aspecto de la planificación. Era casi como si se esperara que un biólogo convertido en sociólogo y planificador urbano, criado en las sombras de Darwin, sazonara sus conversaciones con referencias a la evolución”.

<sup>269</sup> López de Lucio, Ramón. (1993) *Ciudad y Urbanismo a finales del siglo XX*. Valencia: Servei de Publicacions Universitat de València: p. 99.

<sup>270</sup> Reca Calvo, Ricardo Pablo. (1998) *El Estado y el Ordenamiento Territorial*. Tesis para optar por el grado de Doctorado en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Madrid: UCM.: p. 81. Disponible en: < <https://eprints.ucm.es/2221/1/T23604.pdf> > Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

La Unión Europea<sup>271</sup> define *ordenamiento territorial* (ordenación del territorio) de la siguiente manera:

*L' aménagement du territoire est l'expression spatiale des politiques économique, sociale, culturelle et écologique de toute société. Il est à la fois une discipline scientifique, une technique administrative et une politique conçue comme une approche interdisciplinaire et globale à un développement équilibré des régions et à l'organisation physique de l'espace selon une conception directrice*<sup>272</sup>.

La definición: “expresión espacial de las políticas económica, social, cultural y ecológica de toda sociedad” es la formulación más conocida del concepto de *ordenamiento territorial*<sup>273</sup>. Esta perspectiva es originaria de la Unión Europea, aunque se ha extendido al contexto internacional. Resalta en la definición los siguientes aspectos: 1. El carácter interdisciplinario y global, 2. La “concepción directiva”, 3. La triple naturaleza (disciplina científica, técnica y política)<sup>274</sup>. La Carta señala que el *ordenamiento territorial* se caracteriza por: a) ser *democrático*, en cuanto la incorporación de todas las partes interesadas, b) *global*, en el sentido de integrar las diferentes políticas sectoriales, c) *funcional* en cuanto debe tomar en cuenta la existencia de la conciencia regional basada en valores comunes, al tiempo que

---

<sup>271</sup>Propiamente el Consejo de Europa, a raíz de la Conferencia Europea de Ministros Responsables de la Ordenación del Territorio realizada en 1983 en Torremolinos, España.

<sup>272</sup>Conseil de l'Europe. (1983) *Charte Européene de l'aménagement du territoire. Charte de Torremolinos*. Conférence Européenne des Ministres Responsables de l'Amenagement du Territoire. Adoptée le 20 mai 1983 à Torremolinos (Espagne): pp. 5 y 13. Disponible en: <[https://www.are.admin.ch/dam/are/de/dokumente/internationales/dokumente/bericht/european\\_regionalspatialplanningchartertorremolinoscharter.pdf.download.pdf/european\\_regionalspatialplanningchartertorremolinoscharter.pdf](https://www.are.admin.ch/dam/are/de/dokumente/internationales/dokumente/bericht/european_regionalspatialplanningchartertorremolinoscharter.pdf.download.pdf/european_regionalspatialplanningchartertorremolinoscharter.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “La ordenación del territorio la expresión espacial de las políticas económicas, social, cultural y ecológica de toda sociedad. Es a la vez una disciplina científica, una técnica administrativa y una política, concebida como práctica interdisciplinaria y global para lograr el desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio según una concepción directiva”.

<sup>273</sup> Ver: López Ramón, Fernando. (2005) “Introducción a los significados de la ordenación del territorio en Europa”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 166 (213-230): pp. 222-224. Disponible en: <<http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjU5MTkmaWRIPTEwMzcmdXJsPTUxJm5hbWU9UkFQMjY2LjA4LnBkZiZmaWxlPTU5MjA5MzkyNjUxMjA1MS5wZGYmdGFibGE9QXJ0aWN1bG8mY29udGVudD1hcHBsaWNhdGlvbi9wZGY=>>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Una de las críticas es la planteada por el geógrafo Florencio Zoido Naranjo al señalar que esta formulación “(...) no es clara conceptualmente. Confunde los resultados con el instrumentos al definir la ordenación del territorio como ‘la expresión espacial de la política económica social, cultural y ecológica de toda sociedad’; y complica más las cosas al añadir que es ‘a la vez una disciplina científica, una técnica administrativa y una política’”. Zoido Naranjo, Florencio (1998) “Geografía y ordenación del territorio”. En: *Íber. Didáctica de las ciencias sociales. Geografía e Historia*, No. 16. Disponible en: <<http://ri.uaemex.mx/bitstream/handle/20.500.11799/31344/secme-16705.pdf?sequence=1>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>274</sup> Sobre esto señala Ángel Massiris: “(...) no existe unidad de criterio frente al tema [naturaleza del ordenamiento territorial] llegándose a planteamientos eclécticos como el de la Carta Europea de Ordenación del Territorio para la cual dicha ordenación es al mismo tiempo una disciplina científica, una técnica administrativa y una política”. Massiris, Ángel. (2002) “Ordenación del territorio en América Latina”. En: *Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, Vol. VI, No. 125. Disponible en: <<http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-125.htm>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

pondera los acuerdos institucionales de cada país y d) *prospectivo*, es decir, debe analizar el desarrollo y la intervención económica, social, cultural y ecológica a largo plazo<sup>275</sup>.

En el contexto latinoamericano, el geógrafo colombiano Ángel Massiris ha ofrecido un abordaje más riguroso, al definirlo como:

(...) un proceso y un instrumento de planificación, de carácter técnico-político-administrativo, con el que se pretende configurar, en el largo plazo, una organización del uso y ocupación del territorio, acorde con las potencialidades y limitaciones del mismo, las expectativas y aspiraciones de la población y los objetivos de desarrollo. Se concreta en planes que expresan el modelo territorial de largo plazo que la sociedad percibe como deseable y las estrategias mediante las cuales se actuará sobre la realidad para evolucionar hacia dicho modelo<sup>276</sup> (Subrayado es suplido).

La definición es orientadora puesto que caracteriza al concepto. Según Ángel Massiris el *ordenamiento territorial* es un proceso y un instrumento, o sea, es proceso y producto<sup>277</sup>. Su carácter es múltiple, en tanto, se manifiesta como política de Estado, como proceso técnico y como gestión administrativa. Su objeto es el territorio, su objetivo, organización el uso y ocupación de ese espacio y su fin armorizar la capacidad territorial con las aspiraciones sociales, es decir, una conciliación entre el territorio y el desarrollo. Su modo de implementación es a través de la planificación o planeamiento: formulación de planes y de

---

<sup>275</sup> Conseil de l'Europe. (1983) *Charte Européene de l'aménagement du territoire. Charte de Torremolinos*. Conference Européene des Ministres Responsables de l'Amenagement du Territoire. Adoptée le 20 mai 1983 à Torremolinos (Espagne): pp. 5 y 13. Disponible en: <[https://www.are.admin.ch/dam/are/de/dokumente/internationales/dokumente/bericht/european\\_regionalspatialplanningchartertorremolinoscharter.pdf](https://www.are.admin.ch/dam/are/de/dokumente/internationales/dokumente/bericht/european_regionalspatialplanningchartertorremolinoscharter.pdf.download.pdf/european_regionalspatialplanningchartertorremolinoscharter.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>276</sup> Massiris, Ángel. (2002) "Ordenación del territorio en América Latina". En: *Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, Vol. VI, No. 125. Disponible en: <<http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-125.htm>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. Ver en el mismo sentido: Massiris, Ángel. (2013) "Cambios recientes en las políticas de ordenamiento territorial en América Latina". Ponencia presentada en III WorkShop de la Red Iberoamericana de Observación Territorial -RIDOT- "Planificación y gestión territorial en Iberoamérica: avances, tendencias y experiencias" (Memorias), organizado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi y la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Bogotá: 9-11 de octubre del 2013: p. 2. Disponible en: <[http://www.uptc.edu.co/export/sites/default/eventos/2013/cf/pgtiate/memorias/documentos/cambios\\_recientes\\_polxticas.pdf](http://www.uptc.edu.co/export/sites/default/eventos/2013/cf/pgtiate/memorias/documentos/cambios_recientes_polxticas.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>277</sup> En relación con el carácter procedimental del ordenamiento territorial, Nelly Gray de Cerdán explica: "El ordenamiento del territorio es más un camino que una llegada; en consecuencia, debe ofrecer una vía abierta, flexible y dinámica para la intervención pública y privada. Se trata de organizar y controlar los cambios y los conflictos hacia un destino cierto, pero con un rumbo abierto. Constituye en sí mismo un proceso cíclico y retroalimentado, donde los componentes ambientales, sociales, económicos, legales e institucionales tienen responsabilidades compartidas." De Cerdán, Nelly. (2007) "Articulación del ordenamiento territorial y la gestión del riesgo". En: *Tiempo para entregar el relevo: reducción del riesgo de desastres desde la perspectiva de gestión ambiental, ordenamiento territorial, finanzas e inversión pública*. San José: Grupo de Recursos del Sur: p. 122.

estrategias<sup>278</sup>. Yency Contreras Ortiz ofrece otra síntesis sobre la definición de este concepto, a saber:

*Los espacios comunes de estas definiciones muestran el papel de los actores políticos (a partir de su aparato de gobierno), a través de las reglas de ordenamiento del territorio (técnico-políticas), para orientar el uso, la transformación, ocupación y utilización de este (con base en el interés general). Es importante evidenciar que no se contempla solamente como un hecho de planeación física del territorio, o desligado de los procesos sociales, sino como la expresión política y social de quienes gobiernan y habitan la ciudad.*<sup>279</sup>

Contreras Ortiz destaca el aspecto social en el cual el Estado y sus instituciones tienen un rol significativo en el proceso de ordenamiento territorial<sup>280</sup>, mientras que Ángel Massiris resalta una lógica de base territorial, es decir, que el desarrollo avanza conforme a la capacidad del territorio y no al contrario. En ese sentido, Ángel Massiris habla de Desarrollo Territorial Sostenible que consiste en un desarrollo territorial integral “*en el que las acciones sectoriales y territoriales se estructuran sobre la base del territorio como elemento articulador, guiado por principios de sostenibilidad ambiental, equidad y cohesión social y territorial y gobernanza democrática*”<sup>281</sup>.

---

<sup>278</sup> Una caracterización similar es la propuesta por el geógrafo mexicano Adrián Aguilar, a saber: “(...) podemos tratar de destacar los puntos centrales que toda acción de ordenamiento territorial conlleva: (a) se trata de una política del Estado, (b) está contemplada como política a largo plazo, (c) el instrumento básico de esta política es la planeación en todos sus niveles, (d) debe conciliar el proceso de desarrollo económico con distintas formas de ocupación territorial, (e) tiene como fin último elevar el nivel de vida de la población”. Aguilar Martínez, Adrián. (1989) “Las bases del Ordenamiento Territorial. Algunas evidencias de la experiencia cubana”. En: *Revista Geográfica*, No. 109 (87-111): p. 90. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/40992583>> Accedido el: 26 de agosto del 2019.

<sup>279</sup> Contreras Ortiz, Yency (2018) “Ordenamiento territorial e instrumentos para el desarrollo urbano”. En: *Revista Ciudades, Estados y Política*, Vol. 5(1), (11-16): p. 12. Disponible en: <<https://revistas.unal.edu.co/index.php/revcep/article/view/74640/67434>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>280</sup> Esta postura tiene un marcado carácter político y jurídico, no tanto técnico-administrativo. En ese sentido, Florencio Zoido Naranjo señala: “Desde nuestro punto de vista la ordenación del territorio es esencialmente una función pública, una política compleja y de reciente y todavía escasa implantación, que puede y debe apoyarse sobre instrumentos jurídicos (...), sobre prácticas administrativas y principios consolidados (...) y en diferentes conocimientos científicos, en aportaciones necesariamente pluridisciplinarias (...)”. Zoido Naranjo, Florencio (1998) “Geografía y ordenación del territorio”. En: *Íber. Didáctica de las ciencias sociales. Geografía e Historia*, No. 16. Disponible en: <<http://ri.uaemex.mx/bitstream/handle/20.500.11799/31344/secme-16705.pdf?sequence=1>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>281</sup> Massiris, Ángel. (2013) “Cambios recientes en las políticas de ordenamiento territorial en América Latina”. Ponencia presentada en III WorkShop de la Red Iberoamericana de Observación Territorial -RIDOT- “Planificación y gestión territorial en Iberoamérica: avances, tendencias y experiencias” (Memorias), organizado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi y la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Bogotá: 9-11 de octubre del 2013: p. 5. Disponible en: <[http://www.uptc.edu.co/export/sites/default/eventos/2013/cf/pgtiate/memorias/documentos/cambios\\_recientes\\_polxticas.pdf](http://www.uptc.edu.co/export/sites/default/eventos/2013/cf/pgtiate/memorias/documentos/cambios_recientes_polxticas.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

Massiris distingue entre ordenamiento y desarrollo territorial, siendo el primero el proceso que establece las condiciones para el segundo. Al respecto explica:

*(...) el ordenamiento territorial tiene un valor estratégico para la planificación del Desarrollo Territorial Sostenible, en la medida en que, basado en el conocimiento científico de las potencialidades, limitaciones y problemas del territorio y en su visión integral, estratégica y prospectiva; se puede planificar la utilización del territorio de manera que se reduzcan, controlen, eviten o reviertan los problemas y conflictos existentes por usos incompatibles (...)*<sup>282</sup>.

Desde la perspectiva jurídica persiste aún y en algunos autores un raigambre a lo urbano, lo que ha generado un sesgo urbanista en la concepción del ordenamiento territorial, tendencialmente dirigido hacia la planificación urbana<sup>283</sup>. En todo caso, resulta de utilidad lo expuesto por Joaquín García Bernaldo de Quirós, en doctrina española, parafraseando a José

---

<sup>282</sup> Id., p. 8. En el mismo sentido, el geógrafo Ángel Massiris, presentando el resultado de su investigación sobre el avance de las políticas territoriales en América Latina, asevera que algunos países (Argentina, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Uruguay, México y Colombia) “han planteado políticas territoriales en las que se articulan objetivos de **desarrollo territorial** (regiones competitivas, regiones estratégicas, reducción de disparidades en el desarrollo económico territorial, compensación de regiones rezagadas), de **ordenamiento territorial** (modelo territorial de uso y ocupación, aprovechamiento sostenible de recursos naturales) y de **descentralización**, tendiente a una mayor autonomía de las entidades territoriales en la gestión de su desarrollo” (Negrita es suplida). Massiris, Ángel. (2008) “Gestión del ordenamiento territorial en América Latina”. En: *Proyección*, No. 4: p. 4 del archivo digital. Disponible en: <<http://bdigital.uncu.edu.ar/3238>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>283</sup> Así es la postura manifestada hace ya más de 40 años por Antonio Carceller Fernández, en la doctrina española, al decir: “la ordenación del territorio, presente y futuro, de la ciudad y su racional aprovechamiento constituye, por tanto, la idea rectora de todo plan urbanístico, porque el urbanismo es así, efectivamente, y en primer término, una planificación territorial”. Carceller Fernández, Antonio. (1974) “Las normas urbanísticas y los objetivos de la planificación territorial”. En: *Revista de Derecho Urbanístico*, No. 37, citado por García Bernaldo de Quirós, Joaquín (2007) “Interacción entre planificación territorial y planificación urbanística”. En: *Claves del Gobierno Local*, No. 5 (105-148): p. 107. Disponible en: <[http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/840/claves05\\_07\\_garcia.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/840/claves05_07_garcia.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | En el mismo sentido se dice: “la ordenación del territorio abandona su relación con planteamientos economicistas y desarrollistas para pasar a ser materia esencialmente urbanística o ligada directamente al urbanismo (y también, en parte, al medio ambiente).” González-Varas Ibáñez, Santiago. (2005) “La gestión territorial”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 166 (257-279): pp. 257-258: p. 257. Disponible en: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=409&IDA=25921>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | A nivel terminológico se ha querido definir el alcance del ordenamiento territorial con base en el término *urbanismo*, proponiendo un *superurbanismo*, esto es, por comprender más allá de lo urbano. Sin embargo, debe observarse que tal práctica evidencia un sesgo urbanista que podría limitar una mejor comprensión del concepto de ordenamiento territorial. Al respecto se dice: “(...) su origen [ordenación del territorio] se encuentra, por un lado, en la tendencia evolutiva hacia una concepción supramunicipal de la planificación urbanística preexistente, es decir, en su mutación hacia un superurbanismo o urbanismo global, como función pública de conformación social general”. Pérez Andrés, Antonio Alfonso. (1998) “La ordenación del territorio una encrucijada de competencias planificadoras”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 147 (97-138):p. 99. Disponible en: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=145&IDA=24198>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

Luis Ávila Orive, quien señala que cualquier definición de *ordenamiento territorial* debe contener tres coordenadas básicas, a saber:

*(...) en primer lugar, la definición ha de identificar la función de organización coherente del espacio regional con arreglo a un modelo previamente diseñado, incluyendo también la planificación necesaria para alcanzar ese modelo. En segundo lugar, ha de plasmar la misión integradora de las diversas actividades económicas y sociales con proyección territorial. Y, por último, ha de dedicar una especial atención a los recursos naturales como bienes a proteger*<sup>284</sup>.

La propuesta, aunque útil, tiene ciertos bemoles. Debe matizarse la afirmación de que el espacio objeto de ordenamiento es “regional”, puesto que bien podría demarcarse de otra manera. En segundo lugar, debe advertirse que el enfoque no es territorial, sino social, es decir, la proyección espacial de la política económica y social, por ejemplo y no la capacidad territorial de desarrollo posible. En tercer lugar, el componente ambiental se incorpora marginalmente, puesto que se restringe a una concepción de “recursos naturales” y no a una visión ecosistémica, por ejemplo.

Entre las bondades de la propuesta, se encuentran: 1. Le asigna una función de organización espacial, 2. Reconoce la necesidad de una elaboración previa de un modelo espacial o territorial deseado, 3. Establece la técnica de la planificación como instrumento operativo y 4. Evidencia un interés en lograr una armonía entre el ámbito territorial, socioeconómico y ambiental, a pesar de la observación anterior. De manera sintética lo señala Pérez Andrés: “*Lo que realmente se pretende con la ordenación del territorio, y así trataremos de demostrarlo, es la materialización de un modelo territorial globalmente considerado, de un modelo integral, un macro-modelo*”<sup>285</sup>.

En **síntesis**, el concepto de *planificación urbana* es diferente al de *ordenamiento territorial*. Difieren respecto de la delimitación del objeto de trabajo, esto es que, mientras la *planificación urbana* circunscribe el objeto de trabajo a solo lo urbano, el *ordenamiento territorial* lo ensancha más allá de esos contornos, concibiendo el espacio como una entidad compleja desde el punto de vista geológico, físico-químico, geográfico, socioeconómico y ecológico.

---

<sup>284</sup> García Bernaldo de Quirós, Joaquín (2007) “Interacción entre planificación territorial y planificación urbanística”. En: *Claves del Gobierno Local*, No. 5 (105-148): p. 107. Disponible en: <[http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/840/claves05\\_07\\_garcia.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/840/claves05_07_garcia.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>285</sup> Pérez Andrés, Antonio Alfonso. (1997) *La planificación territorial en el Estado compuesto (la función pública de ordenación del territorio)*. Tesis para obtener el grado de Doctorado en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla: p. 25. Disponible en: <[https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/23969/B\\_TD-256.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/23969/B_TD-256.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

En perspectiva histórica, la *planificación urbana* surge antes que el *ordenamiento territorial*, pero este no necesariamente la sustituye. Antes bien, las técnicas pueden coexistir, considerando que el planeamiento del entorno urbano corresponde a la primera, pero bajo la égida directiva del ordenamiento territorial, que ostenta una visión englobante. Por ello es común que el *ordenamiento territorial* ostente un carácter general de política, mientras que la *planificación urbana* se desarrolla como un proceso específico de acuerdo con el primero.

La *planificación urbana* tuvo en su origen un marcado carácter racionalista, formalista, estático, como si las *formas* fueran impuestas al espacio, mediante la proyección racional del diseño urbano deseado. El *ordenamiento territorial* supuso un cambio de paradigma, aun cuando también se proyecta sobre el espacio y tiene un claro componente planificador. Sin embargo, no impone formas al espacio, sino que lo encauza, es dinámico y no estático. Tiene una vocación ordenadora de los elementos y relaciones del espacio, pero no un propósito fijador, sino orientador. El ordenamiento territorial prevalece en las políticas sobre el territorio, ya que ordena el territorio como un todo<sup>286</sup>, incluyendo lo que clásicamente se denomina entornos rurales y urbanos.

Lo más relevante es que tanto la *planificación urbana* como el *ordenamiento territorial* comparten el método de trabajo, sea la *planificación* o *planeamiento*. Por esa razón es necesario analizar qué es la *planificación*, lo cual se efectúa en el siguiente apartado, según el abordaje propuesto por el economista chileno Carlos Matus Romo. Según esa perspectiva, la *planificación* es una o técnica o método, para ello el autor propone tres categorías de análisis que la caracterizan y supuestos básicos que la operativizan. En todo caso, dicha técnica se puede enmarcar ideológicamente en al menos dos paradigmas: el normativo y el estratégico, que también se estudian.

## **b.- Análisis del concepto de *planificación* según Carlos Matus Romo**

La *planificación* es una técnica de diagnóstico, análisis y proyección sobre el futuro, es un intento por vislumbrar lo que ocurrirá y, conforme a ello, una propuesta para orientar el camino a seguir. Existen diversas formas de concebir la *planificación*, por lo que en este trabajo se adopta una que proporcione elementos básicos para su comprensión y que compatibilice, mas no se adecue irreflexivamente, a la realidad costarricense.

---

<sup>286</sup> “(...) el ordenamiento territorial se desenvuelve en un ámbito regional o nacional. Tiene como instrumento típico la *planificación territorial*, que es el tipo de *planificación* que se utiliza para planificar regiones o cualquier otro ámbito espacial más amplio que el municipal y que es distinto a la *planificación sectorial* y a la *urbana*” (Subrayado es suplido). Jurado Fernández, Julio. (2009) “La potestad pública de planificación urbana y la jurisprudencia constitucional”. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 123 (13-30): p. 19. Disponible en: <<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13510>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

El concepto de *planificación* no es ingenuo, sino que surge de una determinada cosmovisión. A partir de la segunda mitad del siglo XX, en el ámbito latinoamericano surge la *planificación* como un instrumento para propiciar de alguna manera el desarrollo de los países de América Latina, de lo cual deriva el concepto *planificación para el desarrollo*<sup>287</sup>.

Sin ignorar las implicaciones de ese enfoque desarrollista y marcadamente económico, en ese período se genera una importante reflexión sobre el concepto de *planificación* y cuyos aportes merecen un análisis. Es el caso de los trabajos amparados por el Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES), adscrito a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de la Organización de las Naciones Unidas, propiamente el estudio desarrollado por Carlos Matus Romo.

Al menos tres aspectos sobre el concepto de *planificación* deben quedar claros desde un principio. Primero, es un medio y no un fin; segundo, es dinámica y no estática y, tercero, proyecta, no predice.

La *planificación* como medio se concibe como un método y técnica, según el cual se modela un contenido particular. El contenido es estructurado según el método de la planificación, con lo cual se busca lograr un objetivo, el que podría definirse de manera tentativa como un estado particular de ese contenido en un futuro.

El contenido es ajeno al método, pero se constituye en su objeto, para su planificación. El contenido, como conjunto de valores deseados, viene a ser establecido por una determinada cosmovisión, que a nivel estatal vendría siendo la política que el Estado desea poner en marcha, sea en el ámbito económico, social, político, ambiental, entre otros.

Quien define el contenido fija, por ende, el fin último al cual se orienta la *planificación*. Lo cual sería de manera sencilla un modelo de Estado, una ideología política, social o económica,

---

<sup>287</sup> “En sentido estricto el término [desarrollo] surge con legitimidad y reconocimiento solo a mediados del siglo XX, después de la culminación de la II Guerra Mundial. (...) el concepto de desarrollo evolucionó y, en medio de la polémica, consolidó una mirada que tendió a identificar crecimiento con desarrollo. Convivieron dos aproximaciones distintas con muy diferentes grados de incidencia. De una parte, una teoría económica del desarrollo alimentada por la investigación econométrica de causas y factores explicativos del crecimiento, tomados como elementos sueltos y atomizados y con poca reflexión acerca de sus interacciones e interrelaciones. De otra, una reflexión económica más orgánica y estructural que intenta comprender el conjunto y otorga, por tanto, más importancia al conocimiento de las estructuras y de las relaciones entre los elementos”. Cuervo González, Luis Mauricio. (2017) *Ciudad y territorio en América Latina. Bases para una teoría multicéntrica, heterodoxa y pluralista*. Santiago: Organización de Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social: pp. 14 y 18. Disponible en: <[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41943/S1700481\\_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41943/S1700481_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Ver en el mismo sentido: Lopera Medina, Mónica. (2014) “Aspectos históricos y epistemológicos de la planificación para el desarrollo”. En: *Revista de Gerencia y Políticas en Salud*, 13(26) (28-43): p. 30. Disponible en: <[www.scielo.org.co/pdf/rgps/v13n26/v13n26a03.pdf](http://www.scielo.org.co/pdf/rgps/v13n26/v13n26a03.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.



un modelo de desarrollo, por ejemplo. Bien lo resume Matus: “(...) *la planificación no puede operar sin una política de desarrollo definida y aceptada*”<sup>288</sup>.

La *planificación* fija un objetivo y transita en pos de él, por lo que no es un estado, sino un tránsito. Esta visión lineal permite enfatizar en que la planificación es un proceso, una actividad. Entonces, aún cuando el objetivo se cumpla, siempre surgen más objetivos, por lo que el proceso no termina, sino que culmina ciclos y cumple objetivos.

Una visión estática de la *planificación* sería una representación deseada de la realidad en un momento y lugar determinado. Es, por tanto, el carácter dinámico lo que ha calificado a la *planificación* como *estratégica*, al respecto Matus señala: “*el procedimiento estratégico arriba a una definición sobre la dirección del proceso de desarrollo y las formas limitadas de encauzar la realidad a ese rumbo*”<sup>289</sup>.

La *planificación* se orienta hacia el futuro y como este no se conoce es necesario proyectar una representación de la realidad. Pero, ni la representación puede ser irreal ni la proyección una profecía; antes bien, se trata de una propuesta viable, partiendo del análisis de la mayor cantidad de elementos y condicionantes existentes. Lógicamente, en este aspecto interviene tanto el componente político como el técnico, como pueden ser la economía y econometría, por ejemplo. Al respecto Matus explica:

*Como en el futuro se mezclan lo previsible y lo desconocido, es necesario ser prudente en cuanto al carácter y sentido de las previsiones, y flexible al interpretar y manejar cualquier estrategia*<sup>290</sup>.

La *planificación* “profética”, al dar por supuesto un futuro incierto como base del *plan* o *estrategia*, corre el riesgo de tornarse en inejecutable o, ejecutada, generar tensión en los diversos actores que intervienen en la realidad, con lo cual se convierte la ejecución del plan en su imposición. Matus concluye: “*parece indudable que la ejecución de los planes depende de la definición concreta de una estrategia viable; si así no fuera, los planes constituirían una idealización en el vacío*”<sup>291</sup>.

El análisis epistemológico de la *planificación* propuesto por Matus contempla categorías de análisis y supuestos básicos. Se exponen dos categorías de análisis de la *planificación*, la “conyuntura dinámica” y la “política construida”. De seguido, se explica lo que Matus denomina “supuestos básicos de la *planificación*”. Finalmente, se explican los dos paradigmas clásicos de la *planificación*: el normativo y el estratégico.

---

<sup>288</sup> Matus Romo, Carlos. (1988) *Estrategia y plan*. 8ª Ed. México D.F.: Siglo XXI Editores S.A.: p. 22.

<sup>289</sup> Id., p. 109.

<sup>290</sup> Id., p. 133.

<sup>291</sup> Matus Romo, Carlos. (1988) *Estrategia y plan*. 8ª Ed. México D.F.: Siglo XXI Editores S.A.: p. 151.

“**Coyuntura dinámica**” y la “política construida” son las categorías de análisis propuestas por Matus para comprender el proceso de *planificación*. “*Coyuntura dinámica es una fuerza que surge de la realidad y se impone a los hombres; en cambio, la política construida es un conjunto de ideas que los hombres quieren imponer a la realidad*”<sup>292</sup>.

Detrás de estas categorías subyacen los caracteres antes apuntados, lo dinámico frente a lo estático. Según esto, *la planificación* no puede reducirse a una simple ejecución de un proyecto preestablecido, sino que el proceso de planificación debe ser capaz de resolver en cualquier momento los condicionantes que sobrevengan, los cuales no están previstos, de lo contrario serían contempladas por el plan.

La “coyuntura dinámica” es real, sea manifestada como hecho, acto, sujeto u objeto. En general es fáctica. En tanto exista algo diferente o contrario a lo *planificado*, se genera tensión con el *plan*, por lo que este debe ser capaz de canalizar la tensión y gestionar el condicionante. Matus señala:

*(...) el propósito de todo plan es superar la inercia o rectificar el rumbo del proceso, lo que supone cierto control del proceso social; este control se realiza por una acción concentrada sobre un centro dinámico latente o potencia, o estimulando un centro dinámico en plena gestación*<sup>293</sup>.

La “**política construida**” es un diseño elaborado en abstracto cuyo objetivo es implementarlo en la realidad. Lejos de encauzar la realidad a un deber-ser, lo impone. De manera simbólica, la *planificación* como “política construida”, viene siendo como incrustar un molde sobre un flujo, que sería la realidad.

Bajo este enfoque, en el momento en que surja un condicionante no previsto, el plan debe modificar el molde, lo que supondría un cambio estructural, en caso de admitir el condicionante; caso contrario, la consecuencia sería sancionar el cambio como algo no deseado. La *planificación* abierta a la “coyuntura dinámica” asimila la eventualidad y la gestiona, no necesariamente como un cambio estructural o sanción, sino como ajuste al proceso. En síntesis, Matus explica:

*Una coyuntura dinámica, como categoría, la expresan los hechos; en cambio una política construida la ilustran las ideas, asentadas éstas a su vez sobre una determinada teoría o modelo. La primera se expresa necesariamente en la realidad*

---

<sup>292</sup> Id., p. 26.

<sup>293</sup> Id., p. 27.

*fáctica; la otra, en cambio, puede no encarnarse en la realidad y seguir siendo una construcción intelectual, sin trascender otro plano (...)*<sup>294</sup>

En síntesis, la *planificación* como proceso no puede ser reaccionaria a la realidad, ni tampoco ser una imposición ideal sobre esta. Es necesario el componente formal como el material, el ideal como el fáctico. Siendo primero el formal, como idealización viable, y el segundo, el material, como ejecución posible. Según la terminología de Matus, estas categorías pueden ser complementarias si coexisten en equilibrio, pero pueden tornarse en incompatibles si una prevalece una frente a la otra.

En relación con los **supuestos básicos**, los que se podrían denominar como presupuestos, Carlos Matus propone cinco, sin ser exhaustivo, aunque suficientes para una adecuada aproximación al concepto de *planificación*. Esos cinco supuestos se enmarcan en una relación dialéctica entre lo ideal y lo real, la teoría y la práctica, entre el *plan* y la *estrategia*. Los supuestos son: a) correspondencia, b) totalidad analítica, c) equilibrio, d) racionalidad y e) cuantificación operativa.

**a.- La correspondencia** parte de la existencia de una relación dialéctica entre lo ideal del *plan* y la realidad sobre la cual se pretende ejecutarlo mediante la *estrategia*. Existen flujos recíprocos entre ambos planos, teórico y práctico, lo ideal y lo fáctico. Matus lo define meridianamente:

*En el plano material, la realidad está conformada por hechos y estructuras reales, que constituyen los elementos del proceso social, mientras que en el plano de las ideas se elabora una forma de representación de esos elementos, de donde surgen categorías de análisis y estructuras analíticas, que a su vez son piezas de un modelo representativo de la realidad. De este modo, la planificación debe suponer una correspondencia esencial entre las categorías de análisis y los problemas fundamentales del momento histórico al cual se aplican, así como entre las estructuras empleadas y las estructuras reales*<sup>295</sup>.

La falta de correspondencia hace nugatorio el *plan* y conduce a su ineficacia, por tanto, la realidad sigue su curso de manera natural, es decir, “(...) una asincronía entre los métodos aplicados y la realidad abordada (...)”, lo cual “(...) mengua su capacidad [del plan] para abordar los problemas que plantea la interrogante de la dirección del proceso de desarrollo”<sup>296</sup>.

---

<sup>294</sup> Matus Romo, Carlos. (1988) *Estrategia y plan*. 8ª Ed. México D.F.: Siglo XXI Editores S.A.: p. 26.

<sup>295</sup> Id., pp. 71-72.

<sup>296</sup> Id., p. 77.

**b.- La “totalidad analítica”**<sup>297</sup> implica que el diagnóstico y el análisis de la realidad, a partir de lo cual se formula el *plan*, debe ser comprensivo, global. De esta forma, los ámbitos de la realidad confluyen unos sobre otros y no son vistos como compartimientos estancos. Con esto se busca un panorama más claro del problema. Esto es a nivel metodológico, puesto que la implementación del *plan* se encausa en ámbitos demarcados, mediante actuaciones estratégicas, sea ya a nivel operativo.

**c.- Equilibrio.** Matus define este supuesto del *proceso de planificación* con base en la teoría de sistemas. Expone dos aspectos correlativos, la diacronía y la sincronía. El segundo refiere esencialmente al supuesto de la *correspondencia*<sup>298</sup> y es de orden atemporal<sup>299</sup>, según explica Matus. Por su parte, la diacronía es de orden temporal y “(...) proviene de la ausencia de reacciones instantáneas para eliminar los desajustes, lo que determina la trayectoria discontinua y fluctuante en la evolución del sistema o la permanencia decreciente de ciertos ajustes a la par que se acrecientan otros nuevos”<sup>300</sup>. De acuerdo con este punto, el equilibrio resultaría cuando existe una sincronía entre los planos de lo ideal y la real, lo que en realidad no es diferente del supuesto de la *correspondencia*.

Por otro lado, la diacronía no debe asimilarse como una carga valorativa negativa, puesto que la posibilidad de desfase entre planos deber se algo normal y previsible en la evolución del *plan*. La diacronía explica el momento en que el *plan* queda rezagado respecto del curso de la realidad, esto es por existir una “coyuntura dinámica”. Constituye un motivo para que el plan reaccione, por lo que debe entenderse como un atributo del *plan* y no como una irregularidad *per se*, la cual se tendrá como tal si el plan no reaccionara eficazmente frente al cambio.

Correspondencia y equilibrio son supuestos correlativos, en tanto que la primera es explicada por la sincronía y el equilibrio por la diacronía. La primera categoría es equivalente a la correspondencia entre los planos de lo ideal y lo real, mientras que la diacronía refiere a una dimensión temporal, estrictamente, a la eventualidad de “procesos paralelos”, el plan por

---

<sup>297</sup> Matus Romo, Carlos. (1988) *Estrategia y plan*. 8ª Ed. México D.F.: Siglo XXI Editores S.A.: pp. 72, 77-80.

<sup>298</sup> “El otro aspecto es de orden atemporal y que puede referirse a la sincronía del sistema, se revela por la comparación entre el funcionamiento de una estructura real y un patrón llamado normal. Ambos aspectos están dinámicamente ligados”. Id., p. 82.

<sup>299</sup> La calificación de “atemporal” no debe verse como contradictoria con el significado lexicográfico del término “sincrónico”, de eminente naturaleza temporal. Sincrónico refiere a la correspondencia entre dos elementos en un momento determinado. Ese momento es tal puesto que se tiene la referencia del tiempo, es decir, un pasado y un futuro del momento, pero se convierte en atemporal cuando se aísla del tiempo. La propuesta analítica de Matus es abstracta y atribuye el término “sincronía” a una característica del plan, sin que ello implique, todavía, un análisis concreto sobre la realidad, ya en su plano temporal. Pichardo Muñiz explica que el carácter “sincrónico” “se refiere a la ubicación espacial” (Pichardo Muñiz, Arlette. (2008) *Planificación y programación social: bases para el diagnóstico y la formulación de programas y proyectos sociales*. 2ª Ed. Buenos Aires: Lumen: p. 33). De esta forma lo sincrónico viene siendo la correspondencia entre lo ideal y lo real en el plano espacial.

<sup>300</sup> Matus Romo, Carlos. (1988) *Estrategia y plan*. 8ª Ed. México D.F.: Siglo XXI Editores S.A.: p. 82.

un lado y la realidad por otro, esto es por no resolverse de manera adecuada la “coyuntura dinámica” sobreviniente.

Bajo esta perspectiva, el equilibrio no debe verse como un estado, ya que este énfasis conduciría a al menos dos tendencias, por un lado el afán por imponer el plan sobre la realidad y con ello procurar un equilibrio teórico del plan sobre el desequilibrio práctico de la realidad o, por otro lado, asimilar la falta de correspondencia del proceso de planificación como un estado irresoluto de desequilibrio, lo que exigiría una solución radical, sea desestructurando el plan ineficaz o suprimiendo el desequilibrio.

Estas tendencias son radicales en su concepción y en sus consecuencias, debido a que se concibe el *desequilibrio* únicamente como una carga valorativa negativa. El *desequilibrio* debe ser visto como “coyuntura dinámica”, no como estado permanente. Es decir, debe ser considerado por el proceso de *planificación* como causa de ajuste.

Sobre este punto Matus señala: “*El desequilibrio es un proceso de realimentación continua donde la dinámica del desarrollo surge de las mismas respuestas del sistema*” y, concluye que es posible “*(...) suponer el equilibrio, pero no superar los desequilibrios. Si algún equilibrio es posible, este debe surgir del interior de la sociedad, no de una norma desvinculada de su comportamiento*”<sup>301</sup>.

**d.-** La *planificación* debe ser **racional**, pero no racionalista. Matus opone la *viabilidad* frente a lo *racional*. Ni uno ni otro debe prevalecer. El afán de racionalidad ha resultado en planes meramente teóricos, concebidos como un “*(...) método para pensar otra historia posible*”<sup>302</sup>, generando con ello lo que Matus denomina una “discontinuidad histórica”.

Esa tendencia racionalista hace que la *planificación* no vea con claridad lo real, o lo desconoce y, en su lugar, propone una nueva realidad, con independencia de los agentes, estructuras y relaciones que allí coexisten. La hipertrofia de la razón ignora la fuerza de los hechos. Sobre la prevalencia de lo racional en la *planificación*, Matus explica:

*La planificación comprende una estrategia y una táctica, además de una tarea de formación de conciencia y otra de acción material. Ni en la formulación de una estrategia, ni en el diseño táctico puede prevalecer la racionalidad formal, pues el mundo restringido de lo técnico no constituye un agente social válido que pueda imponerse en el plano material. Tampoco en el plano de la formación de conciencia, pues la conciencia se forma en grupos sociales cuyas prioridades, criterios de eficacia, aspiraciones y valores están condicionados por la forma de su inserción en*

---

<sup>301</sup> Id. Respectivamente, pp. 87 y 86.

<sup>302</sup> Id., p. 88.

*el proceso, de esta manera su receptividad está orientada. (Pretender formar conciencia solo sobre la base de la racionalidad o de un idealismo subjetivo es algo así como arar en el mar)<sup>303</sup>. (Subrayado es suplidos)*

El racionalismo en la *planificación* autoriza la visión de pocos, al tiempo que erosiona la legitimidad del plan, relegándolo a una mera idea. La “receptividad” de la sociedad destinataria de ese plan está inhibida.

**e.- La *cuantificación operativa*** incorpora de manera directa un componente técnico en el proceso de *planificación*. Constituye la posibilidad de incluir técnicas cuantitativas, sean económicas, econométricas, estadísticas, actuariales, entre otras, para medir la magnitud de ciertas variables, cuyo resultado evidencie o no el “progreso” en la ejecución del plan o, mejor dicho, el ritmo de cumplimiento del objetivo prefijado.

Se trata de una técnica, por lo que debe tenerse cuidado en no convertir el *objetivo* en meras *metas*<sup>304</sup>. En tanto que la *planificación* es un proceso que incluye fenómenos sociales y políticos, al menos, es claro que no todo elemento es reductible a cuantificación. Al respecto Matus explica:

*La planificación por supuesto requiere cuantificar, pero se trata de pasar de una cuantificación extensiva a una cuantificación selectiva que se concentre en las variables estratégicas y decisivas para los planes. Al mismo tiempo, para que la cuantificación sea operativa, debe surgir de una aproximación desde el comportamiento hacia la norma. Si permanece en la esfera del comportamiento, es una cuantificación histórica; si se aísla en lo puramente normativo, es una cuantificación intrascendente<sup>305</sup>.*

La *línea de base* para establecer las *metas* parciales que evidencian el ritmo de cumplimiento del *objetivo*, se calcula a partir del “comportamiento”, la experiencia previa, histórica. De ahí que el diagnóstico requiera de estudios cuantitativos, pero en sí, el plan requiere de estas técnicas, puesto que aspira proyectar determinadas ideas en la realidad y que esta se transforme gradualmente hasta llegar a un punto deseado. Es por ello que las proyecciones numéricas deben ser viables. Sobre esto concluye Matus: “*Si lo necesario*

---

<sup>303</sup> Matus Romo, Carlos. (1988) *Estrategia y plan*. 8ª Ed. México D.F.: Siglo XXI Editores S.A.: p. 91.

<sup>304</sup> En planificación estratégica el tomador de decisiones fija el objetivo como un estado deseable y la trayectoria entre el punto de inicio del plan y el cumplimiento del objetivo está trazado por el cumplimiento de metas parciales, todas dirigidas al objetivo. La meta es cuantificable mediante indicadores. No obstante, considerando que en este caso la *planificación* se ubica en un contexto socioeconómico-político, el objetivo en sí mismo no siempre puede ser un valor numérico únicamente, o siéndolo no es reflejo de la complejidad de la realidad, tan solo un referente.

<sup>305</sup> Matus Romo, Carlos. (1988) *Estrategia y plan*. 8ª Ed. México D.F.: Siglo XXI Editores S.A.: p. 96.

*coincide con lo viable en una demarcación temporal, la cuantificación es operativa, pues define un rango cuantitativo dentro del cual la norma es alcanzable*<sup>306</sup>.

Finalmente, como parte de estas breves consideraciones, se exponen los dos **paradigmas clásicos sobre planificación**. Esta distinción surge de las particularidades del método que adoptan<sup>307</sup>. Existen otras tipologías, sin embargo, para los propósitos de este apartado no se exponen, ya que los criterios de distinción utilizados no aportan mayor información sobre el *proceso de planificación*<sup>308</sup>.

La planificación *normativa* es impositiva y busca implantar un modelo racional sobre la realidad, modelo que es previamente preestablecido de manera técnica. El propósito es transformar esa realidad con el modelo adoptado. La *estratégica* también busca transformar la realidad, pero no imponer de manera unilateral un diseño abstracto, sino que propicia que el modelo surja de las relaciones existentes en la realidad, de modo que la realización del modelo viene siendo una “auto-imposición”. Respecto del modelo del plan adoptado por la planificación *normativa* Matus explica:

*El modelo no surge dialécticamente de la realidad, sino que se deduce de la norma-objetivo. Modelo y realidad están en planos diferentes, sin posibilidad cierta de contacto, separándolos la misma diferencia que existe entre comportamiento y regla ideal, entre necesidad y posibilidad*<sup>309</sup>.

Por su parte, la planificación *estratégica* es flexible y prevé la posibilidad de cambios, los cuales son gestionados y no suprimidos. Esta labor se facilita puesto que el proceso surge de las tendencias sociales, de modo que la articulación de agentes, elementos, estructuras y relaciones es más sencilla, al derivar estas del proceso. En cuanto al modelo seguido por este tipo de planificación, Matus señala:

*La norma aquí es el punto hacia el cual se pretende encauzar el comportamiento del sistema. La trayectoria del proceso para alcanzar la norma no deriva de ésta,*

---

<sup>306</sup> Id., pp. 75-76.

<sup>307</sup> Ver en este sentido: Lopera Medina, Mónica. (2014) “Aspectos históricos y epistemológicos de la planificación para el desarrollo”. En: *Revista de Gerencia y Políticas en Salud*, 13(26) (28-43): p. 38. Disponible en: <[www.scielo.org.co/pdf/rgps/v13n26/v13n26a0](http://www.scielo.org.co/pdf/rgps/v13n26/v13n26a0)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>308</sup> Por ejemplo, 1) según el régimen político, la planificación puede ser indicativa o imperativa; 2) en atención a la proyección temporal, planificación de corto, mediano y largo plazo; 3) en cuanto a la forma, puede hablarse de planificación por intuición, preventiva o por improvisación o reactiva; 4) siempre con el criterio de la forma, algunos han propuesto la planificación burocrática, tecnocrática o democrática y, 4) finalmente, según la dimensión espacial, planificación nacional, regional o local. Respecto de los criterios 1) a 3) consultar: Lopera Medina, Mónica. (2014) “Aspectos históricos y epistemológicos de la planificación para el desarrollo”. En: *Revista de Gerencia y Políticas en Salud*, 13(26) (28-43): pp. 37-38. Disponible en: <[www.scielo.org.co/pdf/rgps/v13n26/v13n26a03.pdf](http://www.scielo.org.co/pdf/rgps/v13n26/v13n26a03.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>309</sup> Matus Romo, Carlos. (1988) *Estrategia y plan*. 8ª Ed. México D.F.: Siglo XXI Editores S.A.: p. 101.

*sino de ajuste posibles y sucesivos del comportamiento del sistema. El procedimiento estratégico, lejos de superponerse a la realidad emerge de ella, es la misma realidad y a la vez que se distingue de ésta porque busca un medio de modificarla basándose en un conocimiento preciso de su funcionamiento*<sup>310</sup>.

La propuesta de análisis de Matus sugiere que la planificación *normativa* sigue predominantemente una lógica deductiva, mientras que la *estratégica*, una lógica inductiva. Históricamente, la planificación *normativa* se encuentra nutrida de postulados *modernos*, cuya raigambre se remonta a la época de la Ilustración, donde impera la razón. De ahí que este tipo de planificación esté revestida de un carácter marcadamente racionalista. En este sentido Lopera Medina señala:

*Este enfoque considera la transformación social como resultado de una intervención exógena y racional que se produce en el territorio, entendido como espacio físico sometido al principio del determinismo. La planeación es considerada un proceso técnico ejercido por un planificador cartesiano, que se basa en los principios de la modernidad y el iluminismo (...) Es una planificación determinista que desconoce los actores del proceso social, así como la política*<sup>311</sup>.

La planificación *estratégica* se opone a la *normativa*, pero no por ello carece de las rigurosidades de los procesos técnicos. Es esencialmente dinámica. Sobre la planificación *estratégica*, Lopera Medina explica que esta contempla “(...) el cambio territorial [el cual] es el efecto de dinámicas endógenas, ligadas a la multiplicidad de intereses y estrategias de diferentes actores, entre los que se encuentre el planificador”<sup>312</sup>.

Es importante aclarar que la planificación *estratégica* está revestida, como todo lo humano, de valoraciones, mismas que son preferibles o no, por lo que Lopera Medina apunta que este paradigma puede adoptar diversas formas y dirigirse a fines múltiples, pero:

*(...) lo que hace estratégico el proceso está determinado por la capacidad de conocer los contextos y configurar los componentes y recursos que resulten apropiados para diversos marcos valorativos que responde a los fines, objetivos y orientaciones particulares en dicho espacio poblacional. Ello implica interactuar con*

---

<sup>310</sup> Id., p. 101.

<sup>311</sup> Lopera Medina, Mónica. (2014) “Aspectos históricos y epistemológicos de la planificación para el desarrollo”. En: *Revista de Gerencia y Políticas en Salud*, 13(26) (28-43): pp. 39. Disponible en: <[www.scielo.org.co/pdf/rgps/v13n26/v13n26a03.pdf](http://www.scielo.org.co/pdf/rgps/v13n26/v13n26a03.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>312</sup> Id., p. 40.



*actores sociales en conflicto y por tanto requiere altas dosis de creatividad y flexibilidad*<sup>313</sup>.

A este momento de la exposición queda claro que las consideraciones antes efectuadas corresponden a una concepción *estratégica* de la planificación, mientras que las características contrarias a las expuestas, en gran medida se atribuyen a la planificación *normativa*, solo que, sin hacer en ese momento, referencia expresa al paradigma *normativo* en particular, sino hasta ahora. Es por ello que en este trabajo se adopta *ex profeso* el paradigma de la planificación *estratégica*, ya que proporciona un instrumental analítico claro para abordar el problema de investigación.

Una vez establecido el marco teórico-conceptual sobre los conceptos de planificación urbana y ordenamiento territorial, así como el análisis de la técnica de *planificación* presente en ambos conceptos, corresponde ahora analizar cómo es que se organiza la planificación urbana en Costa Rica. Para ello se analiza el esquema de la Ley de Planificación Urbana; primero, señalando críticamente la concepción ambigua que esa Ley muestra de la planificación urbana y luego proponiendo una interpretación armónica que integre su complemento implícito: el ordenamiento territorial. En segundo lugar, se describe el esquema legal, determinando el objeto de planificación, los sujetos planificadores (Administraciones Públicas competentes), el modelo adoptado y el fin público subyacente.

### **c.- La planificación urbana en Costa Rica según la Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240**

En Costa Rica la Ley de Planificación Urbana, ubicada temporalmente en la segunda mitad del siglo XX, se enmarca en la tradición de planificar el entorno urbano; sin embargo, su vaguedad permite que los nuevos paradigmas sobre ordenamiento del territorio no sean incompatibles con el diseño legislativo todavía vigente. La Ley No. 4240 es ambigua en cuanto a lo que entiende por *planificación urbana*, al tiempo que es omisa en distinguir entre *planificación urbana* y *ordenamiento territorial*.

El artículo 1 de la Ley No. 4240 entiende por *planificación urbana* “(...) *el proceso continuo e integral de análisis y formulación de planes y reglamentos sobre desarrollo urbano, tendiente a procurar la seguridad, salud, comodidad y bienestar de la comunidad*”.

En ese sentido, el geólogo Allan Astorga sostiene que la Ley de Planificación Urbana está dirigida al entorno urbano<sup>314</sup>. Esta afirmación calza con el sentido de la tradición. Si ello es así,

---

<sup>313</sup> Id., p. 40.

<sup>314</sup> Al respecto señala: “*La Ley de Planificación Urbana (Ley No. 4240), promulgada en el año 1968 estableció las bases para el ordenamiento y planificación del territorio, limitado al concepto urbano*”. Astorga, Allan (2011) *Ordenamiento territorial en Costa Rica, 2010. Informe Final. Decimoséptimo Informe Estado de la Nación (2010)*.

el ordenamiento territorial estaría fuera del objeto de la Ley de Planificación Urbana. Astorga llega a la conclusión de que en Costa Rica existe “una confusión con el hecho de asumir que la planificación urbana es lo mismo que la planificación territorial”<sup>315</sup>. Sobre esto detalla:

*Debido a que durante más de 30 años, la única planificación de uso del suelo se realizó al amparo de la Ley de Planificación Urbana, se creó la costumbre de considerar que hacer eso, era hacer ordenamiento del territorio. Aspecto éste que todavía hoy sigue generando confusión cuando se sigue considerando [a] la Dirección de Urbanismo del INVU, el ente que aprueba o no, planes de ordenamiento territorial, cuando lo que ha hecho es trabajar en planes de desarrollo urbano que, en general son aspectos bastante distintos*<sup>316</sup>.

El criterio de Astorga es cierto cuando se analiza el texto literal de la Ley No. 4240, debido a la reiterada referencia a lo “urbano” en sus regulaciones. Sin embargo, desde el punto de vista puramente jurídico, el texto de dicha Ley es ambiguo al definir la *planificación urbana* que luego regula. Entonces, a partir de esa ambigüedad, es posible explorar si la *planificación urbana* de la Ley No. 4240 es comprensiva de todo un territorio y no solo del entorno urbano.

La prueba de ello reside en la misma la ambigüedad con que la Ley No. 4240 regula lo urbano, esto es, al contemplar supuestos en los que es posible establecer una planificación y regulación de áreas no urbanas, las que pueden denominarse rurales, urbanizables, de reserva, especiales, circunscripción territorial u otras referencias.

Esto es evidente cuando se analiza la figura del *Plan Regulador*. La Ley No. 4240 en el artículo 15 establece la competencia de las municipalidades para realizar la planificación “*del desarrollo urbano, dentro de los límites de su territorio jurisdiccional*” (Subrayado es suplido). Complementariamente, el artículo 3 del Código Municipal, Ley No. 7794, establece que la jurisdicción territorial de la municipalidad “*es el cantón respectivo*”. En la misma línea, la Ley No. 4240 en su artículo 1 define como “*distrito urbano*” como “*la circunscripción territorial administrativa cuya delimitación corresponda al radio de aplicación del respectivo Plan Regulador*”.

---

<https://estadonacion.or.cr/>: p. 4. Disponible en: [http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca\\_virtual/017/Astorga\\_Allan\\_Ordenamiento\\_territorial\\_en\\_Costa\\_Rica\\_2010.pdf](http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/017/Astorga_Allan_Ordenamiento_territorial_en_Costa_Rica_2010.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>315</sup> Id., p. 26. | En el mismo sentido se pronuncia Jurado Fernández al señalar que “*Hay una clara distinción teórica y práctica entre ordenamiento territorial y planificación urbana; sin embargo, nuestra ley de planificación urbana, que data de 1968, no refleja esta distinción*”. Jurado Fernández, Julio. (2009) “La potestad pública de planificación urbana y la jurisprudencia constitucional”. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 123 (13-30): p. 19. Disponible en: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13510>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>316</sup> Id., p. 26.

De lo anterior se sigue que la competencia de la municipalidad para planificar el “desarrollo urbano” es sobre su jurisdicción territorial, la que es establecida por norma constitucional y legal como el territorio del cantón. Por ende, el ámbito de aplicación espacial del *Plan Regulador*, como instrumento básico de planificación urbana, es el territorio cantonal como un todo. Por ejemplo, el *Manual de Planes Reguladores como Instrumento de Ordenamiento Territorial* del 2018 (en adelante Manual de Planes Reguladores del INVU) señala:

*Desde el punto de vista científico-técnico, ambiental, económico, social, físico, espacial, político institucional, es recomendable que el Área de Planificación abarque la totalidad de la jurisdicción territorial municipal, entendiéndose la totalidad del territorio que conforma todos los distritos de un cantón*<sup>317</sup> (Subrayado es suplido).

La Ley No. 4240 no distingue entre *planificación urbana* y *ordenamiento territorial*, pero tampoco restringe la posibilidad de considerar como objeto de planificación al *territorio* como un todo. Por lo que es posible afirmar que la Ley de Planificación Urbana no reduce el objeto de la planificación a solo lo *urbano*, concepto que no está definido ni regulado en sí mismo por la Ley, sino solo definido como referente a lo territorial. Este aspecto permite introducir la segunda variable: la regulación del ordenamiento territorial en Costa Rica y su vinculación con el proceso de planificación previsto en la Ley No. 4240.

La regulación sobre *ordenamiento territorial* se encuentra prevista en el Capítulo IV de la Ley Orgánica del Ambiente, Ley No. 7554, propiamente el artículo 28 dispone:

*Es función del Estado, las municipalidades y los demás entes públicos, definir y ejecutar políticas nacionales de ordenamiento territorial, tendientes a regular y promover los asentamientos humanos y las actividades económicas y sociales de la población, así como el desarrollo físico-espacial, con el fin de lograr la armonía entre el mayor bienestar de la población, el aprovechamiento de los recursos naturales y la conservación del ambiente”* (Subrayado es suplido).

Como se observa, la norma no ofrece definición alguna. Lo que sí es cierto es que la norma impone el mandato de promulgar una *política* de ordenamiento territorial que debe considerar de manera integral varios aspectos, como el asentamiento humano, el desarrollo económico, social y físico-espacial. El fin es buscar una armonía, es decir, el desarrollo equilibrado de dos variables: 1. Humano y 2. El ambiental. Lo diferente en esta formulación es que no está prevaleciendo lo urbano, por lo que su ámbito espacial es el territorio nacional e incluye la previsión de un componente netamente ambiental, antes ausente.

---

<sup>317</sup> Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo. (2018) *Manual de Planes Reguladores como Instrumento de Ordenamiento Territorial*. San José: INVU, p. 36. Disponible en: <<https://www.invu.go.cr/documents/20181/32857/Manual+de+Planes+Reguladores+como+Instrumento+de+Ordenamiento+Territorial>> *Accesado el: 1 de noviembre del 2018.*

Retomando la idea de *ordenamiento territorial*, este implica “la voluntad y la acción pública para mejorar la localización y disposición de los hechos en el espacio geográfico propio; (...) La voluntad y los actos para disponer, de la forma considerada más conveniente, determinados hechos en el territorio que forman parte de las tareas habituales para su administración o gobierno”<sup>318</sup>. La organización de los “hechos” en el espacio geográfico se efectúa con arreglo a una serie de criterios, sean sociales, políticos, económicos, jurídicos, ambientales, geológicos, entre otros. La cantidad de criterios a contemplar, su prioridad e interrelación corresponde a una tarea política y normativa. En el caso costarricense, esos criterios se encuentran establecidos a nivel normativo en el artículo 30 de la Ley Orgánica del Ambiente.

Atendiendo a la fase política del *ordenamiento territorial*, en Costa Rica la formulación de la *política nacional* le corresponde al Estado, propiamente al Poder Ejecutivo, según normativa de rango *infra*-legal. Conforme a lo anterior y según el esquema de la Ley No. 7554, la *política de ordenamiento territorial* no se formula directamente desde las municipalidades.

Sin embargo, la Ley Orgánica del Ambiente no otorga rango normativo a los lineamientos nacionales de ordenamiento territorial, los cuales quedan enunciados solo a nivel de *política*, con excepción de lo establecido en el artículo 30 de la Ley No. 7554. De modo que existe una relación laxa entre la *política nacional de ordenamiento territorial* (que no es norma) y la *planificación urbana* (que es sí normativa).

Este vacío en la Ley Orgánica del Ambiente es de tal envergadura que permite que los criterios legales previstos en el artículo 30 sean vinculantes directamente sobre un *Plan Regulador*, como norma inferior a la Ley, lo que no ocurre con la *política nacional*, la que es elaborada con los mismos criterios. Es decir, la *política nacional* no es vinculante normativamente para la elaboración de un *Plan Regulador*.

Como resultado, jurídicamente es posible que la política de ordenamiento territorial, que se supone es nacional, en la práctica pueda ser “formulada” desde un *Plan Regulador*, o sea, a nivel local, en lugar de que sea la *política nacional* la que vincule normativamente al *Plan Regulador* y sea este el que la ejecute.

Al margen de las irregularidades normativas, se reitera que el *ordenamiento territorial* en Costa Rica existe como *política*, pero no como norma (con excepción de los criterios del artículo 30 de la Ley No. 7554, establecidos para la elaboración de la *Política Nacional*).

---

<sup>318</sup> Zoido Naranjo, Florencio (1998) “Geografía y ordenación del territorio”. En: *Íber. Didáctica de las ciencias sociales. Geografía e Historia*, No. 16 (19-31): página 3 del archivo electrónico PDF. Recuperado de: <<http://ri.uaemex.mx/bitstream/handle/20.500.11799/31344/secme-16705.pdf?sequence=1>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. | Ver en el mismo sentido: Sanabria Pérez, Soledad. (2014) “La ordenación del territorio: origen y significado”. En: *Terra Nueva Etapa*, Vol. XXX, No. 47 (13-32): pp. 16-18. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/721/72132516003.pdf>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

Entonces, es la *planificación urbana local* el proceso que debe integrar los lineamientos de *ordenamiento territorial*, sean estos políticas o meras directrices y no normas como tales.

La relación que existe entre el *ordenamiento territorial* y la *planificación urbana* en Costa Rica no es de jerarquía normativa, puesto que el ordenamiento territorial no es normativo, con excepción del artículo 30 de la Ley No. 7554. Por este motivo, existen dudas sobre lo que ocurriría si un *Plan Regulador* se opone a la *Política Nacional de Ordenamiento Territorial*, pero sin oponerse al artículo 30 de la Ley No. 7554.

La relación existe en la medida en que la municipalidad decida incorporar o no la *Política Nacional* y en el tanto el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo exija esa integración, como ente que aprueba el *Plan Regulador*. La Ley Orgánica del Ambiente no establece de manera expresa la entidad encargada de promulgar la *Política Nacional de Ordenamiento Territorial*, por lo que no es posible concluir que esa entidad pueda tener alguna competencia de control sobre la adecuación de la *planificación urbana* a la *Política Nacional*<sup>319</sup>.

Todo esto lleva a concluir, por lo menos con base en la lectura de las leyes, que el ordenamiento territorial y la planificación urbana son procesos distintos. En Costa Rica, el primero aspira a ser implementado a nivel de *política nacional*, mientras que la planificación urbana se lleva a cabo a tres niveles: nacional, regional o local, siendo de carácter normativo únicamente el local. La planificación urbana debe ser conforme con los lineamientos nacionales de ordenamiento territorial o, por lo menos, integrar los criterios establecidos en el artículo 30 de la Ley Orgánica del Ambiente. Son por ende, procesos complementarios.

A pesar de lo anterior, en este trabajo se sostiene que la Ley de Planificación Urbana de 1968, debido a su imprecisión y ambigüedad, no se opone al ordenamiento territorial, regulado por la Ley No. 7554 de 1995. De modo que la planificación a nivel local puede llevarse a cabo como comprensiva de todo el territorio cantonal y no necesariamente reducida al entorno urbano, matiz que deja puertas abiertas para integrar en un *Plan Regulador* criterios de ordenamiento territorial para la planificación del territorio cantonal.

---

<sup>319</sup> En la práctica, la *Política Nacional de Ordenamiento Territorial* vigente (sea para el período 2012-2021) fue promulgada por el Ministerio de Vivienda y Asentamientos Humanos, el Ministerio de Ambiente y Energía y el Ministerio de Planificación Nacional, pero elaborada en coordinación con diversas entidades. Al respecto consultar el Decreto Ejecutivo No. 37623 del 27 de noviembre del 2012 mediante el cual se oficializa la *Política Nacional*. La promulgación conjunta se hace tomando en consideración que el Ministerio de Vivienda es el órgano rector del Sector Ordenamiento Territorial y Vivienda, según lo establecido en los artículos 2 inciso h) y 5 inciso h) del Reglamento Orgánico del Poder Ejecutivo vigente a ese momento, sea el Decreto Ejecutivo No. 34582 del 4 de junio del 2008, vigente a ese momento.

La *planificación urbana* y el *ordenamiento territorial* son procesos distintos, pero complementarios, por esa circunstancia, jurídicamente no hay impedimento para ambos sean implementados a nivel local mediante el instrumento *Plan Regulador*<sup>320</sup>.

Estas consideraciones sustentan una propuesta interpretativa de la Ley No. 4240, armónica con el resto del ordenamiento normativo, en particular con la Ley No. 7554, a fin de concebir el *Plan Regulador* como un eje articulador entre la *planificación urbana* y el *ordenamiento territorial*. En tal caso, considérese que allí donde la Ley emplee el término *planificación urbana*, puede entenderse, igualmente integrado en el sentido de la norma, el *ordenamiento territorial*. Con estos “anteojos hermenéuticos” es posible redimensionar el sentido del esquema legal de la planificación urbana plasmado en la Ley No. 4240, el que se describe a continuación.

### c.1.- Esquema legal de la planificación urbana en Costa Rica

En este apartado se analiza el esquema de *planificación urbana* adoptado por la Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240 de 1968. De la lectura completa esa Ley es posible establecer una compartimentalización para efectos de análisis, con lo cual se proponen cinco compartimientos<sup>321</sup>, cada uno con la función de regular un *contenido* distinto, a saber: 1) regulación del modelo de planificación urbana en Costa Rica, 2) regulación marco de la potestad de planificación urbana, 3) regulación orgánica, 4) regulación tributaria y 5) disposiciones para la implementación de la ley. Para propósitos de este apartado únicamente se estudiará el esquema de planificación urbana a partir de lo dispuesto en los compartimientos identificados bajo los números 1), 2) y 3).

---

<sup>320</sup> El Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU) mantiene una posición similar, según se señala tímidamente en el *Manual de Planes Reguladores como Instrumento de Ordenamiento Territorial* (2018), propiamente en un comentario sobre el artículo 31 de la Ley Orgánica del Ambiente, al explicar que: (...) *para alcanzar el cumplimiento de los fines señalados [por la Ley No. 7554] se debe promover el desarrollo y reordenamiento de las ciudades, mediante el uso intensivo del espacio urbano. Lo anterior destaca el papel de la planificación urbana como un componente central en el ordenamiento territorial* (Subrayado es suplido). Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo. (2018) *Manual de Planes Reguladores como Instrumento de Ordenamiento Territorial*. San José: INVU, p. 6. Disponible en: <<https://www.invu.go.cr/documents/20181/32857/Manual+de+Planes+Reguladores+como+Instrumento+de+Ordenamiento+Territorial>> *Accesado el: 1 de noviembre del 2018.*

<sup>321</sup> **Compartimiento No. 1:** Capítulo preliminar, Sección Primera, Capítulo I; **Compartimiento No. 2:** Sección Segunda, Sección Tercera, Capítulo III; **Compartimiento No. 3:** Sección Primera, Capítulo II, Sección Tercera, Capítulos I y II; **Compartimiento No. 4:** Sección Tercera, Capítulo IV y **Compartimiento No. 5:** Capítulo Final.

Considerando que el *objeto* regulado por la Ley No. 4240 es la *planificación urbana y territorial*, con las salvedades conceptuales expuestas, es posible enunciar el contenido de la Ley de la siguiente manera:

1. ¿Qué regula?
2. ¿Cómo lo regula?
3. ¿Quién ejecuta la regulación?
4. ¿Para qué se efectúa la regulación?

Los aspectos enunciados no presuponen relaciones de jerarquía ni tampoco procesos, sino que describen aspectos de un objeto (lo regulado), por tanto, todos referidos al mismo. Estos aspectos pueden ser *presupuestos existenciales* o *condiciones modales*<sup>322</sup>. Estas dos categorías de análisis permiten reorganizar los elementos anteriores de la siguiente manera:

### Cuadro No. 15

Presupuestos existenciales y condiciones modales del objeto regulado por la Ley No. 4240

Presupuestos existenciales	Condiciones modales
¿Qué es la planificación urbana?	¿Cómo se realiza la planificación urbana?
¿Quién realiza la planificación urbana?	¿Para qué se realiza la planificación urbana?

Fuente: Elaboración propia, 2019.

Los compartimientos de la Ley No. 4240 bajo análisis pueden esquematizarse de la siguiente manera:

### Cuadro No. 16

Síntesis del contenido de la Ley No. 4240

Categoría de análisis	Aspecto	Contenido	Compartimiento (s)
Presupuesto existencial	¿Qué es planificación urbana?	Objeto	Regulación marco de la potestad de planificación urbana
	¿Quién realiza la planificación urbana?	Sujeto	Regulación marco de la potestad de planificación urbana. Regulación orgánica

<sup>322</sup> Un *presupuesto existencial* corresponde a un elemento o conjunto de elementos que de estar presente (s) constituyen al objeto de análisis: sea la *planificación urbana*. En sentido contrario, la falta de este elemento o conjunto de elementos permite concluir que no se está en presencia del objeto de análisis. Las *condiciones modales* son indicadores o parámetros necesarios o accesorios al objeto de análisis, pero que su ausencia no genera la inexistencia de este, sino su diversidad o en algunos casos su deficiencia.

Condiciones modales	¿Cómo se realiza la planificación urbana?	Modo	Regulación del modelo de planificación urbana en Costa Rica
	¿Para qué se realiza la planificación urbana?	Fin	Regulación marco de la potestad de planificación urbana

**Fuente:** Elaboración propia, 2019.

Conforme a la síntesis propuesta, se describe de forma sencilla y resumida el contenido de la Ley de Planificación Urbana en el siguiente orden: i) objeto, ii) sujeto, iii) modo y iv) fin, con lo cual se abarcan todos los aspectos del objeto base de la ley y su respectiva ubicación en los compartimientos definidos.

**c.1.1.- Objeto.** A diferencia de otras leyes, la técnica normativa empleada en la Ley No. 4240 no establece un capítulo de disposiciones generales, ni existe en su texto un artículo que establezca y delimite su objeto. A pesar de lo anterior, no es difícil entender que el objeto de la Ley No. 4240 es la *planificación urbana*; sin embargo, lo que resulta de mayor complejidad es su conceptualización, delimitación y caracterización.

La Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240, en su artículo primero contempla una serie de definiciones según las cuales se debe orientar el sentido de los términos empleados por la Ley. Primeramente, interesan las definiciones legales de *planificación urbana* y de *Plan Regulador*. Se aclara que estas definiciones son insumos para el análisis y no prescripciones de interpretación. Del texto de esas definiciones se desprenden los siguientes elementos:

#### *Planificación urbana*

- La *planificación urbana* es un proceso de análisis y formulación de instrumentos.
- El *proceso de planificación urbana* es continuo e integral.
- Los *instrumentos de planificación urbana* son: *planes* y *reglamentos*.
- El *proceso de planificación urbana* está dirigido a procurar el desarrollo urbano, la seguridad, salud, comodidad y bienestar de la comunidad.

#### *Plan regulador*

- El *Plan Regulador* es un instrumento de planificación urbana local.
- El *Plan Regulador* define un conjunto de elementos (planos, mapas, reglamentos y cualquier otro documento).



- Los propósitos del *Plan Regulador* son la distribución de la población, usos de la tierra, vías de circulación, servicios públicos, facilidades comunales, construcción, conservación y rehabilitación de áreas urbanas.

De lo anterior es posible hacer la siguiente afirmación: La Ley No. 4240 tiene por objeto instituir el proceso de planificación urbana a nivel nacional, regional y local, mediante la regulación del procedimiento de elaboración y el contenido mínimo de los instrumentos de planificación urbana. El objeto de esta Ley es la creación y regulación de una potestad pública: la potestad de planificación urbana.

La regulación de esta potestad es *sui generis*, toda vez que la Ley de Planificación Urbana es una ley instrumental o marco, de modo que sus normas, a excepción de algunas, no se aplican directamente como actos individuales, sino que encauzan el procedimiento para la elaboración de instrumentos normativos de planificación, por medio de los cuales se hace efectiva la potestad, al tiempo que se les establece un contenido mínimo, susceptible de ser complementado o especificado a nivel *infra-legal*, sea en cada instrumento normativo de planificación.

De esta manera, la Ley se convierte en una ley de atribución de potestades, aun cuando no regula con exhaustividad su contenido. Esto es lo que explican Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández como elemento de la *potestad*, debido a que ésta

*No recae sobre ningún objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o directrices. No consiste en una pretensión particular, sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos (...)*<sup>323</sup>.

La Ley No. 4240 tiene por objeto la constitución de la potestad de planificación urbana, regularla como proceso y como producto. Esto quiere decir que el objeto de un *Plan Regulador* es la especificación del contenido mínimo de la potestad de planificación urbana. El *plan*, como instrumento normativo y de planificación, es el que operativiza esa potestad. Se trata de una norma derivada de rango *infra-legal*, por lo que debe adecuarse al bloque de legalidad y constitucionalidad, en particular, a la configuración marco hecha previamente por la Ley de Planificación Urbana.

El contenido mínimo de un *Plan Regulador* no se restringe únicamente a normas urbanísticas. Valga aclarar que el contenido de este instrumento alcanza los lineamientos

---

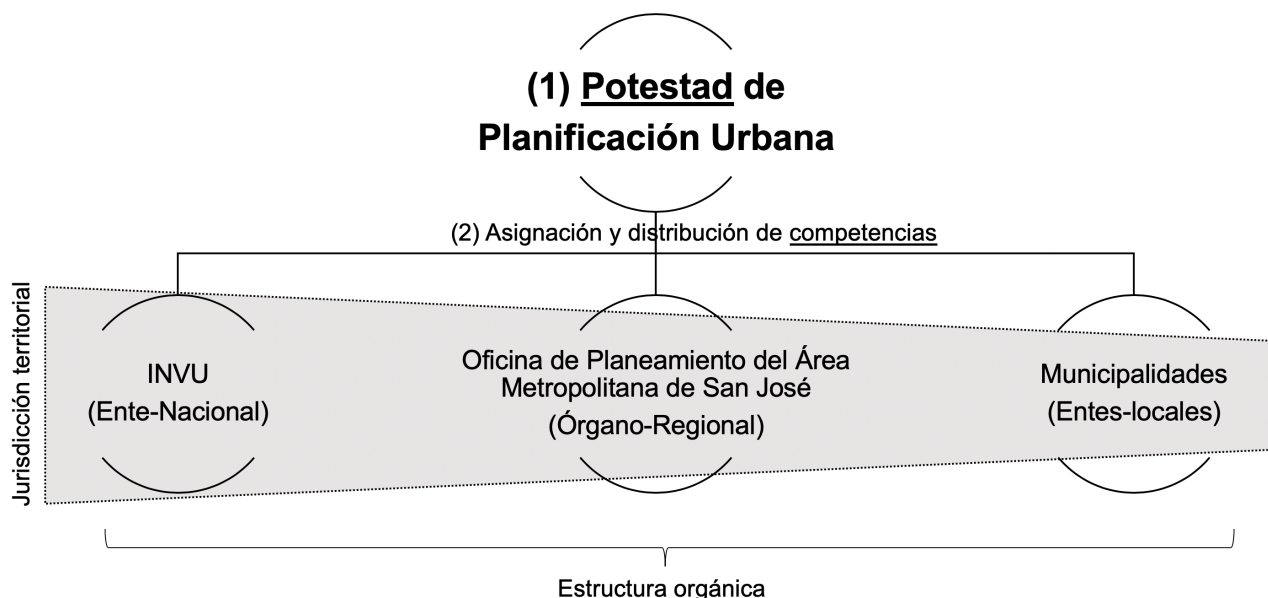
<sup>323</sup> Fernández, Tomás Ramón, García de Enterría, Eduardo. (2000) *Curso de Derecho Administrativo I*. 10ª Ed. Madrid: Ediciones Cívitas S.L.: pp. 441-442.

sobre ordenamiento territorial, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica del Ambiente y según las aclaraciones conceptuales del apartado a) de este Capítulo.

**c.1.2.- Sujeto.** La Ley No. 4240 efectúa una operación que atribuye a diversos sujetos la posibilidad de ejercitar varios contenidos de la potestad de planificación urbana. La potestad se encuentra distribuida orgánicamente en dos tipos de *entes* de Derecho Público, uno con jurisdicción nacional que es el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU) y otros con jurisdicción local que son las Municipalidades. Además, un tercero que es un *órgano* inter-municipal (regional) que es la Oficina de Planeamiento del Área Metropolitana de San José.

La Ley de Planificación Urbana distribuye la potestad mediante la asignación desigual de competencias, en atención al ámbito espacial de la planificación urbana. Esquemáticamente puede verse así:

**Diagrama No. 14**  
Atribución normativa de la potestad de planificación urbana.  
Distribución orgánica de competencias planificadoras



**Nota:** El número (1) hace referencia a la atribución de la *potestad* y el número (2) a la distribución de la potestad mediante la asignación de *competencias*. **Fuente:** Elaboración propia, 2019.

El Diagrama No. 14 describe cómo la potestad de planificación urbana se distribuye, a manera de asignación de competencias, en una estructura orgánica determinada (entes-órganos). No se deriva del diagrama una jerarquía de competencias, esto es porque las competencias solo se distribuyeron espacialmente y no formalmente.

A partir de este elemento subjetivo-espacial es posible cuestionarse si el modelo de planificación (modo) es igual en cualquier nivel territorial e igual según que el instrumento de planificación provenga de un ente (nacional o local) o un órgano. Esta cuestión se analiza con mayor detalle en el siguiente punto.

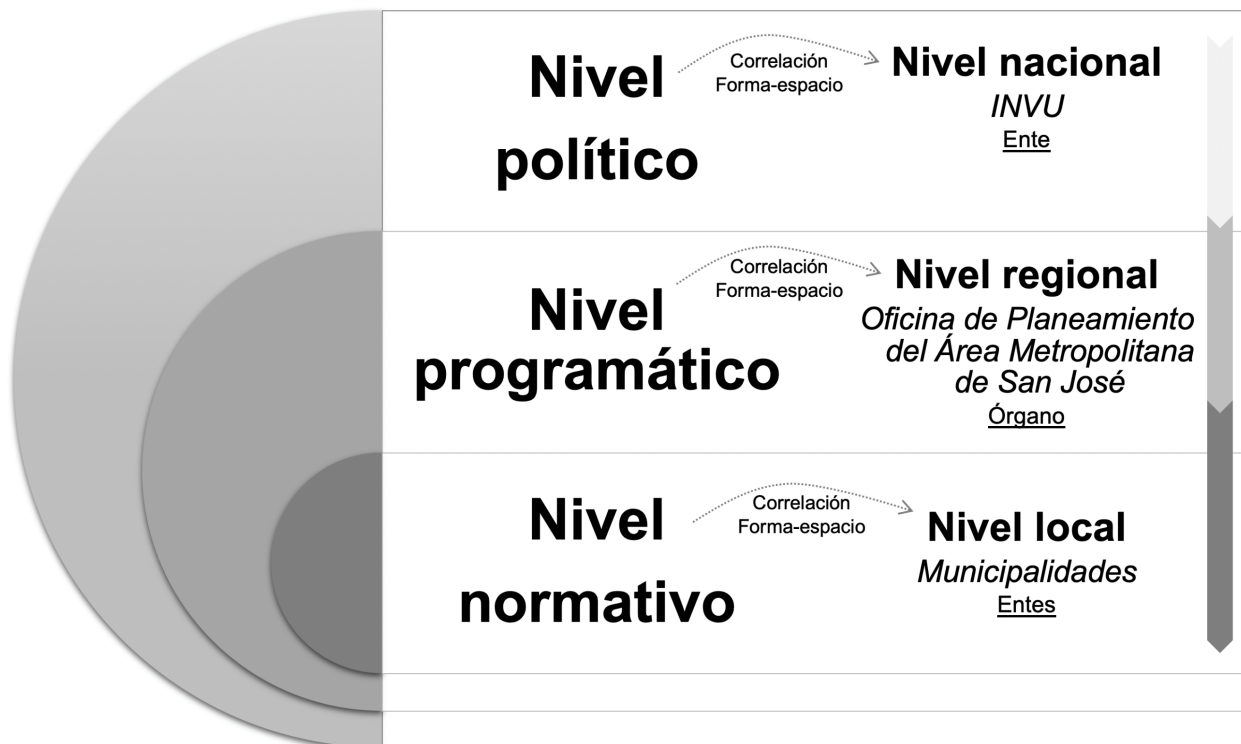
**c.1.3.- Modo.** Este elemento se ubica en el compartimiento de “regulación del modelo de planificación urbana en Costa Rica”. El *modo* puede desagregarse en sub-elementos, como la forma, el espacio y el tiempo, entre otros. En el punto anterior se adelanta parcialmente el sub-elemento espacial, puesto que está directamente vinculado con el tema orgánico-subjetivo.

Primero se expone las *formas* de planificación, usualmente denominadas como *niveles* o *modelo* de planificación. La Ley No. 4240 establece un modelo de planificación eminentemente espacial, por lo que todos los elementos de la potestad de planificación urbana (forma, tiempo, entre otros) giran en torno al espacio. Esto no necesariamente es negativo, pero sí lo es la manera en que lo efectúa la Ley.

La Ley no adecua la forma al espacio, sino el espacio a la forma. La Ley No. 4240 fuerza *el espacio* objeto de planificación *en la forma* de planificar, en lugar de proyectar espacialmente la forma elegida. Esto tiene como resultado diferentes formas de planificar correspondientes a diferentes espacios.

Las formas de planificar adoptadas por la Ley No. 4240 se dan en tres niveles: a) político, b) programático y c) normativo, esto es planificar en forma de política, de programa o de norma. Debido al paradigma eminentemente espacial de la Ley de Planificación Urbana, la relación entre cada forma de planificación y la jurisdicción territorial correlativa puede, a su vez, vincularse con una estructura orgánica, lo cual se resume de la siguiente manera:

**Diagrama No. 15**  
Niveles de planificación. Correlación forma-espacio.



**Fuente:** Elaboración propia, 2019.

El Diagrama anterior sugiere una relación jerárquica entre los niveles de planificación, al tiempo que prioriza las formas asociadas a estos. Sin embargo, la relación de jerarquía debe leerse inversamente, es decir, de abajo hacia arriba, señalado en color del más oscuro al más claro. Esto es así debido al paradigma espacial sobre el cual está construida la Ley de Planificación Urbana. Sobre este punto, se difiere parcialmente de lo propuesto por Jurado Fernández, como parte de la doctrina nacional, quien afirma que a partir de lo establecido por la Ley No. 4240:

*(...) se puede concluir que existen tres niveles o ámbitos espaciales en los que se ejerce la planificación urbana: el local, el regional y el nacional, y que dicha ley establece, también, cual es el ente u órgano público encargado de planificar el*

desarrollo urbano en cada ámbito o nivel, de conformidad con la forma en que está organizada la administración pública costarricense. (Subrayado es suplido)<sup>324</sup>

Un análisis fino de la distribución espacial de la potestad de planificación urbana efectuada por la Ley No. 4240, permite concluir que esta distribución se efectúa sin dimensionar la falta de correspondencia orgánica en ciertos niveles espaciales, como el regional y el nacional. Entonces, aún cuando exista un ente de Derecho Público de alcance nacional, como lo es el INVU, así como un órgano inter-local como lo es la Oficina de Planeamiento del Área Metropolitana de San José, lo cierto es que tales organismos (ente y órgano respectivamente) no tienen atribuidas constitucionalmente competencias para la planificación urbana, lo cual se da únicamente a nivel local, por medio del artículo 169 de la Constitución Política.

Como consecuencia de lo anterior, la *forma* de planificación asociada a cada nivel orgánico-espacial es de mayor a menor intensidad normativa, considerando el nivel local como el de mayor y único grado normativo. De esta manera, la Ley de Planificación Urbana genera un esquema atomista, fragmentario, disperso e inconexo de planificación urbana a nivel local, pero cuya intensidad normativa es la de mayor grado. Mientras que las formas de planificación regional y nacional se revisten de menor vinculatoriedad respecto de los planes locales y carentes de eficacia normativa, puesto que únicamente se trata de políticas o planes que no encuentran lugar en la jerarquía normativa.

En cuanto al *Plan Nacional de Desarrollo Urbano*, correspondiente al nivel *político* de planificación *nacional* a cargo del INVU, el artículo 6 de la Ley No. 4240 da cuenta su carácter recomendativo u orientador, al decir expresamente:

Las recomendaciones del Plan Nacional servirán para orientar a la Asamblea Legislativa y a todos los organismos rectores de la Administración Pública, nacionales o locales, respecto a la realización y prioridad de aquellos proyectos de

---

<sup>324</sup> Jurado Fernández, Julio. (2009) "La potestad pública de planificación urbana y la jurisprudencia constitucional". En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 123 (13-30): p. 17. Disponible en: <<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13510>> *Accesado el: 1 de noviembre del 2018.* | Ver en el mismo sentido: Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo. (2018) *Manual de Planes Reguladores como Instrumento de Ordenamiento Territorial*. San José: INVU, pp. 31-33. Disponible en: <<https://www.invu.go.cr/documents/20181/32857/Manual+de+Planes+Reguladores+como+Instrumento+de+Ordenamiento+Territorial>> *Accesado el: 1 de noviembre del 2018.* | Jinesta Lobo, Ernesto. (2008) "Planificación urbanística local en la jurisprudencia constitucional". Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Urbanístico organizado por la Universidad de Guadalajara. Guadalajara: IIJ, UNAM, AIMDA, 15-17 mayo 2018: pp. 5-13. Disponible en: <[http://www.ernestojinesta.com/\\_REVISTAS/PLANIFICACIÓN%20URBANÍSTICA%20LOCAL%20EN%20LA%20JURISPRUDENCIA%20CONSTITUCIONAL.PDF](http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/PLANIFICACIÓN%20URBANÍSTICA%20LOCAL%20EN%20LA%20JURISPRUDENCIA%20CONSTITUCIONAL.PDF)> *Accesado el: 1 de noviembre del 2018.* | Obando León, Juan José. (2011) "Planificación urbana sostenible en Costa Rica". En: López González, Silvia; Fernández Ruíz, Jorge, (Coords.) *Derecho Urbanístico*, 1ª Ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México: pp. 194-195. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3052/10.pdf>> *Accesado el: 1 de noviembre del 2018.*

*su incumbencia que, como los de obras o mejoras, trascienden al desarrollo físico.*  
(Subrayado es suplido)

El *Manual de Planes Reguladores como Instrumento de Ordenamiento Territorial* (2018) del INVU explica que el territorio nacional se ordena en tres niveles (nacional, regional, local), esto con base en el Reglamento General del Sistema Nacional de Planificación, Decreto Ejecutivo No. 37735 del 6 de mayo del 2013, es decir, el reglamento ejecutivo de la Ley de Planificación Nacional, Ley No. 5525.

En relación con la planificación a nivel *regional*, ese Manual señala que la circunscripción territorial correspondiente este nivel “*corresponde a las áreas equivalentes a una región*”<sup>325</sup>. El concepto de *región* está definido en el Decreto No. 37735 como parte de la regionalización propuesta por el Subsistema de Planificación Regional, específicamente el artículo 58 de este Decreto, que divide al país en 6 regiones<sup>326</sup>.

Esta regionalización es únicamente para efectos de planificación institucional interna, a pesar de lo dispuesto en el artículo 55 del Decreto Ejecutivo No. 37735, esto es así debido a que la potestad de planificación urbana no fue debidamente asignada y distribuida a nivel regional por la Ley No. 4240, de modo que no existe en este momento una división territorial-político-administrativa de Costa Rica en regiones a las cuales les corresponda su respectiva autoridad político-administrativa regional.

De esta manera, la promulgación de un *Plan Regulador Regional* solo está previsto para una única región legalmente establecida por la Ley No. 4240, que es el Área Metropolitana de San José. A pesar de ello, los planes regionales existentes no gozan de la fuerza normativa conferida por el artículo 64 de la Ley No. 4240, ya que no constituyen normas en sentido estricto. No existe hoy un ejemplo satisfactorio de planificación urbana regional en Costa Rica, ni tampoco un plan regulador con carácter normativo a nivel regional.

Actualmente, los únicos instrumentos de planificación urbana regional corresponden al *Plan Regional Urbano del Gran Área Metropolitana* (en adelante PRUGAM), adoptado en el marco de lo establecido por el artículo 63 de la Ley No. 4240 y el *Plan Regional de Ordenamiento Territorial del Gran Área Metropolitana*, conocido como Plan GAM (2013-2030).

---

<sup>325</sup> Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo. (2018) *Manual de Planes Reguladores como Instrumento de Ordenamiento Territorial*. San José: INVU, p. 28. Disponible en: <<https://www.invu.go.cr/documents/20181/32857/Manual+de+Planes+Reguladores+como+Instrumento+de+Ordenamiento+Territorial>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>326</sup> **Artículo 58.-Regionalización del territorio.** La integración y distribución del territorio en regiones para efectos de planificación, administración, investigación y desarrollo será la siguiente: a) Región Central; b) Región Brunca; c) Región Huetar Caribe; d) Región Huetar Norte; e) Región Chorotega; f) Región Pacífico Central. Las instituciones deberán aplicar la regionalización dispuesta y podrán utilizar dentro de las regiones distribuciones territoriales subregionales, conforme a sus necesidades de organización.

El PRUGAM no ha sido oficializado como Decreto Ejecutivo, sino por la Directriz Presidencial No. 35-MIVAH-PLAN del 28 de junio del 2012, cuyo artículo primero establece: “En toda política, plan, programa o proyecto relacionado con materia de ordenamiento territorial y desarrollo urbano del Gran Área Metropolitana se deben tomar en consideración como insumos los productos generados por el “Proyecto de Planificación Urbana Regional de la Gran Área Metropolitana de Costa Rica (PRUGAM)”, que se encuentran disponibles en el siguiente sitio electrónico: [http://www.mivah.go.cr/PRUGAM\\_Productos.shtml](http://www.mivah.go.cr/PRUGAM_Productos.shtml)”<sup>327</sup>.

Por otro lado, el Plan GAM (2013-2030) sí fue oficializado vía Decreto Ejecutivo No. N° 38145-PLAN-MINAE-MIVAH-MOPT-S-MAG, del 21 de enero del 2014, lo que lo convierte en el único instrumento de planificación regional debidamente aprobado, considerando que el PRUGAM constituye una mera propuesta o proyecto.

Por su parte, el artículo 63 de la Ley No. 4240 establece que la Oficina de Planeamiento del Área Metropolitana de San José es un “órgano especial intermunicipal” cuyo propósito es “recomendar el Plan Regulador Metropolitano y sus reglamentos”. El artículo 64 de la misma Ley establece que este *Plan Regulador Metropolitano* y sus reglamentos “adquirirán fuerza de ley para todas las municipalidades del circuito que hayan acordado su adopción”.

La regulación de la eficacia normativa del *Plan Regulador Metropolitano* (planificación urbana regional-programática) podría resultar inconstitucional por contravenir lo dispuesto en el artículo 169 de la Constitución Política. Así, en tanto que el Plan-producto es una recomendación efectuada por la Oficina de Planeamiento, el Plan que finalmente adquiere carácter normativo, es el que la Municipalidad apruebe, el que no necesariamente debe ser aprobado tal como fue recomendado, antes bien, existe la posibilidad de ser discutido o enmendado por el Concejo Municipal, órgano deliberativo, democrático y competente para emitir normas reglamentarias por mandato constitucional.

La “intensidad normativa” de este Plan Regional no es clara respecto de la posible tensión frente a un Plan Regulador local, cuya normatividad es innegable por disposición constitucional y por los artículos 15 y 19 de la Ley No. 4240<sup>328</sup>.

De modo que el mero criterio *espacial* de lo *macro* a lo *micro* no es suficiente para que la jerarquía normativa de un *Plan Regulador* local ceda frente a instrumentos de dudosa naturaleza jurídica. La jerarquía normativa estará determinada por la norma de grado superior habilitante, la competencia del órgano emisor y la naturaleza del instrumento emitido.

---

<sup>327</sup> Ha sido el Plan Regional de Ordenamiento Territorial del Gran Área Metropolitana, conocido como Plan GAM (2013-2030) el instrumento oficializado vía Decreto Ejecutivo No. N° 38145-PLAN-MINAE-MIVAH-MOPT-S-MAG, del 21 de enero del 2014.

<sup>328</sup> Ver: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 6706 del 21 de diciembre de 1993. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la potestad normativa del INVU es de carácter residual y supletorio, en estricto cumplimiento de lo dispuesto en el Transitorio II de la Ley No. 4240. Al respecto se indica:

*(...) se reitera la tesis de que sigue siendo atribución exclusiva de los gobiernos municipales la competencia de la ordenación urbanística, y sólo de manera excepcional y residual, en ausencia de regulación dictada al efecto por las municipalidades, es que el INVU tiene asignada la tarea de proponer planes reguladores, pero a reserva de que sean previamente aprobados por el ente local; de manera que las disposiciones que al efecto dicte esta institución autónoma en lo que se refiere a planificación urbana, deben siempre considerarse transitorias, y en defecto del uso de las competencias municipales<sup>329</sup>. (Subrayado es suplido)*

A mayor abundamiento, es necesario analizar lo establecido por la Ley Orgánica del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, Ley No. 1788 del 24 de agosto de 1954. Esta Ley se promulga 14 años antes que la Ley de Planificación Urbana y 16 años antes que el primer Código Municipal del 4 de mayo de 1970, Ley No. 4574, ya derogado. El régimen municipal vigente al momento de promulgarse la Ley Orgánica del INVU es el esquema constitucional de 1949 y las Ordenanzas Municipales, Ley No. 20 del 24 de julio de 1867, preconstitucionales.

El artículo 5 de la Ley No. 1788 le atribuye al INVU 19 competencias, de las cuales únicamente 7 se encuentran relacionadas de manera indirecta con el urbanismo, es decir, sin atribuir una potestad clara en materia normativa. El inciso a) del artículo establece como atribución “Preparar planos reguladores para todos los conglomerados urbanos de la nación (...) y redactar los reglamentos necesarios para su aplicación (...)” lo cual “(...)se hará efectivo a través de las Corporaciones Municipales, previa la aprobación de una ley general de planeamiento de las ciudades”.

Esta es la única disposición del artículo 5 que hace referencia expresa al *Plan Regulador* y la competencia atribuida no tiene que ver con la potestad normativa, sino con la preparación del plan. En todo caso, es la Ley No. 4240 la que faculta al INVU para el control de legalidad de los Planes Reguladores locales, mediante la figura de la aprobación *ex post* (artículo 10 inciso a) de la Ley No. 4240).

Por ejemplo, el inciso b) del artículo 5 dispone que el INVU puede elaborar un *plan* para la construcción de viviendas y urbanizaciones. El inciso c) establece la obligación de construir viviendas pero en el marco de un “ordenamiento de las zonas de vivienda”. El inciso ch) obliga al INVU a la eliminación de construcciones insalubres o peligrosas, mediante un plan de

---

<sup>329</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 4205 del 20 de agosto de 1996. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.



“renovación urbana”. El inciso f) faculta al INVU para ejercer una función coordinadora entre las Administraciones Públicas en lo relativo a vivienda y urbanismo.

Por su parte, el inciso d) le atribuye la competencia al INVU de construir, higienizar, reparar o ampliar viviendas, así como obras de urbanización y saneamiento urbano. Sin embargo, lo importante de este inciso es que señala la posibilidad de emitir normas técnicas. Hoy, estas normas técnicas corresponden al cumplimiento de lo establecido en el Transitorio II de la Ley de Planificación Urbana.

El resto de incisos del artículo 5 en análisis corresponden a disposiciones varias, relativas a la potestad de expropiación, posibilidad de efectuar contratos, la obligación de establecer un sistema de ahorro y préstamo de viviendas, entre otras, pero no propiamente sobre urbanismo o planificación urbana.

De esta manera, se vislumbra que la Ley Orgánica del INVU, al ser anterior a la Ley de Planificación Urbana, no faculta a este Instituto de manera integral para la regulación del urbanismo, sino que fue propiamente la Ley No. 4240 la que le atribuyó competencias en este ámbito, principalmente por medio de los artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 13 de la Ley de Planificación Urbana. Eso sí, ninguna de estas normas le atribuye potestad normativa, con excepción del Transitorio II, cuya vigencia es temporal y supletoria. Esto evidencia la nula intensidad normativa del *Plan Nacional de Desarrollo*, que se encuentra únicamente a nivel político.

Por partidariedad de razón y a la luz de un razonamiento *a fortiori*, se puede argumentar que de la misma manera en que el INVU es competente para formular planes de ordenamiento urbano a *nivel nacional*, también lo es a *nivel regional*. Esta proposición está expresa en el artículo 2 de la Ley No. 4240.

El argumento que se sostiene en este trabajo parte del paradigma eminentemente espacial con que se estructura la Ley No. 4240, puesto que organiza la planificación urbana únicamente a partir de un criterio espacial, dejando de lado el orgánico y el formal. Esto quiere decir que existe una indebida correspondencia entre los tres criterios: espacial-orgánico-formal.

De ahí que en este trabajo se afirme la imposibilidad de que el INVU pueda emitir planes con eficacia normativa a nivel nacional o regional, como si fueran *Planes Reguladores* locales. Para tales niveles espaciales, la correspondencia *formal* es únicamente la figura de la *política* (nivel nacional) y la figura del *plan sin eficacia normativa* (nivel regional). Correlativamente, a nivel orgánico, el INVU no tiene competencias legales para emitir ese tipo de normas, salvo el caso de la norma transitoria aludida.

Lo que sí se comprende es la intención de la Ley No. 4240 de buscar un *esquema de planificación en cascada*, aunque mal regulado. Esto es que desde el nivel nacional, nivel macro, se fijen las líneas de acción para la planificación a nivel micro. Sin embargo, esta intención no se logra hacer efectiva por la poca intensidad normativa que ostenta una *política* y un *plan sin eficacia normativa*. Si bien no se está proponiendo un *Plan Regulador* nacional con mayor jerarquía normativa que un *Plan Regulador* regional y local, lo cierto es que el esquema actual no vincula la labor normativa del *Plan Regulador* local, quedando estos con un margen amplísimo de discrecionalidad para la fijación de sus propias líneas de acción y con ello disipando la congruencia y unidad de la planificación nacional o regional. Sobre esto, el *Manual de Planes Reguladores del INVU* señala:

*La integración entre los niveles territoriales nacional, regional y local se aborda mediante la planificación en cascada, es decir, mediante la gestión del territorio a través de diferentes planes jerarquizados según el nivel que abarcan. Cada plan aborda lo que le corresponde según su nivel, respetando las competencias de otros niveles.*<sup>330</sup> (Subrayado es suplido)

En rigor, no es correcto afirmar que existen “planes jerarquizados”, puesto que la jerarquía no adquiere eficacia por la mera organización espacial (niveles espaciales de planificación), sino por la norma de grado superior habilitante, es decir, la que atribuye potestad normativa a un determinado ente u órgano. La afirmación allí contenida no es correcta en tanto le atribuye el mismo efecto normativo de un *Plan Regulador* local a un *Plan Regulador* Regional o Nacional.

Este argumento erróneo se explica con mayor detalle, al decir que: “(...) *cada plan considera y responde a lo establecido en otros planes de nivel superior, acatando lo que le corresponda según la normativa vigente (...)*”<sup>331</sup> (Subrayado es suplido). Bajo esa línea de exposición, es posible afirmar que el Plan Nacional de Desarrollo Urbano, que no es norma, es normativamente superior que cualquier *Plan Regulador* local. Por tanto, una “antinomía” entre estos instrumentos (que son de diversa naturaleza) generaría que la *norma* del *Plan Regulador* local deba desaplicarse si es contraria a una directriz o política del Plan Nacional de Desarrollo Urbano, que no es norma.

Por esta razón se afirma que existe una indebida regulación del esquema de planificación urbana por parte de la Ley No. 4240, aún cuando la intención del legislador sea loable. En la práctica, un posible salvamento para la efectividad de una *planificación urbana en cascada* es

---

<sup>330</sup> Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo. (2018) *Manual de Planes Reguladores como Instrumento de Ordenamiento Territorial*. San José: INVU, p. 31. Disponible en: <<https://www.invu.go.cr/documents/20181/32857/Manual+de+Planes+Reguladores+como+Instrumento+de+Ordenamiento+Territorial>> *Accesado el: 1 de noviembre del 2018.*

<sup>331</sup> Id.

lo que el mismo INVU propone recientemente en su Manual de Planes Reguladores. Esto es que la planificación de nivel micro, aún cuando sea norma, pueda elaborarse en *coordinación e integración* con la planificación existente a nivel macro. Este argumento es más pragmático que teórico, es más político que jurídico. Ya que la planificación, aun cuando sea técnica y normativa, tiene un marcado componente político, por lo que bien podría apartarse de los planes nacionales y regionales.

De ahí que la conformidad de un *Plan Regulador* local con un *Plan o Política* nacional o regional, no se trata de un asunto de jerarquía normativa, sino de aplicación de los principios de coordinación administrativa y de unidad. De esta manera, la inconformidad solo existiría y sería relevante cuando la regulación urbanística sea evidentemente lejana de las líneas de acción nacionales y regionales, lo cual deja lugar para un margen permitido de discrecionalidad muy amplio.

En ese marco, la Sala Constitucional indica que las *políticas generales* incluidas en el Plan Nacional de Desarrollo Urbano, por parte del INVU y del Poder Ejecutivo:

*(...) debe entenderse como el límite formal de los grandes lineamientos, normas técnicas o directrices generales conforme a las cuales deben los gobiernos locales elaborar sus respectivos planes reguladores y los reglamentos de desarrollo urbano correspondientes, pues no es posible pretender que el Plan Nacional de Desarrollo Urbano se elabore y ponga en práctica íntegramente por el Gobierno Central, sin la intervención directa de las municipalidades en esa materia.- Tal situación atenta no sólo contra los más elementales principios de la lógica y la conveniencia, habida cuenta de que se trata de los intereses particulares de cada cantón de la República, sino también contra los principios constitucionales del régimen municipal, establecido por nuestra Carta Fundamental en los artículos 168 a 175.- La planificación urbana, sea la elaboración y puesta en marcha de los planes reguladores, es una función inherente a las municipalidades con exclusión de todo otro ente público, salvo lo dicho en cuanto a las potestades de dirección general atribuidas al Ministerio de Planificación y a la Dirección de Urbanismo<sup>332</sup>.  
(Subrayado es suplido)*

El esquema actual de *planificación urbana en cascada* no es normativo, sino indicativo, orientador. No es correcto pretender establecer jerarquías normativas entre instrumentos de planificación de diversa naturaleza, de modo que la relación que existe entre estos es prácticamente de coordinación, se trata de una relación horizontal y no vertical.

---

<sup>332</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 4205 del 20 de agosto de 1996. Sentencia No. 11397 del 8 de octubre del 2003. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

Por otra parte y respecto del sub-elemento temporal, debe indicarse que la Ley de Planificación Urbana no establece una norma que expresamente delimite en el tiempo la vigencia de un *Plan*, sea a nivel nacional, regional o local. Este vacío adquiere mayor interés tratándose de la *Planificación Urbana* local, cuyo instrumento además de ser un *plan* es una *norma*. De tal modo que la vigencia de esas normas jurídicas está sujeta a la decisión discrecional del Concejo Municipal encargado de su aprobación.

Sin embargo, el INVU, en su *Manual de Planes Reguladores como Instrumento de Ordenamiento Territorial*, recomienda que el *Plan* tenga una proyección, que no es vigencia en sentido técnico-jurídico, de 20 años, con actualizaciones y modificaciones cada 5 años<sup>333</sup>. Normalmente, en la literalidad de estos *Planes*, la vigencia se puede detallar de diversas maneras: i) regulación temporal (que no es un Transitorio), es decir, vigencia definida, ii) vigencia definida con prórroga automática por períodos predeterminados, iii) vigencia indefinida, i) no se indica nada sobre la vigencia, se entiende indefinida.

**c.1.4.- Fin.** Este elemento incluye tanto el *fin* como los *objetivos*. El *fin* en sentido estricto es axiológico, mientras que los *objetivos* son la concreción esperada de resultados, según los medios actuales propuestos. Ambos orientan el proceso hacia un rumbo, que es la concreción de objetivos y el perfeccionamiento del fin ulterior.

El fin último de la Ley No. 4240 es lograr un estado de *bienestar general*. Si bien, este valor es sumamente vago, lo cierto es que la Ley interviene en múltiples ámbitos, por lo que difícilmente puede abstraerse un fin único. Sin afán de exhaustividad y tomando como base el artículo 1 de la Ley No. 4240, respecto de la definición de *planificación urbana*, puede decirse que ese *bienestar general* comprende: 1) Seguridad (jurídica, ciudadana, entre otras); 2) Salud (individual, pública, ambiental, entre otras) y 3) Comodidad.

El fin cobra relevancia en múltiples ámbitos, especialmente como fundamento de las actuaciones públicas, como parámetro de control de la discrecionalidad administrativa y como límite entre la legalidad y el abuso o desvío de poder. Al respecto se ha dicho que el *fin* tiene dos funciones:

(...) negativamente, las potestades administrativas no pueden ejercitarse sino en servicio de ese interés comunitario, que es ajeno, y absolutamente superior, al interés propio de la Administración como organización; positivamente, la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés

---

<sup>333</sup> Id., pp. 75, 99, 101.

*comunitario lo exija, obligación que marca incluso las potestades discrecionales más amplias. (Subrayado es suplido)*<sup>334</sup>

En cuanto a los objetivos, debe indicarse que estos son fijados por el proceso de planificación estratégica<sup>335</sup>. De modo que la implementación del *Plan Regulador* es la ruta adecuada para su cumplimiento. A nivel operativo, el cumplimiento de los objetivos garantiza la satisfacción del fin ulterior. El fin cohesiona los objetivos y, es al mismo tiempo, parámetro para determinar si los objetivos planteados se alejan o se acercan al fin.

Entonces, cobra relevancia lo expuesto críticamente en acápites anteriores, respecto de la carencia de relación vertical de jerarquía normativa entre los diferentes instrumentos y niveles de planificación urbana, en tanto que la relación que existe es, más bien, de tipo horizontal y de coordinación. De esta manera, la coordinación e integración del macro proceso de *planificación urbana en cascada* debe hacerse a nivel operativo, es decir, en la coordinación de los objetivos de planificación en todos los niveles, siendo que el fin está fijado desde nivel nacional en el *Plan Nacional de Desarrollo Urbano*.

En este caso, la coordinación administrativa se verifica a nivel operativo, a nivel político-programático, configurándose una relación entre política-plan, entre líneas de acción o políticas-objetivos generales, entre objetivos generales-objetivos específicos, entre objetivos específicos-metas, entre metas e indicadores.

Hasta este punto de la exposición ya se ha elaborado un mapa de la Ley de Planificación Urbana. En el siguiente apartado se analiza si los elementos identificados en ese mapa se aplican de manera tal que satisfagan un determinado paradigma de la técnica de planificación, sea la *normativa* o la *estratégica*.

#### **d.- Paradigma de la planificación urbana local: proceso o producto**

En este apartado se analiza si la Ley de Planificación Urbana se inclina hacia un paradigma determinado sobre la planificación como técnica. Desde el punto de vista formal, la Ley deja

---

<sup>334</sup> Fernández, Tomás Ramón, García de Enterría, Eduardo. (2000) *Curso de Derecho Administrativo I*. 10ª Ed. Madrid: Ediciones Cívitas S.L.: p. 445.

<sup>335</sup> Sobre esto, Ezequiel Ander Egg explica: "*Planificar, como ya lo dijimos reiteradamente, es prever 'hacer algo', pero lo que se quiere no puede quedar en algo nebuloso (...) Aquello que se va a hacer, tiene que expresarse en objetivos concretos y bien definidos, traducidos operacionalmente en metas de cara a obtener resultados previstos. La planificación supone las posibilidades de una relación de causalidad entre lo decidido (programado), lo realizado (ejecutado) y los resultados obtenidos*". Ander Egg, Ezequiel. (2007) *Introducción a la planificación estratégica*. 1ª Ed. Buenos Aires: Lumen: pp. 28-29.

claro, aunque no desarrolla, el carácter instrumental de la *planificación urbana*, es decir, su naturaleza de *proceso*<sup>336</sup>.

A pesar de que la Ley No. 4240 califica a la *planificación urbana* como un *proceso*, el resto del texto legal no la regula como tal, sino como productos únicamente: instrumentos de planificación. La única noción cercana pero no equivalente a la de *proceso* es la establecida en el artículo 17, que regula el *procedimiento de elaboración del Plan Regulador*, sea la planificación urbana a nivel local.

Respecto de la *planificación regional* la Ley es omisa, por lo que puede entenderse que tiene una regulación análoga a la nacional, excepto en lo referente al Área Metropolitana de San José<sup>337</sup>. El artículo 2 de la Ley No. 4240 dispone: “Las funciones que requiere la Planificación Urbana, nacional o regional, serán cumplidas por la Oficina de Planificación<sup>338</sup> y el Instituto (...)” (Subrayado es suplido).

A nivel nacional, el *Plan Nacional de Desarrollo Urbano* no tiene previsto un procedimiento específico de elaboración, sino que únicamente le compete a la Junta Directiva del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo proponerlo y al Poder Ejecutivo aprobarlo<sup>339</sup>.

Es necesario aclarar: *proceso* y *procedimiento* no son lo mismo. El *procedimiento* es un conjunto de fases concatenadas entre sí cuyo cumplimiento ordenado conduce a la obtención de un producto. El *proceso* se integra de procedimientos de diverso tipo. El rasgo característico de un *proceso* es que es continuo y cíclico. El *proceso* en marcha no necesariamente culmina en sí mismo, sino que cada cierto tiempo concluye ciclos generando a su vez resultados según lo programado. En materia de *gestión de procesos* se explica tradicionalmente el concepto de *proceso* como un “*ciclo de actividades que transforma entradas en salidas*”<sup>340</sup>. Mientras que el *procedimiento* es definido como la descripción detallada de cómo realizar una tarea o actividad determinada<sup>341</sup>.

Afirmar que la *planificación urbana* es un *proceso*, es distinto que definir el *procedimiento* para la elaboración de un *Plan Regulador*. No existe equivalencia entre el *proceso* y el *procedimiento*, sino que el último es especie del primero. Para efectos de este trabajo es

---

<sup>336</sup> Para evitar confusiones terminológicas, se habla de *proceso* de planificación urbana o *proceso* (en cursiva) para referirse a la *planificación urbana* como tal. Esto es así debido a la posibilidad de atribuirle al término *proceso* su sentido jurídico-procesal, lo que no se hace en este apartado, salvo que expresamente se indique y claramente se distinga del uso principal que se hace en este trabajo.

<sup>337</sup> La delimitación territorial del Gran Área Metropolitana se efectúa mediante el Decreto Ejecutivo No. 13583-MIVAH-OFIPLAN del 3 de mayo de 1982, mediante el cual se oficializa el *Plan Regional de Desarrollo Urbano del Gran Área Metropolitana*, aprobado por el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo.

<sup>338</sup> Hoy, entiéndase por Oficina de Planificación el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica.

<sup>339</sup> Artículos 4 y 5 de la Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240 del 15 de noviembre de 1968.

<sup>340</sup> Bravo Carrasco, Juan. (2009) *Gestión de procesos*. Santiago: Editorial Evolución S.A.: p. 27.

<sup>341</sup> Id., p. 29.

necesario comprender que el *procedimiento* es un protocolo para la realización de una actividad concreta del *proceso* de planificación urbana. En este caso, el *procedimiento* es de tipo legal y describe en detalle los pasos para la elaboración de un *producto* denominado *Plan Regulador*; mientras que a nivel macro, el *proceso* es de *planificación*, la cual puede ser normativa o estratégica.

El esquema legal de la planificación urbana en Costa Rica es esencialmente de base territorial y en cascada (con las salvedades expuestas previamente), entonces, al nivel nacional le corresponde la realización del macro-proceso de planificación urbana, mientras que a nivel regional y local se efectúan sub-procesos, todos ellos orientados conforme al macro-proceso nacional. Todos estos procesos tienen sus procedimientos y productos propios.

La Ley No. 4240 no es clara al describir el proceso de planificación urbana. Ya se anticipó que el artículo 1 de esta Ley define *planificación urbana* como “*un proceso continuo e integral de análisis y formulación de planes y reglamentos sobre desarrollo urbano*”. Sin embargo, el esquema legal de la *planificación urbana local* contemplada en la Sección Segunda de la Ley parece no regular un *proceso* sino solo un *procedimiento* y unos *productos*, más precisamente, la Ley equipara el *proceso* con el *procedimiento* y desnaturaliza el carácter “continuo e integral” del proceso con la fijación *ad perpetuam* de los productos que genera. No se concibe una transformación continua de *entradas* en *salidas*, sino la transformación de una sola entrada a una sola salida, no es un ciclo procesal sino una meta procedimental.

Esto da a entender que una vez superado el *procedimiento* de elaboración de un *Plan Regulador* se obtiene un producto (salida) que está vigente de manera indefinida hasta que en un momento futuro no conocido exista otro producto que lo sustituya.

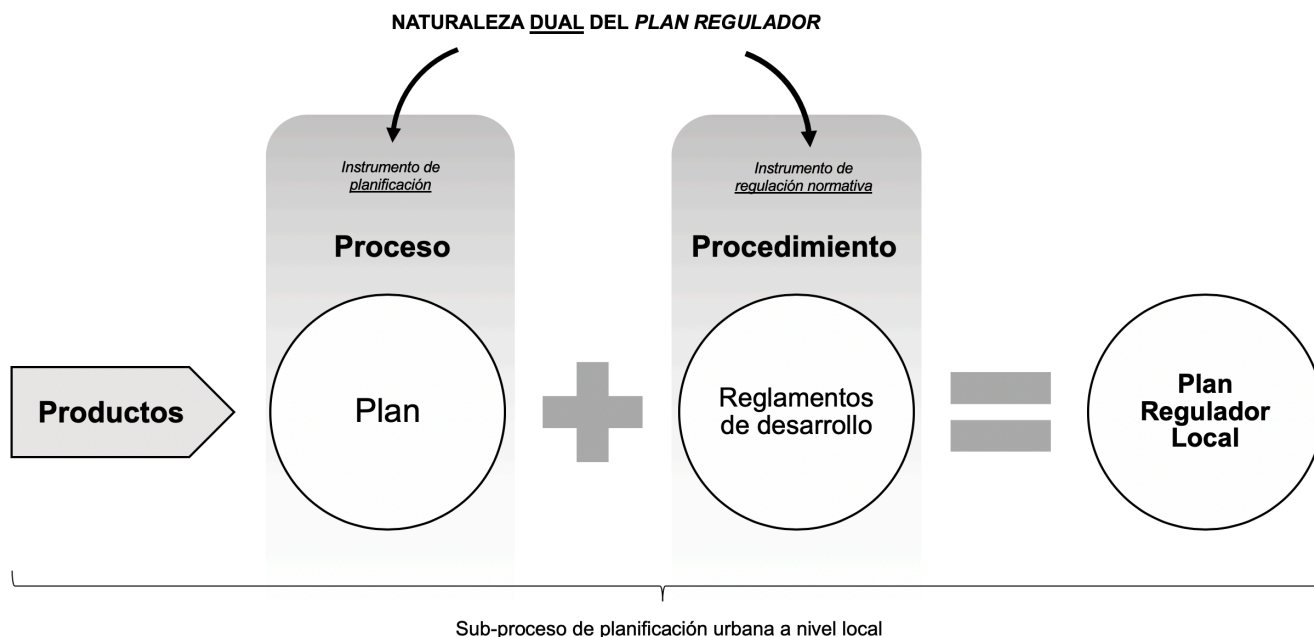
Acá se propone que la culminación de un *procedimiento* se entienda por lo que es, es decir, la generación de un *producto* determinado, pero que este no es más que un derivado, una salida, un *output*, un producto del *proceso* que es “continuo e integral”, por lo que necesariamente el producto, aun cuando tenga una vocación de permanencia en el tiempo, no pueda petrificarse para convertirse en obstáculo de la continuidad del proceso.

El *Plan Regulador* es un instrumento complejo de naturaleza dual que se enmarca en el *sub-proceso* de planificación urbana local. Entonces, por un lado articula un *proceso* de planificación, al mismo tiempo que, por el otro, realiza *procedimientos* de elaboración, modificación y extinción del *plan estratégico* y sus reglamentos.

El sub-proceso continuo e integral es para mantener en marcha un *plan estratégico* (proceso de planificación), mientras que los procedimientos son para ejecutar el plan mediante las *reglamentaciones* oportunas. Esquemáticamente puede verse de la siguiente manera:

### Diagrama No. 16

Esquema del sub-proceso de planificación urbana local. Naturaleza dual del *Plan Regulador*



**Fuente:** Elaboración propia, 2019.

Entonces, ante la pregunta ¿hacia cuál paradigma de *planificación* se orienta la Ley No. 4240 cuando regula la *planificación urbana* en Costa Rica?, es posible comprender que el paradigma está referido al sub-proceso, lo mismo que vale al sub-proceso regional y al macro-proceso nacional. Una vez definido el paradigma, todos los procesos y procedimientos están orientados conforme a este, lo que a su vez caracteriza los productos a generar.



La perspectiva clásica distingue dos paradigmas o tipos de planificación: la normativa y la estratégica, los cuales ya fueron explicados en el apartado b) de este Capítulo. Para determinar si la Ley No. 4240 tiende hacia alguno de estos dos paradigmas, se utilizan los criterios propuestos por Ezequiel Ander Egg que distingue entre ambas perspectivas, como se muestra a continuación:

**Cuadro No. 17**

Criterios de distinción entre la planificación normativa y la planificación estratégica. Análisis de la presencia de estos criterios en la Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240

#	Criterios de distinción				Observaciones
	Planificación normativa	Criterio presente en la Ley No. 4240	Planificación estratégica	Criterio presente en la Ley No. 4240	
1	Basada en un problema técnico	<b>SÍ</b>	Basada en un problema social	<b>SÍ</b>	La Ley No. 4240 se orienta hacia una aspiración social expresada en el artículo 1 de la Ley, al establecer el “bienestar de la comunidad” como el fin ulterior de la planificación urbana, así como la seguridad, salud y comodidad. Sin embargo, el componente experto o técnico no es descartado, toda vez que los reglamentos de desarrollo poseen un amplio y evidente contenido técnico, que además se apoya en herramientas como mapas, índices, gráficos, bases de datos, estudios técnicos, entre otros elementos. Ejemplo de ello es la obligatoriedad de efectuar una Evaluación de Impacto Estratégica previo a la aprobación de un <i>Plan Regulador</i> .
2	Centrada en la “lógica de la formulación”	<b>SÍ</b>	Centrada en la “lógica de la realización”	<b>NO</b>	La Ley No. 4240 regula la planificación urbana de manera reduccionista, es

					decir, la concibe únicamente como un “proceso continuo e integral de análisis y formulación de planes y reglamentos sobre desarrollo” (artículo 1 de la Ley). Como formulación o generación de productos primordialmente.
3	Los planes, programas y proyectos expresan “lo deseable”	<b>SÍ</b>	Los planes, programas y proyectos expresan “lo posible”	<b>NO</b>	La fase de diagnóstico del proceso de planificación urbana es concebida como fase de recolección de información, meramente descriptiva. Las proyecciones, planes, programas, proyectos y normativa se imponen sobre la realidad sin considerar las variables recolectadas en la fase de diagnóstico. Este aspecto se refleja con mayor claridad en la fase de formulación, puesto que la “realidad deseable” se fija o define en instrumentos formales, como mapas, planos y gráficos, que solo reflejan un estado de la realidad y los reglamentos prescriben esa “realidad deseable” mediante formas de actuar o no actuar.
4	Carácter tecnocrático que orienta las formas de intervención social	<b>SÍ</b>	Contempla el factor político e incluye la participación de actores sociales	<b>NO</b>	La Ley No. 4240 solamente contempla una instancia para la participación de actores sociales y es la audiencia pública establecida en el artículo 17 inciso 1) de la Ley. Fuera de ello, el resto de actuaciones son meramente técnicas, políticas e institucionales.
5	Importancia del rol de los expertos	<b>SÍ</b>	Articula el criterio experto con las expectativas,	<b>NO</b>	No se establece por Ley una metodología para la interacción de los actores sociales con el procedimiento de formulación del

			necesidades y problemas de las personas interesadas		Plan Regulador. Las observaciones que hagan los actores sociales no son vinculantes.
6	Se basa en el “diseño”, lo que se evidencia en el “plan-libro”	<b>SÍ</b>	Se basa en la “dinámica de la conducción”, no se cristaliza en un plan habida cuenta del permanente seguimiento que hace de la coyuntura política, económica y social	<b>NO</b>	Al final del procedimiento de formulación y, en general, a lo largo del proceso de planificación, el instrumento que se obtiene es un Plan que incluye, además de las políticas, objetivos, metas e indicadores, los reglamentos de desarrollo. Para que el plan se adapte a la realidad debe seguirse el mismo proceso establecido en el artículo 17 de la Ley para crear un nuevo plan.
7	Los objetivos se fijan con base en el diagnóstico	<b>SÍ</b>	Los objetivos se fijan como resultado del consenso entre actores sociales	<b>NO</b>	De acuerdo con lo establecido en el artículo 17 inciso 1) de la Ley No. 4240, el proyecto de <i>Plan Regulador</i> que se somete a audiencia pública es el que se elabora en las fases preliminar, de diagnóstico y de propuesta, según el procedimiento descrito por el INVU en su Manual de Planes Reguladores como Instrumento de Ordenamiento Territorial. Esto quiere decir que los objetivos que se fijan en la propuesta, difícilmente resulten de las observaciones que se recopilen en la audiencia pública por parte de los interesados, sino preferiblemente de la fase de diagnóstico.
8	Se le otorga importancia a las decisiones del sujeto planificador, quien se encuentra “fuera de la	<b>SÍ</b>	Se le otorga importancia en la confluencia de decisiones de los diferentes actores sociales implicados.	<b>NO</b>	De conformidad con lo establecido en el artículo 59 de la Ley No. 4240, la municipalidad puede instituir una oficina, una comisión o junta para elaborar la

	realidad”, considerada como objeto planificable		El planificador “está dentro” de la realidad y coexiste con los otros actores.		<p>propuesta de <i>Plan Regulador</i>. Algunos casos se recurre a la creación de una oficina o dependencia municipal que es exclusivamente técnica e institucional. Las comisiones que se crean pueden ser interdisciplinarias, pero internas, es decir, interorgánicas.</p> <p>El artículo 59 de la Ley permite que la comisión planificadora pueda estar integrada por vecinos del cantón.</p>
9	No tiene en cuenta de manera significativa a los oponentes, obstáculos, dificultades o condicionantes	<b>NO</b>	Procura conciliar el conflicto entre los intereses de los actores sociales en tensión	<b>NO</b>	<p>El procedimiento no es sensible a las preocupaciones de los actores sociales, ya que estos solo pueden ser oídos mediante la audiencia pública.</p> <p>Sin embargo, en relación con las consultas a órganos y entes técnicos, como la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA), el Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG), el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (ICAA), el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU) y el Servicio Nacional de Riego y Avenamiento (SENARA), entre otros, los dictámenes que estos rindan deben ser acatados, especialmente para la aprobación por parte del INVU y la viabilidad ambiental otorgada mediante la Evaluación de Impacto Ambiental.</p>

					De modo que los condicionantes y obstáculos son de tipo técnico y no necesariamente políticos. El factor político, como dificultad o condicionante, solo es ponderado a la hora de su aprobación definitiva en el Concejo Municipal, órgano deliberativo constitucional de la Municipalidad.
10	El punto de partida es un “modelo analítico” que explica el problema, expresado en un diagnóstico	<b>SÍ</b>	El punto de partida es una “situación inicial”, que explica la situación del problema, expresada en un diagnóstico	<b>SÍ</b>	Debido al carácter técnico de la fase de diagnóstico, la información obtenida permite obtener una “imagen” de la realidad analizada y sobre la cual se planifica. En tesis de principio la información recopilada a partir de la cual se construye el diagnóstico tiene un carácter descriptivo, aún no prescriptivo. Sin embargo, la fase propositiva, es decir, de elaboración del proyecto, toma como base el diagnóstico para establecer prescripciones y pronósticos que se plasman en normas jurídicas, que son propiamente los reglamentos de desarrollo urbano. De esta manera el diagnóstico se transforma en un “modelo analítico” a imponerse sobre la realidad.  Esto no ocurre en todos los ejemplos de Planes Reguladores, esto es así ya que en algunos cantones no existen estos planes y en los que sí existen, normalmente se reducen a

					reglamentaciones y no se contempla el instrumento de planificación en sí.
11	<p>El punto de llegada es el “modelo normativo”, que se expresa en el diseño del “deber-ser”</p> <p>La dimensión normativa expresa un “deber ser”, del que se deriva un esquema riguroso, formalizado y articulado de actuación</p>	<b>SÍ</b>	<p>El punto de llegada es la “situación objetivo” que expresa la realización en el tiempo de la “imagen objetivo” que configura el “horizonte utópico”</p> <p>La “situación objetivo se articula con el plano estratégico del “puede ser” y en el plano operacional con la “voluntad de hacer”; no existe un esquema rígido de acción.</p>	<b>NO</b>	<p>Aquellos procesos de planificación urbana que, además de promover el procedimiento de emisión de reglamentos de desarrollo urbano, formulen un plan estratégico, son susceptibles de contemplar en él la “situación objetivo”, mediante el establecimiento de políticas o líneas de acción (fijadas a nivel nacional o regional), objetivos, metas e indicadores.</p> <p>Sin embargo, en la práctica existen <i>Planes Reguladores</i> que solo están conformados por los reglamentos de desarrollo urbano que son estrictamente jurídicos y preceptúan un deber ser en cuanto a los lineamientos de urbanismo y ordenamiento territorial.</p>
12	<p>Parte del supuesto: “el sistema social puede ser objeto de orientación por parte del planificador”</p> <p>El planificador está “sobre” o “fuera” de la realidad</p>	<b>SI</b>	<p>Parte del supuesto: “el sistema social está integrado por personas que tiene su propia escala de valores y establecen lo que es conveniente o inconveniente, bueno o malo como objetivo a alcanzar”</p> <p>El planificador está inserto en y forma parte de</p>	<b>NO</b>	<p>El actual <i>proceso</i> de planificación urbana, sea en el <i>procedimiento</i> para elaboración del plan como instrumento de planificación estratégica, como en el <i>procedimiento</i> de emisión de reglamentos de desarrollo urbano, no interactúa con la realidad, puesto que la vigencia del producto final, sea el <i>Plan Regulador</i>, aun cuando es indefinida, no se adecua a la contingencia del cambio social, económico, territorial, entre otros. Así y de manera específica, los objetivos,</p>

			la realidad que planifica, coexiste con el resto de actores sociales		<p>las metas, los indicadores, tanto como las normas promulgadas responden únicamente a la “imagen” captada por el diagnóstico y que se imponen sobre la realidad, una vez aprobado el <i>Plan Regulador</i> publicado en La Gaceta.</p> <p>La carencia de mecanismos y metodologías de participación ciudadana, la creación de órganos técnicos y puramente institucionales, abstrae de la realidad la labor del planificador, por lo que el producto generado se encuentra distante de la verdadera realidad que debe ser objeto de planificación.</p> <p>El planificador se encuentra inserto en la burocracia, el proceso de planificación se realiza en el seno de la institucionalidad y la ejecución del plan fuera de ella y sobre la realidad.</p>
13	<p>El planificador tiene el monopolio del plan</p> <p>El planificador tiene capacidad para controlar la realidad planificada</p>	<b>SÍ</b>	<p>No hay monopolio del plan, sino que coexisten varios planes</p> <p>Los actores sociales que planifican no controlan por sí solos la realidad planificada</p>	<b>NO</b>	<p>Si bien no se trata de un monopolio en sentido estricto, es posible afirmar que el proceso de planificación urbana genera un producto de naturaleza dual: un plan y unos reglamentos, ambos estrechamente relacionados uno con los otros.</p> <p>Pero no existe la posibilidad de que coexistan en el tiempo y en el espacio</p>

					diversas posibilidades de acción, alternativas a la planificación principal y vigente. No necesariamente se trata de promulgar planes por distrito, por ejemplo, o que se tengan que elaborar dos planes reguladores por cantón; sino que el <i>Plan Regulador</i> principal y vigente sea susceptible de acoger alternativas y posibilidades sobrevinientes, debido al cambio de las circunstancias, sin que esto implique dejarlo sin efecto, crear un plan nuevo u otras medidas de mayor intensidad.
--	--	--	--	--	--

**Fuente:** Elaboración a partir del cuadro comparativo elaborado por Ander Egg, Ezequiel. (2007) *Introducción a la planificación estratégica*. 1ª Ed. Buenos Aires: Lumen: pp. 52-54. Algunos criterios fueron parafraseados, otros copiados textualmente, pero en todo caso son los criterios que ofrece este autor. Se aclara que los criterios son ejemplificativos y no exhaustivos. Algunos criterios fueron refundidos debido a su similitud.



En el Cuadro anterior se describen 16 pares de criterios de distinción entre paradigmas, para un total de 32 criterios. Sin embargo, por similitud entre algunos, se refundieron, dando lugar a un total de 13 pares de criterios y un total de 26. Para cada par de criterios analizados se indicó con la expresión “SÍ” o “NO” su presencia en el texto de la Ley de Planificación Urbana. Por tratarse de un análisis cualitativo y de criterios ejemplificativos sugeridos por un autor, es claro que las conclusiones están sujetas a discusión; asimismo, las diferencias entre uno u otro paradigma no siempre son inconciliables, por lo que bien pueden coexistir algunos de los criterios de paradigmas contrarios. Aclarado lo anterior, es posible efectuar la siguiente síntesis:

**Cuadro No. 18**

Síntesis del análisis comparativo entre la planificación normativa y estratégica aplicado a la Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240

Síntesis	Si está presente en la Ley No. 4240	NO está presente en la Ley No. 4240	Total de pares de criterios analizados
Cantidad de criterios distintivos de la <i>planificación normativa</i>	12	1	13
Cantidad de criterios distintivos de la <i>planificación estratégica</i>	2	11	
Cantidad de criterios <i>coincidentes</i> entre ambos tipos de planificación	2	1	

**Fuente:** elaboración propia (2019) a partir del análisis contenido en el Cuadro No. 17.

A partir del anterior Cuadro de síntesis es posible arribar a las siguientes inferencias: 1) la Ley de Planificación Urbana mayoritariamente contiene criterios distintivos propios del paradigma de la *planificación normativa*, 12 criterios sí están presentes de un total de 13 analizados; 2) la Ley de Planificación Urbana minoritariamente contiene criterios distintivos del paradigma de la *planificación estratégica*, 11 criterios no están presentes de un total de 13 analizados; 3) En la Ley de Planificación Urbana existen pocas coincidencias entre criterios distintivos de ambos paradigmas de planificación, solo se verificaron 3 criterios coincidentes de un total de 13 analizados.

En relación con los criterios coincidentes, dos de ellos (los números 1 y 10) coexisten en la Ley de Planificación Urbana, mientras que solo uno de ellos (el número 9) no está presente en la Ley No. 4240.

Con base en lo anterior es posible concluir que la Ley de Planificación Urbana, al momento de ser aplicada tiende a ubicarse bajo el paradigma de la *planificación normativa*. Esta proposición es el resultado de un análisis del texto de la Ley No. 4240 a luz de los criterios

sugeridos por Ezequiel Ander Egg; sin embargo, esto no implica que la Ley en sí misma adopte un paradigma de manera expresa. Tampoco implica necesariamente que todas las normas de la Ley en sí mismas sean reflejo de uno u otro paradigma.

De esta manera, la Ley No. 4240, al ser una Ley marco o instrumental, puede ser aplicada o interpretada de una u otra manera, por lo que es allí donde cobra mayor relevancia la tendencia hacia uno u otro paradigma.

Por esta razón es interesante la propuesta metodológica del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo en el *Manual de Planes Reguladores como Instrumento de Ordenamiento Territorial* (2018), puesto que este documento, que no es normativo ni reglamentario de la Ley No. 4240, propone un abordaje del proceso de planificación urbana tendencialmente hacia un paradigma de la *planificación estratégica*, considerando que la Ley más bien tiende hacia el paradigma contrario y que no cambia sustancialmente desde su promulgación en 1968.

Mientras la Ley de Planificación Urbana sea aplicada únicamente como “proceso para la formulación de planes y reglamentos”, entonces, se pierde el carácter estratégico de la planificación, puesto que no es ya un “proceso continuo e integral”, sino una sucesión de “procedimientos de emisión, modificación y extinción de planes y reglamentos”.

La perspectiva brindada por la noción de *proceso* se pierde en el sesgo formalista y ritualista del *procedimiento*. Carlos Matus señala que la planificación normativa “*define un curso del proceso de desarrollo que comprende las acciones necesarias para cumplir objetivos fijados a priori*”<sup>342</sup>. Este paradigma tiende a idealizar la realidad, transformarla en modelo o molde, para luego introducir en él la realidad y darle la forma prefijada. Por eso se dice que “*modelo y realidad están en planos diferentes, sin posibilidad cierta de contacto, separándolos la misma diferencia que existe entre comportamiento real y regla ideal, entre necesidad y posibilidad*”<sup>343</sup>.

El *proceso* de planificación es el que no debe perder de vista la realidad sobre la cual se van aplicar los *procedimientos*, de modo que el *proceso* cambie conforme lo hace la realidad, así, los *procedimientos* que sobrevengan ante el cambio de circunstancias necesariamente generaran productos distintos y acordes con la nueva realidad. Ezequiel Ander Egg explica que la planificación debe reconocer y comprender la naturaleza de la realidad, “*(...) de ahí que, para actuar sobre ella y desde ella, tenemos que asumirla en su irregularidad (compleja, multidimensional y dinámica)*”<sup>344</sup>.

---

<sup>342</sup> Matus Romo, Carlos. (1988) *Estrategia y plan*. 8ª Ed. México D.F.: Siglo XXI Editores S.A.: p. 101.

<sup>343</sup> Id.

<sup>344</sup> Ander Egg, Ezequiel. (2007) *Introducción a la planificación estratégica*. 1ª Ed. Buenos Aires: Lumen: p. 55

A riesgo de incurrir en simplismo, la planificación normativa carece de uno de los elementos más importantes que identifican la planificación estratégica: el ajuste. La planificación normativa no se ajusta sin que el cambio implique una transformación estructural del plan, lo cual aumenta el riesgo de ineficacia, de incumplimiento, de deslegitimación democrática o bien el riesgo de conflicto social, por una ejecución forzada del plan.

Por su parte, la planificación estratégica al ser dinámica y trabajar con la contingencia de las circunstancias está dispuesta al cambio, de forma tal que los ajustes no implican necesariamente un cambio estructural del plan, sino variaciones razonables dentro de lo esperable y posible.

El ajuste permite disminuir el riesgo de ineficacia, de incumplimiento, de deslegitimación democrática o bien el riesgo de conflicto social, por una ejecución forzada del plan, debido a que minimiza o neutraliza el roce producido entre la confrontación entre la regla propuesta por el plan y la realidad.

La planificación estratégica entiende que “el ajuste” es parte del proceso y que es continuo, integral y concomitante con las otras fases del proceso. Al respecto Arlette Pichardo explica que el ajuste consiste en:

*(...) incorporar las medidas correctivas necesarias que permiten lograr los propósitos buscados. Su importancia radica en el hecho de considerar, fundamentalmente, dos tipos de elementos: a) Evolución de algunos aspectos de la realidad en forma diferente a la esperada; b) Necesidad de incluir efectos o resultados no previstos en la formulación inicial*<sup>345</sup>

Por la posibilidad de efectuar una tarea de *retroalimentación* es que el proceso de planificación se vuelve estratégico, lo que supone necesariamente una actitud y disposición para el seguimiento, revisión y ajuste. Carlos Matus señala:

*Parecería que lo más trascendente del futuro tiende en gran parte a permanecer en el ámbito de lo inimaginable e imprevisible, por lo cual una estrategia no puede ser “un documento” sino un planteamiento y una actitud en constante revisión. La estrategia constituye, pues, una proposición para actuar según el conocimiento del momento; de la ampliación y la revisión constante de ese conocimiento deriva siempre la revisión de la estrategia*<sup>346</sup>

---

<sup>345</sup> Pichardo Muñiz, Arlette. (2008) *Planificación y programación social: bases para el diagnóstico y la formulación de programas y proyectos sociales*. 2ª Ed. Buenos Aires: Lumen: p. 31.

<sup>346</sup> Matus Romo, Carlos. (1988) *Estrategia y plan*. 8ª Ed. México D.F.: Siglo XXI Editores S.A.: pp. 133-134.

La noción de *estrategia* es consustancial a la idea de *proceso*, puesto que la falta de ajuste o de retroalimentación, aumenta el riesgo de que dicho proceso culmine con la generación de un *producto* no apto para las circunstancias en que debe ser aplicado.

Entonces, la Ley de Planificación Urbana tiende a ser aplicada e interpretada bajo el paradigma de la *planificación normativa*, aun cuando el carácter instrumental de la Ley permite efectuar un cambio de paradigma hacia la *planificación estratégica*.

La planificación urbana local en Costa Rica constituye un *sub-proceso* del *macro-proceso* de planificación a nivel nacional. Como tal este *proceso* se conforma por la realización de varios *procedimientos* y la obtención de varios *productos*. El sub-proceso de planificación urbana local es *proceso* y *producto*, esta doble naturaleza se condensa en el instrumento denominado *Plan Regulador*, el que también tiene una doble naturaleza, una planificadora y otra normativa, es decir, es plan y norma al mismo tiempo, es proceso y producto.

Considerando que este trabajo tiene como base teórica la *planificación estratégica* y que esta visión de la planificación permite abordar con eficacia y eficiencia el problema de investigación planteado, entonces el análisis y las propuestas que se efectúen en los apartados siguientes deben ser comprendidas bajo el paradigma de la planificación estratégica.

## **e.- El Plan Regulador como proceso y producto**

En este apartado se conceptualiza el *Plan Regulador* como un instrumento de naturaleza dual, como un instrumento que condensa dos elementos: uno dinámico y otro estático. Adicionalmente, se describe su contenido mínimo según lo estipulado por la Ley No. 4240 y, en tercer lugar, se explica la competencia constitucional y legal de las municipalidades para emitir este instrumento, así como el procedimiento legal para su creación, modificación y extinción.

### **e.1.- Conceptualización: El Plan Regulador como proceso y producto**

El *Plan Regulador* es un proceso (elemento dinámico), como instrumento de planificación estratégica y es un producto (elemento estático), como instrumento normativo. El *Plan Regulador* está compuesto por un *plan* y por *reglamentos*. La Ley de Planificación Urbana, en su artículo 1, define al *Plan Regulador* como:

(...) el instrumento de planificación local que define en un conjunto de planos, mapas, reglamentos y cualquier otro documento, gráfico o suplemento, la política de desarrollo y los planes para la distribución de la población, usos de la tierra, vías de circulación, servicios públicos, facilidades comunales, y construcción, conservación y rehabilitación de áreas urbanas. (Subrayado es suplido).

La definición legal es orientadora y deja claros muchos de los elementos que se han analizado atrás. Sin embargo, muchos de los elementos enunciados en la definición están ausentes en la regulación propia de la Ley No. 4240. Como punto de partida interesa señalar que la definición legal entiende que el *Plan Regulador* tiene un carácter instrumental al concebirlo como un instrumento complejo, es decir, un “conjunto de documentos” cuya función es doble: 1) planificar mediante planes y políticas y 2) normar mediante reglamentos.

La naturaleza planificadora del *Plan Regulador* es evidente en esta definición legal, puesto que el *Plan Regulador* como *proceso* responde a la fijación de políticas (líneas de acción) y planes (objetivos, metas e indicadores). En cuanto a la naturaleza normativa, la Ley No. 4240 en su artículo primero incorpora la definición de “reglamentos de desarrollo urbano”, entendidos como: “*cuerpos de normas que adoptan las municipalidades con el objeto de hacer efectivo el Plan Regulador*”.

Esta segunda definición legal completa la naturaleza dual del *Plan Regulador* al definir el elemento estático o producto. En armonía con lo anterior, el artículo 16 inciso a) de la Ley No. 4240, que regula el contenido mínimo del *Plan Regulador*, señala que este instrumento debe contener: “*la política de desarrollo, con enunciación de los principios y normas en que se fundamente, y los objetivos que plantean las necesidades y el crecimiento del área a planificar” (Subrayado es suplido).*

La norma parcialmente transcrita reafirma la naturaleza dual del *Plan Regulador*, puesto que contempla como su contenido mínimo al *plan* (instrumento de planificación) y a los *reglamentos* (instrumentos normativos), el *proceso* (elemento dinámico) y el *producto* (elemento estático). Por su parte, el artículo 19 de la Ley No. 4240 establece: “*Cada municipalidad emitirá y promulgará las reglas procesales necesarias para el debido acatamiento del plan regulador y para la protección de los intereses de la salud, seguridad, comodidad y bienestar de la comunidad*”.

Estos reglamentos deben ser promulgados conforme al *procedimiento* establecido en el artículo 17 de la Ley No. 4240, que en lo que interesa señala: “*Igualmente serán observados los requisitos anteriores cuando se trate de modificar, suspender o derogar, total o parcialmente, el referido plan o cualquiera de sus reglamentos” (Subrayado es suplido).*

Esta última norma claramente distingue entre los dos elementos del *Plan Regulador*, sea el *plan* y los *reglamentos*. Sin embargo, como se analizó en el apartado anterior, el *procedimiento* para la creación, modificación y extinción es el mismo para el *plan* y para los *reglamentos*, esto es así con independencia de si el primero es dinámico y los segundos estáticos.

Este recorrido normativo permite afirmar, a partir del texto de la Ley No. 4240, que es posible configurar la *naturaleza dual* del *Plan Regulador*, aún cuando la regulación *per se* no responda

ni sea expresiva sobre las características intrínsecas de cada componente, especialmente, en cuanto a lo dinámico y a lo estático.

A nivel jurisprudencial, puede recurrirse al desarrollo efectuado por la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa al momento de conceptualizar el *Plan Regulador*. Primero, la jurisprudencia constitucional no hace especial diferencia entre la naturaleza planificadora y la normativa, sino que habla de ambos caracteres de manera indistinta, eso sí, suponiendo que son parte de la misma unidad: *Plan Regulador*.

La jurisprudencia constitucional define a los *Planes Reguladores* como “mecanismos amplios de planificación, por medio de los cuales, los gobiernos locales deciden acerca del mejor uso que debe ser dado a la tierra, así como al diseño de los servicios públicos, vías locales de comunicación, vivienda y renovación urbana” y como “mecanismos de política municipal que permiten planificar el tipo de desarrollo que se desea para cada cantón, en atención de los derechos e intereses de sus habitantes y de los valores de rango constitucional que informan toda actuación pública”<sup>347</sup> (Subrayado es suplido).

Esta definición es muy amplia; sin embargo, tiene la virtud de instituir al *Plan Regulador* como un instrumento de planificación, esto es, de fijación de políticas, líneas de acción, objetivos, metas e indicadores, aun cuando estos elementos técnicos no sean desarrollados como tales por la jurisprudencia. Sobre la naturaleza normativa del *Plan Regulador* la jurisprudencia señala que “la planificación local determina reglas para el mejor uso de los recursos existentes en el cantón (...)”<sup>348</sup> (Subrayado es suplido), “reglas” que son normas jurídicas en sentido estricto. Sobre esto la jurisprudencia constitucional indica:

*(...) el criterio sostenido por esta Sala es que en razón de su contenido y de su eficacia u obligatoriedad general, debe estimarse que se trata de verdaderas normas jurídicas o leyes en sentido material, en vista de que reconoce derechos y establece obligaciones para los titulares y poseedores de los inmuebles ubicados en la circunscripción territorial del respectivo cantón*<sup>349</sup> (Subrayado es suplido).

---

<sup>347</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 10971 del 26 de julio del 2006. Sentencia No. 7856 del 31 de mayo del 2007. Sentencia No. 9120 del 26 de junio del 2007. Sentencia No. 6304 del 18 de abril del 2008. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

<sup>348</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 10971 del 26 de julio del 2006. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

<sup>349</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 13330 del 6 de setiembre del 2006. Sentencia No. 5575 del 25 de abril del 2007. Sentencia No. 18438 del 11 de diciembre del 2008. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

En segundo lugar, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha definido el *Plan Regulador* a partir de su definición legal, conforme al artículo 1 de la Ley de Planificación Urbana. Al respecto ha señalado:

*(...) el Plan Regulador como los planos de zonificación, deben verse como una sola unidad y poseen por lo tanto la misma fuerza normativa, sin que entonces se pueda hablar de mayor fuerza normativa entre uno y el otro. Cabe agregar, que aun y cuando su carácter es relativamente discrecional, resulta absolutamente obligatorio. Se trata de un instrumento con eficacia normativa, en cuanto asegura la conexión de límites, limitaciones y deberes de la propiedad en relación con el orden del desarrollo urbanístico de cada territorio, según características propias y concretas. (Subrayado es suplido)<sup>350</sup>*

Si bien, en el fragmento transcrito no se hace diferencia entre “plano de zonificación” y “reglamento de zonificación”, lo cierto es que el reglamento de zonificación corresponde a una especie del género “reglamentos de desarrollo urbano”, razón por la cual cualquier otro reglamento del *Plan Regulador* tiene la misma naturaleza normativa que el ejemplo de la sentencia. De esta forma, se reconoce una doble composición del *Plan Regulador*, el instrumento de planificación (plan) y el instrumento normativo (reglamentos).

Al igual que la jurisprudencia constitucional, la contencioso-administrativa mayoritariamente desarrolla el carácter normativo, sin un especial desarrollo sobre el carácter planificador; sin embargo, se indica que los *Planes Reguladores*: “están conformados tanto por normas escritas como por gráficos, planos y documentos anexos que ayudan a determinar su contenido. Su contenido es absolutamente normativo (...)” (Subrayado es suplido)<sup>351</sup> En relación con el carácter normativo de estos planes, es posible afirmar que existe un alineamiento entre la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa. Esta última sostiene que:

*En todo caso, nuestro Tribunal Constitucional, ha señalado de manera clara y precisa, que los planes reguladores, no obstante ser regulaciones reglamentarias emanadas de las municipalidades, tienen el rango normativo de las leyes en sentido material<sup>352</sup>.*

---

<sup>350</sup> Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 231 del 22 de julio del 2005. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

<sup>351</sup> Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II. Sentencia No. 425 del 22 de octubre del 2009. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

<sup>352</sup> Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 112 del 5 de mayo del 2012. Ver en el mismo sentido: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 416 del 8 de febrero del 2010. Sentencia No. 2412 del 24 de junio del 2010. Sentencia No. 73 del 18 de marzo del 2011. Sentencia No. 126 del 15 de abril del 2011. Sentencia No. 141 del 26 de abril del 2012. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Sentencia No. 37 del 22 de marzo del 2017. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

Sin embargo, una sentencia reciente de la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo incorpora una distinción entre plan y reglamento, pero sin desarrollar en qué consiste tal distinción, sino únicamente indica que ambas figuras se revisten de la misma naturaleza, sobre esto se indica: “Es menester señalar que los (1) planes reguladores y (2) sus respectivos reglamentos tienen naturaleza normativa, y por consiguiente, obligan tanto a los propietarios de terrenos ubicados en la zona de aplicación, como a la misma municipalidad que los dicta”<sup>353</sup> (Subrayado y números entre paréntesis son suplidos).

De lo expuesto hasta el momento, el *Plan Regulador* se encuentra conceptualizado en la Ley No. 4240 y en la jurisprudencia como un instrumento de planificación y con naturaleza normativa. Sin embargo, ninguna de las sentencias consultadas (sea constitucionales o contencioso-administrativas) hacen un desarrollo del carácter dinámico de la planificación urbana, por lo que existe una tendencia a reconducir su conceptualización únicamente al elemento estático, es decir, a la producción de *Planes Reguladores*. Al respecto obsérvese lo señalado por la siguiente sentencia constitucional que es pionera en el desarrollo jurisprudencial de la potestad de planificación urbana local:

*La planificación urbana, sea la elaboración y puesta en marcha de los planes reguladores, es una función inherente a las municipalidades con exclusión de todo otro ente público, salvo lo dicho en cuanto a las potestades de dirección general atribuidas al Ministerio de Planificación y a la Dirección de Urbanismo (...)* (Subrayado es suplido)<sup>354</sup>.

En este fragmento se evidencia la conceptualización reduccionista de *Plan Regulador* propuesta por la jurisprudencia constitucional, en el tanto entiende que la *planificación urbana* únicamente tiene como propósito crear planes, es decir, generar *productos*, independientemente del *proceso*.

En refuerzo de este punto, unas sentencias posteriores señalan:

*En virtud del proceso urbanístico y la planificación urbana, la ordenación urbana ha de traducirse en un régimen regulador del derecho de propiedad, en cuanto el contenido propio del derecho de propiedad es definido a través de las diversas disposiciones que componen el derecho urbanístico, esto es, los planes reguladores*

---

<sup>353</sup> Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Sentencia No. 37 del 22 de marzo del 2017. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

<sup>354</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 6706 del 21 de diciembre de 1996. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.



y los reglamentos dictados por los gobiernos municipales (...) (Subrayado es suplido)<sup>355</sup>.

De manera que es a los entes municipales a los que corresponde asumir la planificación urbana local por medio de la promulgación de los respectivos planes reguladores (...) <sup>356</sup> (Subrayado es suplido)

Estos fragmentos dan cuenta que existe una comprensión simple, poco técnica, reduccionista y excesivamente normativista sobre la naturaleza del *Plan Regulador*. A pesar de la letra de la Ley de Planificación Urbana y de los atisbos presentes en algunas sentencias sobre el carácter planificador del *Plan Regulador*, actualmente el criterio dominante se inclina a conceptualizar el *Plan Regulador* únicamente como *producto* y no como *proceso*, únicamente como *norma promulgada* y no como *plan en implementación*.

Finalmente, resta analizar alguna parte de la doctrina, tanto nacional como extranjera, sobre la conceptualización del *Plan Regulador*. De entrada debe indicarse que el criterio mayoritario proviene de la doctrina española del Derecho Urbanístico, en la cual es pacífico el carácter normativo del *Plan Regulador*.

Iris Rocío Rojas, en su libro *Derecho Urbanístico Costarricense*, para definir el concepto de *Plan Regulador* acude a una cita textual de la obra del autor español Antonio Carceler Fernández<sup>357</sup> y <sup>358</sup>. Este autor sostiene que el *Plan Regulador* es un “acto de poder público” con varias funciones, como de ordenamiento del territorio, previsión del desarrollo urbano, regulación del suelo y definición del contenido del derecho de propiedad.

Francisco Obando León, a nivel nacional, recurre a la definición legal contenida en el artículo 1 de la Ley de Planificación Urbana, sin embargo, resume la definición en la siguiente proposición: “*El plan regulador constituye un instrumento para racionalizar la toma de decisiones sobre los proceso de uso y ocupación del territorio*”<sup>359</sup>.

---

<sup>355</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 4205 del 20 de agosto de 1996. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

<sup>356</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 5575 del 25 de abril del 2007. Sentencia No. 18438 del 11 de diciembre del 2008. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

<sup>357</sup> Ver: Carceler Fernández, Antonio. (1977) *Instituciones de Derecho Urbanístico*. Madrid: Editorial Montecorvo S.A.

<sup>358</sup> La cita textual de este autor español también se emplea por la jurisprudencia contencioso-administrativa. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 4516 del 30 de noviembre del 2010. Ver en el mismo sentido: Sentencia No. 2412 del 24 de junio del 2010. Sentencia No. 164 del 19 de mayo del 2011. Sentencia No. 410 del 31 de octubre del 2011. Sentencia No. 112 del 5 de mayo del 2012. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

<sup>359</sup> Obando León, Juan José. (2011) “Planificación urbana sostenible en Costa Rica”. En: López González, Silvia; Fernández Ruíz, Jorge, (Coords.) *Derecho Urbanístico*, 1ª Ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México: p. 191. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3052/10.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

Ya en la doctrina española, Tomás Ramón Fernández reconoce dos sentidos en la conceptualización del plan. Por un lado el sentido material “*como representación gráfica de una realidad determinada y, más concretamente, de lo que en el aspecto material quiere hacerse con esa realidad a resultas del concreto programa de acción al que el plan responde*”<sup>360</sup>.

Por otro lado, se encuentra el sentido formal, es decir, su carácter normativo. Se trata de normas mediante las que “*(...) llega a determinarse con toda precisión el estatuto jurídico de cada parcela de terreno (...) es obvio que los planes urbanísticos tienen el carácter de auténticas normas jurídicas, de normas reglamentarias en cuanto subordinadas a la Ley de la que traen causa*”<sup>361</sup>.

En el mismo sentido anterior se pronuncian los autores españoles Santiago Muñoz Machado y Mariano López Benítez, quienes entienden al plan regulador como una herramienta para “*disciplinar la transformación del suelo a efectos de hacerlo apto para usos urbanos*”<sup>362</sup>, tanto como para “*establecer el régimen jurídico de los aprovechamientos urbanísticos del suelo transformado*”<sup>363</sup>.

Uno de los abordajes más detallados sobre la figura del plan y su encaje en el ordenamiento jurídico ya lo ofrece el autor español Luciano Parejo Alfonso en su obra *Derecho Urbanístico. Instituciones Básicas* (1986). Al igual que la doctrina mayoritaria, para Parejo Alfonso no hay duda de que el plan es una manifestación de voluntad de poder público. Sin embargo, la disquisición gira entorno a la expresión formal de dicha voluntad. Este autor explica que la idea de plan evoluciona para especializarse. Ya no se trata de una equivalencia funcional entre *plano* y *plan* como mera representación de lo existente, como lo es en un inicio, sino que el *plan* se erige ahora como un instrumento de representación, planificación y ordenación<sup>364</sup>. Parejo Alfonso citando a J. Egerer expone una de las aproximaciones sobre el concepto de plan que por su utilidad se transcribe:

*(...) el plan ha de entenderse como acción del poder público fijada previsoramente, que pretende, gracias a la coordinación de medidas determinadas en función de objetivos, dirigir procesos o realizar una situación, mediante la incidencia en la libertad de decisión de los destinatarios del plan (Subrayado es suplido)*<sup>365</sup>.

---

<sup>360</sup> Fernández, Tomás Ramón. (1990) *Manual de Derecho Urbanístico*. 14a Ed. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: p. 46.

<sup>361</sup> Id., p. 49.

<sup>362</sup> Muñoz Machado, Santiago, López Benítez, Mariano. (2009) *El Planeamiento Urbanístico*. 2a Ed. Madrid: Iustel Portal Derecho S.A.: p. 25.

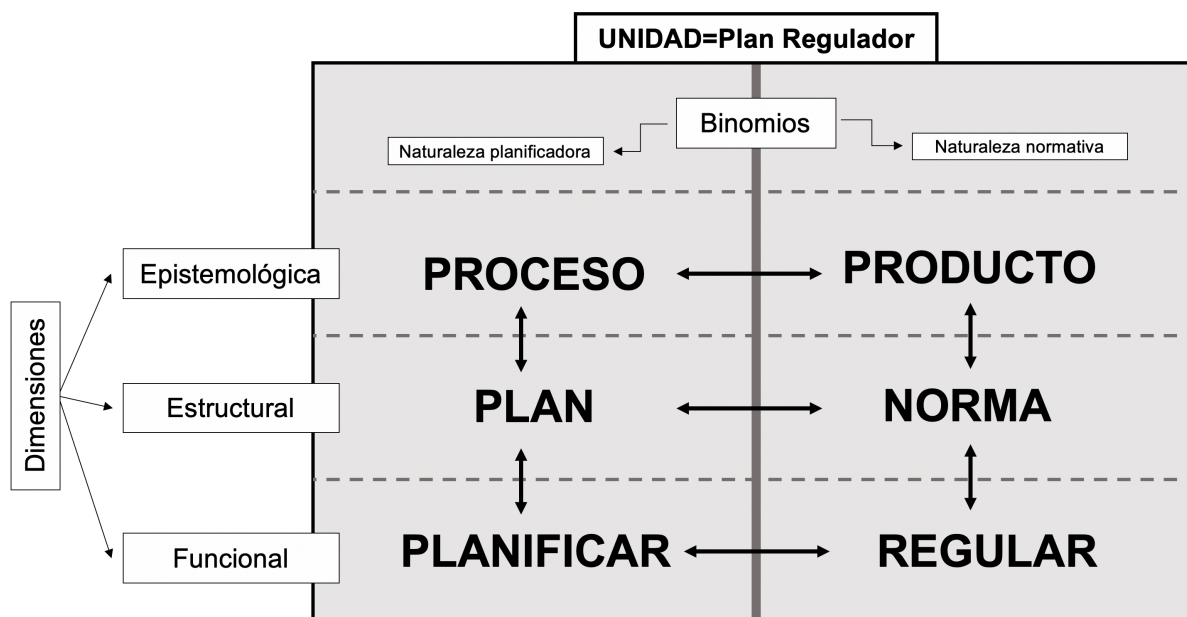
<sup>363</sup> Id.

<sup>364</sup> Parejo Alfonso, Luciano. (1986) *Derecho Urbanístico. Instituciones Básicas*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina: p. 222.

<sup>365</sup> Id.

Esta definición es esclarecedora porque dota de contenido la doble naturaleza de un *Plan Regulador*, sea la *planificadora* y la *normativa*, o como es denominado por Tomás Ramón Fernández, el sentido *material* y *formal*, respectivamente. En todo caso, el *Plan Regulador* es una *unidad binominal multidimensional*. Esto quiere decir que la unidad, sea el *Plan Regulador*, está compuesto por múltiples dimensiones binominales correlativas, como las siguientes: la epistemológica, la estructural, la funcional. Esquemáticamente puede resumirse así:

**Diagrama No. 17**  
Dimensiones binominales del Plan Regulador



**Fuente:** Elaboración propia, 2019.

El Diagrama anterior sugiere al menos tres dimensiones, siempre considerando que la estructura binominal o dual del *Plan Regulador* se verifica en cada dimensión. De ahí que se reitere su naturaleza planificadora y normativa. Se comparte el análisis de Parejo Alfonso sobre la figura del plan urbanístico (*Plan Regulador*) como especie del género plan. Al respecto explica que la noción de plan dentro del marco de la planificación urbana es concebida como:

*(...) una técnica apta para, por de pronto, facilitar a la propia Administración el conocimiento detallado de una determinada realidad para, sobre la base del mismo, orientar su comportamiento posterior en relación con dicha realidad; fijar la ordenación de conductas futuras de forma vinculante no solo para la Administración, sino también para los ciudadanos; establecer previsiones que, incorporando los anteriores elementos, fijan prioridades entre las distintas acciones y conductas,*

*clasifican estas y vinculan a la Administración en el sentido de obligación de realización conforme al programa determinado (Subrayado es suplido)<sup>366</sup>*

El fragmento anterior explica en prosa el análisis esquemáticamente propuesto en el Diagrama No. 17. Si bien no identifica las mismas categorías analíticas aquí empleadas, sí parte de una naturaleza dual y compleja del plan. El mismo autor arriba a la siguiente conclusión, la que se comparte:

*Desde esta perspectiva se comprende bien el Plan urbanístico actual como resultado de la confluencia y la integración en un mismo y único instrumentos de tres técnicas distintas e independientes: el plano (la representación gráfica de una realidad), el proyecto técnico (el diseño anticipado de una obra, la ordenación de los actos precisos para la realización de ésta y la evaluación económica de los medios que deben quedar adscritos a tal fin) y la ordenanza (la ordenación normativa de conductas). Esta circunstancia hace del Plan Urbanístico una especie perfectamente singularizada dentro del género Plan (Subrayado es suplido)<sup>367</sup>.*

El *Plan Regulador* es una unidad compleja y en su seno coexisten elementos dinámicos y estáticos en constante interrelación, razón por la que se estructura de manera binominal o dual. El Plan Regulador es proceso y producto, de modo que no es posible privilegiar un rasgo frente a otro. El plan-proceso es atemporal, el plan-producto es temporal, el plan-proceso es continuo y el plan-producto es estacionario. El plan-proceso es una actividad y el plan-producto es un resultado.

La planificación urbana que sea un mero proceso corre el riesgo de no cumplir objetivos, por perder de vista el corto y mediano plazo en la incerteza del largo plazo. Mientras la planificación urbana se nutra solo de productos, corre el riesgo de ser fragmentaria, “presentista”, estática y anquilosada, deja de ser planificación para convertirse en meras ocurrencias formalizadas. La unidad binominal debe mantenerse en equilibrio en todas sus dimensiones, *so pena* de degenerar la dinámica interna de la unidad.

El *Plan Regulador* es expresión del ejercicio de la potestad de planificación urbana, función que es ejercida por la Administración Pública competente, por tanto, se trata de un acto de poder público. El *Plan Regulador* constituye un instrumento técnico y jurídico. Como instrumento técnico se inscribe dentro de la técnica de la planificación y como instrumento jurídico adquiere rango normativo. Ambas funciones, sea la de planificación como la de regulación, se dirigen a un mismo objeto: planificar la realidad y regular las relaciones entre los

---

<sup>366</sup> Parejo Alfonso, Luciano. (1986) *Derecho Urbanístico. Instituciones Básicas*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina: p. 224.

<sup>367</sup> Id.

elementos de esa realidad. La realidad es esencialmente espacial-territorial, de modo que serán objeto de planificación y regulación todos aquellos elementos (hechos, actos, sujetos y objetos) que mantengan relaciones con esa realidad espacial. La realidad espacial es un soporte material complejo de relaciones físicas, químicas, biológicas, geológicas, ecológicas, sociales, políticas, culturales y económicas, entre otras. Esa realidad abarca el sub-suelo, el suelo y el vuelo terrestre. Jurídicamente, existen parcelas de esa realidad espacial sustraídas del ámbito de aplicación objetivo de un Plan Regulador por mandato expreso de una norma de mayor rango.

### **e.2.- Contenido del *Plan Regulador***

El contenido mínimo del *Plan Regulador* se encuentra establecido en la Ley de Planificación Urbana. La técnica legislativa empleada es una lista ejemplificativa de aspectos que deben ser planificados y regulados, “sin tener que limitarse a ellos”. Esos elementos mínimos se extraen, en lo medular, la lectura armónica de los artículos 1, 15, 16, 19, 20, 21, 24, 32, 42, 51, 56, entre otras disposiciones. De manera resumida, pueden identificarse los siguientes elementos que integran el objeto o contenido mínimo a planificar y regular:

1. Política de desarrollo
2. Factor demográfico
3. Uso de la tierra (protección de la propiedad, división de predios, relación armónica entre usos del suelo, reserva de terreno para infraestructura y servicios públicos o comunales)
4. Vialidad
5. Infraestructura y servicios comunales y públicos (por afinidad se unifican los incisos e) y f) del artículo 16 de la Ley No. 4240)
6. Vivienda
7. Renovación urbana, rehabilitación y conservación de áreas (el inciso g) del artículo 16 de la Ley No. 4240 se desagrega, por tratar dos temas independientes, aún relacionables)
8. Seguridad, salubridad, comodidad y ornato
9. Cualquier otro interés comunitario que convenga al buen éxito del Plan Regulador

La Ley No. 4240 enumera en el artículo 21 los *Reglamentos* que necesariamente deberán promulgarse con el *Plan Regulador*. Los elementos antes descritos serán regulados, total o parcial, directa o indirectamente por cada uno de esos Reglamentos, según su materia. Se trata de cinco reglamentos básicos que son: 1) Reglamento de Zonificación; 2) Reglamento de Fraccionamiento y Urbanización; 3) Mapa Oficial; 4) Reglamento de Renovación Urbana y 5) Reglamento de Construcciones. La Ley No. 4240 establece una regulación marco del contenido de tales reglamentos, en los Capítulos III, IV, V, VI y VII de la Sección Segunda.

La jurisprudencia contencioso-administrativa también ha señalado que el contenido del *Plan Regulador* es mínimo, debido a la amplitud de cuestiones susceptibles de planificación y regulación, de modo que la enunciación normativa será orientadora y no taxativa, salvo que expresamente así se indique. Al respecto se dice: “en razón de su amplio contenido que los planes reguladores de la Ley de Planificación Urbana establece en su artículo 21 cuáles son los principales reglamentos que son instrumentos normativos complementarios de toda regulación urbanística, conocida como “Plan”, ya sea nacional, regional o local (...)”<sup>368</sup>

Desde un punto de vista crítico, la jurisprudencia ha sido amplia y clara en señalar que el contenido del *Plan Regulador* es mínimo y que la regulación de la Ley No. 4240 es ejemplificativa. Sin embargo, el contenido que ha tratado la jurisprudencia se encuentra únicamente relacionado con los *Reglamentos de Desarrollo Urbano*. Este aspecto ratifica la afirmación anterior de que el concepto jurisprudencial del *Plan Regulador* es reduccionista y tendencialmente normativista. Se echa de menos un desarrollo del contenido del *Plan Regulador* como instrumento de planificación.

De la revisión de sentencias efectuada no se encontró ninguna que abordara el tema de la *planificación estratégica*, como técnica para el diagnóstico de situaciones, proyección de escenarios y toma de decisiones en el marco del *proceso* de planificación urbana. Esto implica que la concepción jurisprudencial del *Plan Regulador*, es en el fondo el resultado del control de legalidad de la aplicación de estos instrumentos, se inclina hacia un paradigma de *planificación de tipo normativa*. Como si la planificación urbana solamente fueran productos y como si el proceso fuera solamente un procedimiento de emisión de productos. En este sentido, existe concepción estática de la planificación urbana, cuyo único propósito es verificar la adecuación de una actuación pública al *Plan Regulador* y no controlar la existencia de un *proceso integral de planificación urbana estratégica*. La jurisprudencia debe migrar del casuismo legalista al control judicial integral de políticas públicas para la implementación de los objetivos y metas establecidos en el *Plan Regulador* como instrumento de planificación.

---

<sup>368</sup> Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 4516 del 30 de noviembre del 2010. Ver en el mismo sentido: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 2412 del 24 de junio del 2010. Sentencia No. 164 del 19 de mayo del 2011. Sentencia No. 410 del 31 de octubre del 2011. Sentencia No. 112 del 5 de mayo del 2012. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

### e.3.- Fundamento constitucional y procedimiento de emisión de *Planes Reguladores*

La Constitución Política establece en el artículo 169 la facultad de las municipalidades para el ejercicio de la potestad de planificación urbana<sup>369</sup>. La atribución no es expresa sino tácita<sup>370</sup>. Esto se debe a una interpretación que efectúa la jurisprudencia constitucional sobre esta norma, derivando la atribución de la potestad del concepto jurídico indeterminado “intereses locales”. Ya lo afirma Jurado Fernández: *“lo que podemos entender como regulación constitucional sobre el urbanismo es el resultado de la interpretación que la jurisprudencia constitucional ha hecho de normas (...)”*<sup>371</sup>.

El apoderamiento constitucional de las municipalidades se consolida desde los inicios de la Sala Constitucional. El criterio jurisprudencial vigente hoy data desde los inicios de la década de 1990. Así se ha indicado:

*La Sala estima que la potestad atribuida a los gobiernos locales para planificar el desarrollo urbano dentro de los límites de su territorio sí integra el concepto constitucional de "intereses y servicios locales" a que hace referencia el artículo 169 de la Constitución, competencia que fue reconocida por la Ley de Planificación Urbana (#4240 del 15 de noviembre de 1968, reformada por Leyes #6575 de 27 de abril de 1981 y #6595 de 6 de agosto de ese mismo año), específicamente en los artículos 15 y 19 aquí impugnados (...)* (Subrayado es suplido)<sup>372</sup>

El artículo 15 de la Ley de Planificación Urbana señala que: *“(...) reconócese competencia y autoridad de los gobiernos municipales para planificar y controlar el desarrollo urbano, dentro de los límites de su territorio jurisdiccional”*. Para tales efectos esa misma norma faculta a las municipalidades a *“implantar un plan regulador y los reglamentos de desarrollo urbano conexos (...)”*. La jurisprudencia constitucional es contundente en señalar que esta competencia es

<sup>369</sup> Para mayor detalle puede consultarse el siguiente trabajo: Jinesta Lobo, Ernesto. (2008) “Planificación urbanística local en la jurisprudencia constitucional”. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Urbanístico organizado por la Universidad de Guadalajara. Guadalajara: IIJ, UNAM, AIMDA, 15-17 mayo 2018. Disponible en:

<[http://www.ernestojinesta.com/\\_REVISTAS/PLANIFICACIÓN%20URBANÍSTICA%20LOCAL%20EN%20LA%20JURISPRUDENCIA%20CONSTITUCIONAL.PDF](http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/PLANIFICACIÓN%20URBANÍSTICA%20LOCAL%20EN%20LA%20JURISPRUDENCIA%20CONSTITUCIONAL.PDF)>

<sup>370</sup> Jurado Fernández señala: *“La Constitución Política no contiene ninguna disposición normativa directamente referida al urbanismo y las potestades públicas relacionadas con la planificación urbanística. Mas aún, no contiene disposición normativa relativa al tema más amplio del ordenamiento territorial y a las potestades públicas que tendría que ver con ello”*. Jurado Fernández, Julio. (2009) “La potestad pública de planificación urbana y la jurisprudencia constitucional”. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 123 (13-30): p. 17. Disponible en: <<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13510>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>371</sup> Id.

<sup>372</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 6706 del 21 de diciembre de 1993. Ver en el mismo sentido las sentencia de ese tribunal: Sentencia No. 2153 del 21 de mayo de 1993. Sentencia No. 4205 del 20 de agosto de 1996. Sentencia No. 4957 del 18 de setiembre de 1996. Sentencia No. 11397 del 8 de octubre del 2003. Sentencia No. 10971 del 26 de julio del 2006. Sentencia No. 13330 del 6 de setiembre del 2006. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accedido el: 14 de octubre del 2018.

exclusiva y excluyente de las municipalidades y que otros entes nacionales, como el INVU, únicamente tienen una competencia residual desde el punto de vista normativo<sup>373</sup> y una función contralora, conforme lo establece el artículo 10 de la Ley de Planificación Urbana. Al respecto se ha indicado:

*La planificación urbana, sea la elaboración y puesta en marcha de los planes reguladores, es una función inherente a las municipalidades con exclusión de todo otro ente público, salvo lo dicho en cuanto a las potestades de dirección general atribuidas al Ministerio de Planificación y a la Dirección de Urbanismo.*<sup>374</sup>

El ejercicio exclusivo de la potestad de planificación urbana por parte de las municipalidades no las releva del deber de coordinar con otros entes públicos (locales, regionales o nacionales), cuando el ejercicio de tal potestad desborde la jurisdicción territorial o que por razón de la materia la municipalidad no pueda regular tal o cual aspecto en un *Plan Regulador*, como por ejemplo la regulación de la diversidad biológica, la normativa sanitaria, la regulación del mercado económico, entre otros aspectos. En todo caso, la Sala Constitucional es clara en indicar que las municipalidades deben cumplir con el principio de coordinación administrativa en el ejercicio de su competencia exclusiva y excluyente, al respecto ha indicado:

*Definida la competencia material de la municipalidad en una circunscripción territorial determinada, queda claro que habrá cometidos que por su naturaleza son exclusivamente municipales, a la par de otros que pueden ser reputados nacionales o estatales; por ello es esencial definir la forma de coparticipación de atribuciones que resulta inevitable, puesto que la capacidad pública de las municipalidades es local, y la del Estado y los demás entes, nacional; de donde resulta que el territorio municipal es simultáneamente estatal e institucional, en la medida en que lo exijan las circunstancias. Es decir, las municipalidades pueden compartir sus competencias con la Administración Pública en general, relación que debe desenvolverse en los términos como está definida en la ley (artículo 5 del Código Municipal anterior, artículo 7 del nuevo Código), que establece la obligación de "coordinación" entre la municipalidades y las instituciones públicas que concurren en el desempeño de sus competencias, para evitar duplicaciones de esfuerzos y*

---

<sup>373</sup> Sobre el carácter residual de la normativa del INVU y en relación con el Transitorio II de la Ley de Planificación Urbana se ha indicado: “*La planificación urbana local corresponde por disposición constitucional a las Municipalidades. La disposición transcrita autoriza al Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo a confeccionar esos planes en caso de que aquellas no los haya adoptado*” (Subrayado se suplido). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 2153 del 21 de mayo de 1993. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

<sup>374</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 6706 del 21 de diciembre de 1993. Ver en el mismo sentido las sentencia de ese tribunal: Sentencia No. 4205 del 20 de agosto de 1996. Sentencia No. 4957 del 18 de setiembre de 1996. Sentencia No. 11397 del 8 de octubre del 2003. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

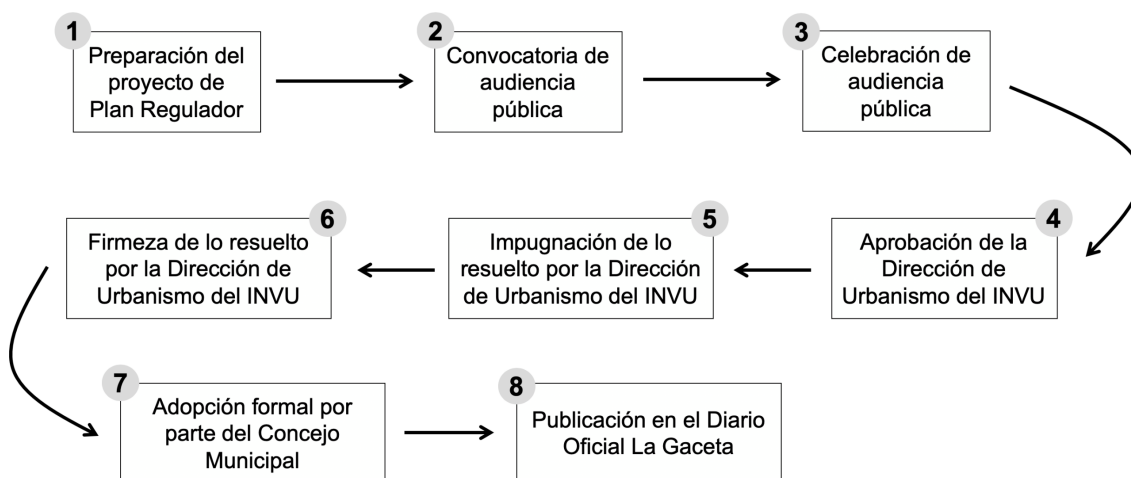


*contradicciones, sobre todo, porque sólo la coordinación voluntaria es compatible con la autonomía municipal por ser su expresión (Subrayado es suplido)*<sup>375</sup>

El ejercicio de la potestad de planificación urbana implica entre otras cosas la emisión del instrumento denominado como *Plan Regulator*. Se hace la aclaración de que *proceso* y *procedimiento* no son equivalentes, pero tampoco son contrarios. De modo que el ejercicio de esa potestad se efectúa en el *proceso de planificación urbana* y, además, se instrumenta mediante los *procedimientos* para la emisión, modificación y extinción de los *Planes Regulator*. Considerando que se trata de una consecución de fases, a continuación se describe esquemáticamente el *procedimiento* según está establecido en el artículo 17 de la Ley No. 4240:

### Diagrama No. 18

Procedimiento para la emisión, modificación y extinción de Planes Regulator



**Fuente:** Elaboración propia (2019) a partir de la lectura de los artículos 10, 13 y 17 de la Ley de Planificación Urbana.

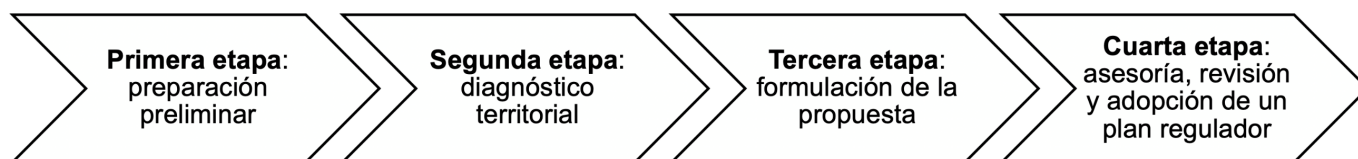
En virtud del principio de paralelismo de las formas y por disposición expresa del artículo 17 *in fine* de la Ley No. 4240, este *procedimiento* debe seguirse cuando se deba efectuar una modificación (parcial o total), la extinción (derogación o abrogación) o suspensión del *Plan Regulator*. Esta norma dispone: “Igualmente serán observados los requisitos anteriores cuando se trate de modificar, suspender o derogar total o parcialmente, el referido plan o cualquiera de sus reglamentos”.

<sup>375</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 5445 del 14 de julio de 1999. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

A nivel operativo, el INVU, mediante su *Manual de Planes Reguladores como Instrumento de Ordenamiento Territorial*, detalla algunas de las etapas anteriores, con el propósito de orientar el proceder de las municipalidades. El esquema diseñado por el INVU es el siguiente:

### Diagrama No. 19

Procedimiento para la emisión de *Planes Reguladores* diseñado por el INVU



**Fuente:** Reproducción literal del esquema descrito en: Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo. (2018) *Manual de Planes Reguladores como Instrumento de Ordenamiento Territorial*. San José: INVU: p. 41. Disponible en: <<https://www.invu.go.cr/documents/20181/32857/Manual+de+Planes+Reguladores+como+Instrumento+de+Ordenamiento+Territorial>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

El Manual del INVU detalla cada etapa mediante un flujograma. Sin embargo, para efectos de este apartado no es necesario profundizar en las sub-etapas en las que está conformada cada etapa. En todo caso, cuando se deba analizar un determinado aspecto con profundidad, se recurre en su momento al procedimiento descrito por el INVU.

Es necesario aclarar que las etapas Primera, Segunda y Tercera del procedimiento descrito por el INVU en el Diagrama anterior, constituyen el detalle de la fase No. 1 del Diagrama No. 18, sea la “Preparación del proyecto de Plan Regulador”. Mientras que la cuarta fase “Asesoría, revisión y adopción de un plan regulador” del Diagrama No. 19 se encuentra detallada por las fases 2 a la 8 del Diagrama No. 18.

Finalmente, y desde una perspectiva crítica, la Ley No. 4240 adolece de una descripción del *proceso* de planificación urbana. Antes bien, se presupone que la formulación del Plan Nacional de Desarrollo Urbano, conjuntamente con la formulación posterior y derivada de los Planes Regionales y los Planes Reguladores, constituye por sí solo el *proceso* de planificación urbana. Presuposición que sería incorrecta, debido a que se trata únicamente de la generación de productos. El *proceso* de planificación estratégica, cuando existe, es absorbido por el *procedimiento* de emisión del *plan* (producto de la planificación estratégica) y de los reglamentos (productos de la regulación normativa). Esto es así, puesto que las tareas de diagnóstico territorial, sistematización de información y análisis de datos, así como la fijación de políticas, objetivos, metas e indicadores se efectúan como una fase previa y suplementaria a la regulación.

## CAPÍTULO TERCERO

### Articulación de la planificación urbana local y la gestión del riesgo de desastres

El término *articular* se utiliza en este trabajo por su claridad gráfica. Según el Diccionario de la Lengua Española, el verbo *articular*, en su primera acepción, denota la actividad de “*unir dos o más piezas de modo que mantengan entre sí alguna libertad de movimiento*”<sup>376</sup>. A su vez, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico registra este verbo y lo define, en su acepción general, como “*componer, ordenar*”<sup>377</sup>. Una tercera definición la proporciona el Diccionario Usual del Poder Judicial de la República de Costa Rica, que en su primera acepción define este verbo como: “*juntar o ensamblar piezas de manera que tengan movimiento entre sí*”<sup>378</sup>.

El término *articular* describe una actividad cuya realización genera un producto denominado *articulación*, este último término denota el estado terminado de la actividad, que ya no es *unir*, sino la *unión* en sí. Lo significativo es que la *unión* generada constituye un eje o pivote de estabilidad entre dos o más movimientos. La definición del término *articulación* es especialmente esclarecedora al señalar que se trata de una “*unión entre dos piezas rígidas que permite el movimiento relativo entre ellas*” (Subrayado es suplido)<sup>379</sup>. Los términos *articular* y *articulación* son suficientemente expresivos y claros para representar la tensión entre lo *estático* (piezas rígidas) y lo *dinámico* (movimiento relativo entre esas piezas).

*Articular* el proceso de planificación urbana con la técnica o componente de gestión del riesgo de desastres es, precisamente, la operación de “unir dos piezas” (en este caso, dos procesos separados cada uno con su funcionamiento propio y constituyendo un conjunto ordenado de conocimientos, técnicas y procedimientos) para procurar un movimiento unido y dirigido a un mismo fin o elemento común (articulación).

Para efectos de este trabajo, por *articulación* se entiende todo aquel *mecanismo* o *instrumento articulador* provisto por el Derecho (doctrina, jurisprudencia o legislación), cuya función sea unir dos o más contenidos (conocimiento, procedimientos, principios, acciones, efectos, entre otros elementos) propios de cada una de las técnicas objeto de articulación, sea la *planificación urbana* o la *gestión del riesgo de desastres*.

---

<sup>376</sup> Real Academia Española (2019). *Diccionario de la Lengua Española. Edición del Tricentenario*. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=DglqVCc>. Accesado el 2 de julio del 2019..

<sup>377</sup> Real Academia Española. (2017) *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Volumen I. Madrid: Santillana Educación S.L.: p. 236.

<sup>378</sup> Poder Judicial de la República de Costa Rica (2019). *Diccionario Usual del Poder Judicial*. Disponible en: <https://digesto.poder-judicial.go.cr/index.php/dicc>. Accesado el 2 de julil del 2019

<sup>379</sup> Real Academia Española (2019). *Diccionario de la Lengua Española. Edición del Tricentenario*. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=DglqVCc>. Accesado el 2 de julio del 2019.

Simultáneamente a la actividad de articular dos elementos de técnicas diferentes, la función complementaria de un *mecanismo* o *instrumento articulador*, es recibir o asimilar en el funcionamiento interno y propio del Derecho y del ordenamiento jurídico, contenidos *extra-jurídicos*, es decir, provenientes de disciplinas y técnicas ajenas al Derecho, pero relacionadas con las materias objeto de regulación.

A mayor abundamiento, la denominación *mecanismo* o *instrumento articulador* es, en simple, una denominación funcional, la cual se le puede atribuir a todos aquellos institutos jurídicos que puedan realizar la función de articulación, sea la de unir sobre un eje común el funcionamiento propio de cada elemento articulado. Entonces, cualquier instituto del derecho, sea sustantivo o procesal, sea una norma o un principio, sea un procedimiento o un acto que desempeñe esta función, es por ese hecho, un *mecanismo* o *instrumento articulador*.

#### **a.- La tutela cautelar en sede administrativa como mecanismo articulador entre la gestión del riesgo de desastres y el instrumento de planificación urbana *Plan Regulator***

La técnica de *gestión del riesgo de desastres* es flexible. Por ello, resulta de mayor utilidad considerarla como un componente a incorporar sobre otro componente, proceso o sistema, pero no como algo accesorio o complementario, sino como un eje transversal. Esto es lo que efectivamente realiza la Ley No. 8488, al establecer la Política Nacional de Gestión del Riesgo como “un eje transversal de la labor del Estado Costarricense”. Asimismo, este carácter transversal se evidencia en la formulación del principio de *integralidad del proceso de gestión*, al respecto el artículo 3 de esta Ley lo define como:

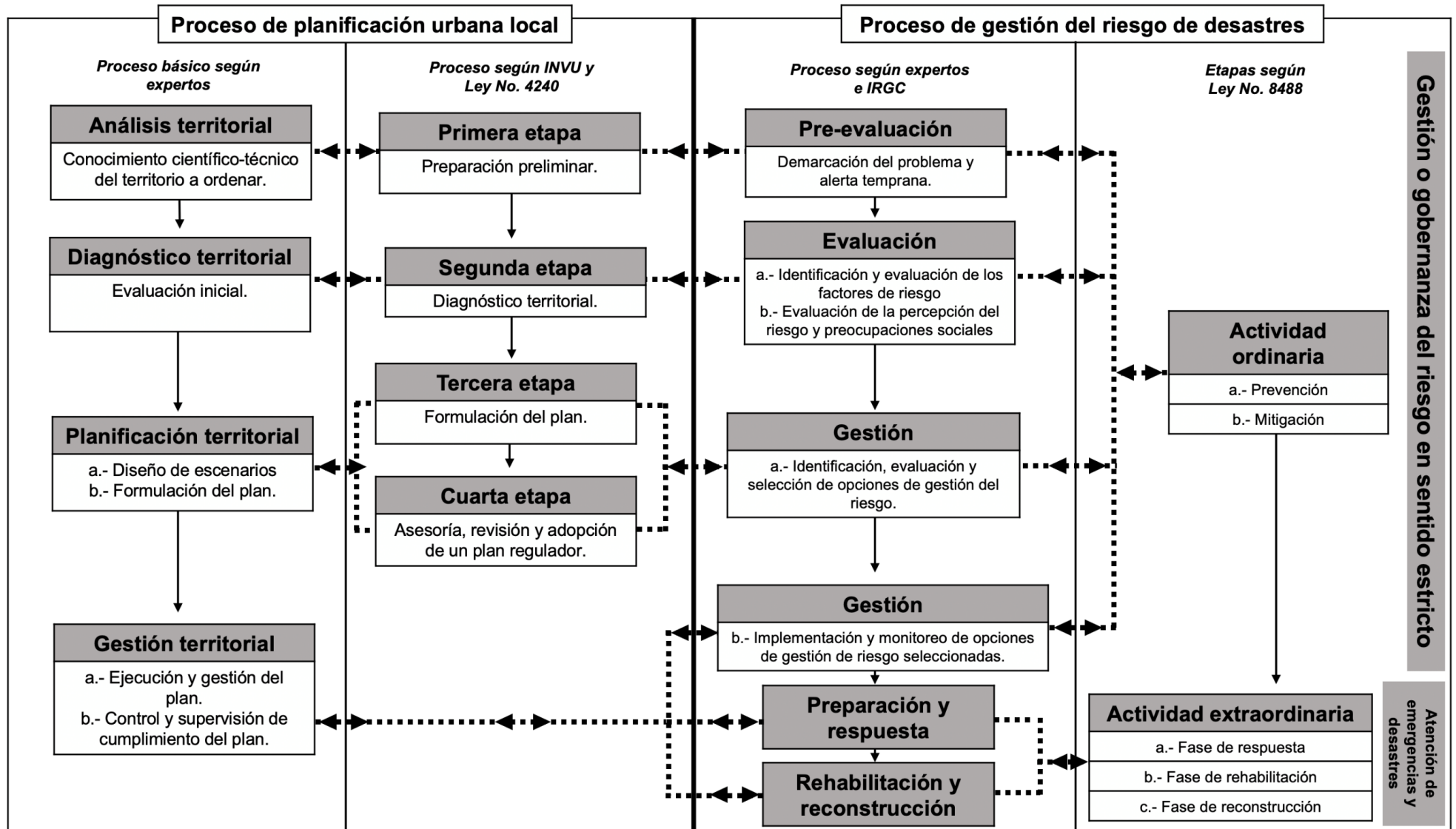
*La gestión del riesgo se basa en un **abordaje integrado**, en el cual se articulan los órganos, las estructuras, los métodos, los procedimientos y los recursos de la administración central, la administración descentralizada, las empresas públicas, los gobiernos locales, procurando la participación del sector privado y de la sociedad civil organizada* (Subrayado y negrita son suplidos).

El componente de la *gestión del riesgo de desastres* no debe ser visto de manera aislada al sistema, proceso o componente del que es eje transversal, como tampoco éste último debería realizarse sin la presencia del primero. Entonces, no existe una relación de lo principal a lo accesorio, sino una relación recíproca, esto es por mandato de Ley.

Así, la *gestión del riesgo de desastres* es la que se incorpora o articula con el proceso de *planificación urbana local* y no al contrario. Para lograr claridad en la exposición, la forma y los niveles en los que pueda articularse esta *técnica* está sujeto a la dinámica propia del proceso de planificación urbana local, pero una vez articulado con este, se integra a su organización y funcionamiento normal, como un componente más.

**Diagrama No. 20**

Comparación del proceso de planificación urbana local y del proceso de gestión del riesgo de desastres



**Nota:** Las líneas punteadas con flechas en triángulo en ambas direcciones establecen las posibles relaciones de articulación entre las fases paralelas de cada proceso. **Fuente:** Elaboración propia, 2019. En el caso del proceso básico de planificación urbana u ordenamiento territorial, el diagrama se elabora a partir del criterio experto de: De Cerdán, Nelly. (2007) “Articulación del ordenamiento territorial y la gestión del riesgo”. En: *Tiempo para entregar el relevo: reducción del riesgo de desastres desde la perspectiva de gestión ambiental, ordenamiento territorial, finanzas e inversión pública*. San José: Grupo de Recursos del Sur: p. 128. Recuperado de: <<http://www.cridlac.org/digitalizacion/pdf/spa/doc16823/doc16823.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018 y Comisión Nacional de Emergencias (2014) *Normas y elementos básicos de gestión municipal del riesgo de desastre con énfasis en prevención, control y regulación territorial*. 1a Ed. San José: CNE: p. 18. En el caso del proceso según el INVU y la Ley No. 4240, el diagrama se reproduce de manera literal (en contenido) del documento: Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo. (2018) *Manual de Planes Reguladores como Instrumento de Ordenamiento Territorial*. San José: INVU: p. 41. En el caso del proceso de gestión del riesgo de desastres según expertos, el diagrama se toma de manera simplificada del Diagrama No. 9 de este trabajo, inspirado a partir de: International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 13. Finalmente, en el caso de las etapas del proceso de gestión del riesgo de desastres según la Ley No. 8488, el diagrama es de elaboración propia a partir de la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, Ley No. 8488.

El Diagrama anterior muestra una comparación entre las estructuras y fases de los procesos en contraste, dando lugar al establecimiento de relaciones entre dichas fases, lo que podría denominarse como articulación a *nivel estratégico*. El Diagrama fue elaborado a partir de las cuatro fases básicas del proceso de planificación urbana local u ordenamiento territorial, propuestas por Nelly Gray de Cerdán<sup>380</sup>, por esta razón, los demás procesos están organizados en función de esas cuatro fases.

A *nivel estratégico*, la *articulación* supone que ambos procesos se realicen de manera continua y paralela, para garantizar que la *planificación urbana* integra el componente de la *gestión del riesgo de desastres* en cada etapa.

La *gestión del riesgo de desastres* no debe reducirse únicamente al esquema mostrado en el Diagrama anterior, puesto que la *gestión del riesgo* no depende de la existencia previa del *proceso de planificación urbana*. La correlación y reciprocidad entre procesos es para efectos de *articulación estratégica*. Así, la sola presencia de un fenómeno de riesgo es suficiente para que se emprendan las labores de su gestión, con independencia de si se ubican dentro del proceso de *planificación urbana*.

La *articulación estratégica* procura que la *planificación urbana local* integre el componente de la *gestión del riesgo de desastres*, principalmente, en la etapa de formulación del *Plan Regulador*. Mientras que en fase de implementación (nivel operativo) la *gestión del riesgo de desastres* es por partida doble, por un lado se ejecutan las medidas previstas durante la fase

---

<sup>380</sup> De Cerdán, Nelly. (2007) “Articulación del ordenamiento territorial y la gestión del riesgo”. En: *Tiempo para entregar el relevo: reducción del riesgo de desastres desde la perspectiva de gestión ambiental, ordenamiento territorial, finanzas e inversión pública*. San José: Grupo de Recursos del Sur: p. 128.

de formulación y, por otro lado, el *Plan Regulador* reacciona frente a fenómenos de riesgo sobrevinientes, todo lo cual debe hacerse mediante un enfoque *preventivo* o *correctivo de gestión del riesgo*, según el caso.

Esta perspectiva, que toma el *proceso de planificación urbana local* como referencia para la articulación, considera que el territorio objeto de planificación no es estático y que la dinámica de las relaciones (físicas, químicas, geológicas, sociales, económicas, ecológicas, políticas, entre otros) que se desarrollan sobre él pueden configurar múltiples *situaciones reales de riesgo* que inciden de manera directa sobre la determinada ordenación del territorio establecida por el *plan* vigente, al igual que inciden a su vez sobre la dinámica propia de esas relaciones.

Este nivel de articulación considera la estructura de procesos estratégicos, lo cual se basa principalmente un criterio o variable temporal. Como se explica en este trabajo, el *Plan Regulador* puede verse desde dos perspectivas, siempre binominales: por un lado considerando la variable o criterio temporal, el cual resuelve la tensión entre lo dinámico del transcurso del tiempo y lo estático de los escenarios proyectados en el plan, es decir, el *plan-proceso* (dinámico) y el *plan-producto* (estático); por otro lado, considerando un criterio material, según el cual el *Plan Regulador* integra un contenido *estratégico* (plan, programas, proyectos, objetivos, metas e indicadores) y un contenido *normativo* (plan regulador, reglamentos de desarrollo, normas urbanísticas y de ordenamiento territorial, entre otros).

Con base en el criterio temporal, el *plan-proceso* debe realizarse por primera vez de manera paralela con el *proceso de gestión del riesgo*, pero el *plan-producto* debe ser capaz de continuar con la gestión del riesgo, pero ya a un *nivel operativo*, es decir, con la ejecución del *plan*. Por tanto, se reconocen dos momentos, el *procedimiento de formulación* del plan-proceso y los *procedimientos de implementación* del plan-producto.

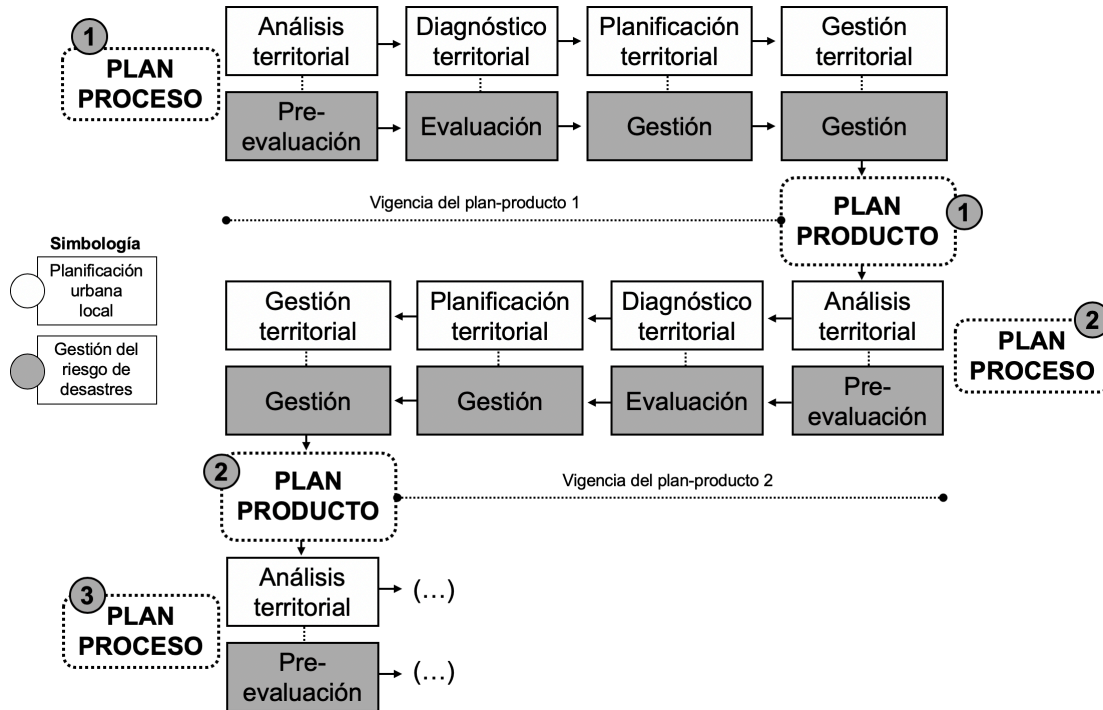
Con esta propuesta el proceso de planificación urbana local articulado con el proceso de gestión del riesgo de desastres adquiere perspectiva, ya que la implementación de un *plan-producto* vigente debe estar acompañada de un procedimiento de formulación de *plan-proceso*, sinergia que permite los flujos de retroalimentación.

Entonces, de manera simultánea a la ejecución del *plan-producto* vigente (aplicación de normas y cumplimiento de objetivos estratégicos a corto y mediano plazo), el *plan-proceso* debe continuar con su segundo ciclo de actualización de manera paralela con el proceso de gestión del riesgo, ciclo que podría culminar con una modificación del *plan-producto* vigente y que hasta ese momento está siendo ejecutado. Esta dinámica es continua, entonces, mientras el *proceso de planificación* esté activo, el *plan* está en constante actualización, sea respecto de las circunstancias sobre las que se aplican las normas, como respecto del grado de cumplimiento del contenido estratégico a largo plazo.

Esta relación podría representarse de la siguiente manera:

### Diagrama No. 21

Ciclo del *plan-proceso* de planificación urbana local articulada con la gestión del riesgo de desastres respecto de ciclo de vigencia del *plan-producto*



Fuente: Elaboración propia a partir del Diagrama No. 20.

En el marco de la relación apuntada entre lo dinámico-estático y el proceso-producto, el *Plan Regulador* se posiciona como el elemento común, más aún, el *Plan Regulador* es el mecanismo por antonomasia con que el *proceso de planificación urbana* se instrumentaliza. Este último proceso es la referencia para efectuar la articulación, por paridad razón, el *Plan Regulador* se puede constituir como un *mecanismo articulador*.

Por otra parte, el criterio material se refleja en el *plan-producto*, por ser este el reservorio de contenido estratégico (plan, programas, proyectos, objetivos, metas e indicadores), como de contenido normativo (plan regulador, reglamentos de desarrollo, normas urbanísticas y de ordenamiento territorial, entre otros).

Lo funcional del proceso articulado es su carácter cíclico. Para ello pueden considerarse *períodos de estabilidad relativa*, es decir, el tiempo que transcurre entre la versión de un *plan-producto* y otra versión (total o parcialmente modificada), los períodos entre el inicio y cierre de ciclo. Se trata de una *estabilidad relativa* porque presupone la necesaria actualización del



*plan-producto* vigente, así, la *estabilidad relativa* va siempre en función de la duración del *plan-proceso* paralelo.

A este punto de la exposición, el panorama es claro respecto de los alcances de una articulación entre ambos procesos a nivel estratégico. No obstante, en este trabajo se analiza la relación entre el *Plan Regulador* y la *tutela cautelar en sede administrativa*, mecanismos que posibilitan la *articulación a nivel estratégico* entre la *planificación urbana local* y la *gestión del riesgo de desastres*.

La hipótesis de investigación consiste en que “*la tutela cautelar administrativa constituye un medio idóneo, entre otros posibles, para que el Plan Regulador reaccione de manera eficaz frente un espacio que se transforma debido a la ocurrencia de un desastre provocado por un fenómeno natural*”.

Debe observarse que la *tutela cautelar en sede administrativa* es un mecanismo procesal, razón por la cual su ámbito de actuación queda delimitado por los alcances de los *procedimientos administrativos* que ejecutan y aplican normas del *Plan Regulador* a situaciones jurídicas concretas. Como se desprende, la hipótesis está circunscrita a la fase de *plan-producto*, esto es, a los *procedimientos de implementación* del *Plan Regulador*.

Esta circunstancia, lejos de constituir un obstáculo para el *plan-proceso*, en el cual la *tutela cautelar* no aparece del todo o no actúa de manera directa, más bien fortalece el procedimiento de implementación del *plan-producto*. En perspectiva, debe considerarse que la *tutela cautelar administrativa* funge principalmente como un instrumento de gestión del *plan-producto* vigente, pero de manera simultánea incide en las circunstancias sobre las cuales se está efectuando el *plan-proceso* paralelo que concluye con la actualización del *plan-producto* vigente. Aún cuando la *tutela cautelar* no actúe directamente en la fase del *plan-proceso* como tal, sus efectos sí lo alcanzan de manera indirecta.

Los *procedimientos de implementación del plan-producto* aplican normas cuyo propósito es lograr el cumplimiento paulatino del contenido estratégico del *plan-producto*. En ese contexto, tales lineamientos estratégicos pueden orientar la necesidad de emitir una medida cautelar, de mantenerla o extinguirla, o bien, orientan el tipo de contenido de la medida, según la apreciación de los intereses involucrados en contraste con los fines perseguidos por el *Plan Regulador* en su visión estratégica.

Correlativamente, la tutela cautelar puede fungir como un mecanismo que coadyuve al mantenimiento de la eficacia jurídica de las normas vigentes, por transformación de la realidad sobre la que deben ser aplicadas y, ante la imposibilidad o insuficiencia de lo anterior, estas medidas pueden conservar, modificar, extinguir, rehabilitar, entre otros efectos posibles, ciertas

situaciones jurídicas y estados materiales en aras de gestionar el riesgo que las influyen y, con ello, garantizar el interés público y la afectación de los demás intereses involucrados.

Esta actuación del *Plan Regulador* a través de la emisión de *medidas cautelares* cuando sea necesario, se da en la fase de *implementación del plan-producto* vigente, lo que permite gestionar las circunstancias sobre las cuales se está desarrollando paralelamente el *plan-proceso* de actualización, de modo que una vez culminado este con la generación del *plan-producto* en su segunda versión, sea factible su implementación por haberse gestionado las circunstancias en las que debe ser aplicado.

En síntesis, la *articulación* entre la planificación urbana local y la gestión del riesgo de desastres puede considerar los siguientes aspectos:

- *Articular* es el intento por unir dos componentes distintos, pero compatibles, cuyo funcionamiento y propiedades pueden canalizarse en un mismo sentido. La *articulación* es el eje, el pivote o el punto de soporte estable (fase estática) que une el funcionamiento propio de cada elemento (fase dinámica).

- Esta función de unir o de articular, es catalizada por un *instrumento* o *mecanismo articulador*, que para los efectos, es todo aquel *instituto jurídico* que realice esta función de manera *principal* y, de manera *complementaria*, reciba o asimile en el funcionamiento interno y propio del Derecho y del ordenamiento jurídico, contenidos *extra-jurídicos*, es decir, provenientes de disciplinas y técnicas ajenas al Derecho, pero relacionadas con las materias objeto de regulación.

- Los elementos a articular son el proceso de *planificación urbana* y la técnica, proceso o componente de *gestión del riesgo de desastres*. Se propone realizar la *articulación* tomando como referencia el proceso de *planificación urbana local*.

- Es posible establecer relaciones a partir de las fases del proceso base de planificación urbana con las tres fases básicas (pre-evaluación, evaluación y gestión) y dos eventuales (preparación y respuesta; rehabilitación y reconstrucción) del proceso de gestión del riesgo de desastres.

- La *articulación plena* solamente puede llevarse a cabo cuando ambos procesos están sincronizados, es decir, cuando para cada fase del proceso de planificación urbana, se cumple paralelamente con los requisitos y pasos de la fase correlativa del proceso de gestión del riesgo de desastres.

- Al ser el proceso de planificación urbana local la base para la *articulación*, se considera al *Plan Regulador* como el mecanismo articulador, el cual actúa en su naturaleza dual, como proceso y como producto, como plan estratégico y como instrumento normativo o norma.

- La *articulación plena* debe tomar en cuenta que ambos procesos son continuos y cíclicos, por lo que deben resolver adecuadamente la tensión entre lo dinámico del

*plan-proceso* y lo estático del *plan-producto*, considerando que la vigencia, sea indefinida o temporal, del *plan-producto*, no es óbice para que el *plan-proceso* continúe su segundo ciclo para actualizar la primera versión del *plan-producto* vigente y en ejecución.

- Para efectos de este trabajo, se propone realizar la *articulación* entre ambos procesos mediante la actuación del *Plan Regulador* y de la *tutela cautelar en sede administrativa*, concibiéndolos como *mecanismos o instrumentos articuladores*.

- Conforme a la hipótesis planteada, la *tutela cautelar*, al ser un mecanismo eminentemente procesal, hace que la propuesta de articulación se circunscriba únicamente a la fase de *plan-producto*, más específicamente, en el marco de los *procedimientos de implementación del Plan Regulador*, lo cual implica que en la fase de *plan-proceso* no se verifique la articulación bajo los mismos términos.

### **a.1.- Tutela cautelar y ejecución del Plan Regulador**

La hipótesis de investigación está circunscrita a la fase de *plan-producto* (Plan Regulador); por ello, la articulación propuesta se verifica en su fase de implementación, mediante la aplicación de normas del *Plan Regulador* y normativa conexas sobre casos concretos surgidos con ocasión de la *gestión territorial*. Esta aplicación de normas a casos concretos se debe manifestar, al ser voluntad pública, mediante un *procedimiento administrativo*, lo que usualmente y en general también se denomina “sede administrativa”.

El *procedimiento administrativo* se convierte en el vehículo que permite la aplicación de la *tutela cautelar* en el marco de la *fase de implementación del Plan Regulador*. Sin embargo, la tutela cautelar en sede administrativa carece de regulación expresa, circunstancia que no es obstáculo para su implementación, pero que sí genera dos escenarios a contemplar: 1. Necesidad de regulación normativa expresa de la tutela cautelar y 2. aplicación de la tutela cautelar por integración analógica.

En el primer caso, debería existir regulación normativa expresa de la tutela cautelar en sede administrativa, sea en norma legal (por ejemplo, en la Ley General de la Administración Pública) o en norma *infra-legal*, propiamente en el contenido normativo del *Plan Regulador*. Este último supuesto es posible únicamente por la habilitación expresa que efectúa la Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240, en su artículo 19 al establecer: “cada municipalidad emitirá y promulgará las reglas procesales necesarias para el debido acatamiento del plan regulador y para la protección de los intereses de la salud, seguridad, comodidad y bienestar de la comunidad” (Subrayado es suplido). Esta norma salva la prohibición expresa del artículo 19 de la Ley General de la Administración Pública de regular vía reglamento aspectos que limiten derechos fundamentales. Nada impide que el *Plan Regulador* cuente con su propia regulación procesal sobre medidas cautelares que faciliten su ejecución, al existir la posibilidad de ser

emitidas con ocasión de los procedimientos administrativos que apliquen normas del plan en casos concretos.

El segundo escenario parte de la carencia de regulación. Mientras no exista una regulación normativa expresa de la tutela cautelar en sede administrativa, sea en norma de rango legal general o en el propio contenido del *Plan Regulador*, la aplicación de este tipo de medidas no está vedada, pero deberá efectuarse con arreglo al Código Procesal Contencioso Administrativo, esto es, por integración analógica del ordenamiento jurídico administrativo, según los artículos 9, 10 y 13 de la Ley General de la Administración Pública.

Lógicamente, la aplicación analógica de esa regulación procedimental está sujeta a las particularidades propias del procedimiento administrativo, como pueden ser la caducidad del procedimiento, los órganos competentes para emitirlos, la fase recursiva, entre otras. Sobre esta posibilidad, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia señala: “*desde esta perspectiva, el marco general de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, así como sus alcances, características y requisitos, resulta aplicable, mutatis mutandi, en sede administrativa*”<sup>381</sup>.

La propuesta de esta investigación no desconoce tales escenarios, pero es independiente de ellos, en la medida en que en u otro caso, es posible recurrir a la tutela cautelar en el marco de los procedimientos administrativos de implementación del *Plan Regulador*.

El análisis que se efectúa en el siguiente apartado sobre la *tutela cautelar* es preponderantemente dogmático, puesto que las propuestas que de allí surjan parten de los conceptos fundamentales sobre del instituto, no sobre la relatividad de los esquemas procedimentales según cada legislación. De esta manera, el análisis, la crítica y la recomendación es del instituto en su expresión básica y no de la temporalidad de su régimen regulatorio. Así, en este apartado lo que interesa es ubicar el momento en que se podría verificar la hipótesis, esto es, en la fase de implementación del *Plan Regulador*, también denominada como *gestión territorial, urbanística o ejecución del planeamiento*. Lo más relevante para estos efectos es identificar que en la fase de implementación se despliegan gran cantidad y diversidad de manifestaciones de voluntad pública, es decir, procedimientos administrativos que permiten a la postre emitir *medidas cautelares*.

En el ámbito del Derecho Administrativo y Urbanístico la ejecución del *plan*, se enmarca dentro de la categoría genérica de *función de policía* de la Administración Pública. En su concepción moderna, esta función es inherente al ejercicio del poder público, al respecto el

---

<sup>381</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 199 del 4 de febrero del 2010. Ver de la misma Sala: Sentencia No. 802 del 5 de julio del 2010. Sentencia No. 90 del 3 de febrero del 2011. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

profesor Fernando Garrido Falla explica que tiene por objetivo “*garantizar el mantenimiento del orden público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos*”<sup>382</sup>.

La nota característica de la función de policía es intervenir formal o materialmente sobre la esfera de los particulares estableciendo limitaciones a su libre voluntad en aras de garantizar aquel “orden público” que tiene múltiples facetas, entre las que se encuentra el *orden público urbano o urbanístico*. Es componente de esa función, que se reitera es inherente al poder público, la coacción, como posibilidad de ejecución material *per se* de las decisiones públicas.

La ejecución del *Plan Regulador* se enmarca en esa función general de policía para el control del orden público urbano. La intervención administrativa, en general, puede ser *formal* o *material*, según que se trate de la emisión de actos administrativos al amparo del *Plan* o la ejecución de éstos o de coacción directa o anómala. Sobre la ejecución del planeamiento, Luciano Parejo Alfonso explica:

*La gestión tiene, como queda dicho, un contenido amplio y variado, pero nucleado en torno a tres ejes fundamentales que acotan sus límites: (1) la ejecución del régimen urbanístico del derecho de propiedad, que adquiere singularidad en este plano en el orden de la regulación del mercado del suelo (gestión es aquí, pues, básicamente, regulación del mercado del suelo); (2) la ejecución del planeamiento, y (3) el control de actos privados de edificación y uso del suelo. Obviamente, siendo el Plan la pieza capital del sistema de ordenación urbanístico, y teniendo el mismo una clara vocación de cumplimiento o realización efectiva (para no quedar en simple*

---

<sup>382</sup> Garrido Falla, Fernando. (1959) “Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 28 (11-50): p. 12. Disponible en: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=28&IDA=22055>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. Al respecto, Garrido Falla agrega: “*la policía no es, pues, solamente una posible limitación de la actividad del particular, sino que implica también el posible uso de la coacción cuando el particular no se ha conformado a esas limitaciones*”. Garrido Falla, Fernando. (1953) “Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 11 (11- 31): p. 15. Disponible en: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=11&IDA=21773>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. A mayor detalle ver: Fraga, Gabino. (2000) *Derecho Administrativo*. 40ª Ed. México: Editorial Porrúa: p. 15. | En sentido crítico, ver: Gordillo, Agustín. (2013) *Tratado de Derecho Administrativo. Teoría General del Derecho Administrativo. Tomo 8*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo: Capítulo X. | También se ha señalado: “*(...) hemos visto que, a lo largo de la historia, por Policía se han entendido, básicamente, tres actividades administrativas diferentes: a) las de orden material, realizadas por la Administración interior civil del Estado, al margen de la hacienda y la justicia; b) las que, en un sentido mucho más estricto, proceden de determinado órganos diferenciados por las atenciones del orden público que se les atribuyen, y c) las de orden público, caracterizadas por una forma concreta de intervención administrativa*”. Nieto, Alejandro. (1976) “Algunas precisiones sobre el concepto de policía”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 81 (35-75): pp. 74-75. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1098617.pdf>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

*modelo o diseño muerto), el capítulo principal de la gestión urbanística es el de la ejecución de dicho planteamiento*<sup>383</sup> (Números entre paréntesis son suplidos).

La cita de Parejo Alfonso es básica por cuando identifica, en grandes líneas, los tres ejes de la ejecución del *Plan*, también denominado como gestión urbanística o territorial. Tales ejes pueden manifestarse formal (por ejemplo, control de actos privados mediante sanciones o regulación del mercado del suelo) o materialmente (por ejemplo, ejecución del planeamiento mediante obra pública de renovación urbana o demoliciones o clausuras de obras levantadas ilegalmente). En simple, la ejecución es “*la materialización de las determinaciones del planeamiento*”, lo cual requiere “*la transformación tanto de la realidad física como de la realidad jurídica*”<sup>384</sup>.

La fase de implementación del *Plan Regulador (plan-producto)*, aún cuando se manifieste formal o materialmente, siempre supone una aplicación directa o indirecta del ordenamiento normativo, sea primeramente por aplicación de las normas del *Plan*, o bien, de normas conexas de rango legal o *infra*-legal. Esto es un reflejo del principio de legalidad administrativa que vincula necesariamente la actividad pública, sin perjuicio de los ámbitos de discrecionalidad permitidos. Por ello adquiere relevancia la figura del *procedimiento administrativo* como la forma más elemental de manifestación del poder público. El *procedimiento* es atípico, a pesar de que existe un esquema general regulado en la Ley, ya que cualquier manifestación concreta de poder público debe hacerse con arreglo a un cauce procedimental. En este sentido, Parejo Alfonso agrega:

*Los planes no se ejecutan normalmente de una sola vez y en una misma actuación. Ordinariamente la ejecución se produce mediante actuaciones, generalmente sucesivas y excepcionalmente simultáneas (pero, en todo caso, independientes entre sí en su desarrollo), de ámbito obviamente inferior al del propio Plan al que se refieren*<sup>385</sup> (Subrayado es suplido).

La delimitación al “ámbito obviamente inferior al del propio Plan” significa que tales actuaciones públicas, formales o materiales, carecen de rango normativo, por tanto, son actos de aplicación de normas, ejecución de actos o actividad material de la Administración Pública, es decir, procedimientos administrativos de diversa índole.

En este panorama, la ejecución del planeamiento, la gestión urbanística o territorial, es una forma general de poder público, es una función general de policía para el control de orden

---

<sup>383</sup> Parejo Alfonso, Luciano. (1986) *Derecho Urbanístico. Instituciones Básicas*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina: p. 385. Ver en el mismo sentido: Fernández, Tomás Ramón. (1990) *Manual de Derecho Urbanístico*. 14a Ed. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: pp. 153-155.

<sup>384</sup> Id., p. 385.

<sup>385</sup> Id., p. 386.

público urbano. Cualquier decisión administrativa, positiva o negativa, formal o material, es un ejercicio concreto de potestades administrativas instrumentalizadas, en mayor o menor medida, en un cauce procedimental que se denomina *procedimiento administrativo*. Así, allí donde exista manifestación de poder público encauzado procedimentalmente, es posible valorar la emisión de medidas cautelares como, mecanismos coadyuvantes de esa función pública principal.

Por esta razón y a manera ilustrativa, a continuación se enuncian sin exhaustividad las formas en que se puede canalizar la ejecución del *Plan Regulador*, con algunos ejemplos conocidos. Tales actos o actuaciones son, lógicamente, el resultado de un *procedimiento*, simple o complejo, breve o pleno, pero que finalmente instrumentaliza la manifestación de voluntad pública, por ello, son supuestos probables para la emisión de medidas cautelares.

**Cuadro No. 19**

Tipos de actuaciones públicas derivadas de la fase de implementación del Plan Regulador (plan-producto)

Tipo de actuación	Acto, actuación o medida	Ejemplos
Potestad certificadora	Visados, constancias, certificaciones.	-Visado de planos, artículo 33 de la Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240. -Certificado de uso de suelo, artículo 28 de la Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240. -Constancia o certificado de obra terminada, artículo 13 del Plan Regulador Urbano del Cantón Central de Cartago y sus Reglamentos, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 246 del 20 de diciembre del 2012, artículo 20 de los Reglamentos de Desarrollo Urbano del Cantón de San José y sus reformas, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 29 del 11 de febrero del 2014.
Potestad autorizatoria	Autorizaciones, aprobaciones, habilitaciones, licencias, permisos, patentes, concesiones, entre otras.	-Permiso de construcción, artículo 74 de la Ley de Construcciones, Ley No. 833. -Licencia en terrenos de dominio público, artículo 9 inciso 3) del Plan Regulador Urbano del Cantón Central

		<p>de Cartago y sus Reglamentos, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 246 del 20 de diciembre del 2012, artículo 13 de los Reglamentos de Desarrollo Urbano del Cantón de San José y sus reformas, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 29 del 11 de febrero del 2014.</p> <p>-Licencia para publicidad exterior, artículo 33 Plan Regulador Urbano del Cantón Central de Cartago y sus Reglamentos, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 246 del 20 de diciembre del 2012, artículo 19 inciso 2) de los Reglamentos de Desarrollo Urbano del Cantón de San José y sus reformas, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 29 del 11 de febrero del 2014.</p> <p>-Licencia para instalación de telecomunicaciones, artículo 19 inciso 3) de los Reglamentos de Desarrollo Urbano del Cantón de San José y sus reformas, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 29 del 11 de febrero del 2014.</p> <p>-Licencia para actividades comerciales, (patente) artículo 57 inciso d) del Código Municipal, Ley No. 7794</p> <p>-Licencia y patente para la venta de licores, artículos 3 y 10 de la Ley de Regulación y Comercialización de bebidas con contenido alcohólico, Ley No. 9047.</p> <p>-Concesión en zona restringida marítimo terrestre, artículos 39, 40 y 41 de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, Ley No. 6043 del 2 de marzo de 1977.</p>
--	--	---



<p>Potestad de control</p>	<p>Inspecciones, evaluaciones, estudios técnicos, peritajes, avalúos.</p>	<p>-Inspección de obras constructivas, artículo 87 de la Ley de Construcciones, Ley No. 833.  -Avalúo de bienes inmuebles, artículos 10-11 de la Ley del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, Ley No. 7509 y artículo 93 del Código Municipal, Ley No. 7794.  -Estudios técnicos. A) estudio técnico previo autorización de licencia urbanística en caso de proyectos complejos, artículo 11 inciso 2) del Plan Regulador Urbano del Cantón Central de Cartago y sus Reglamentos, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 246 del 20 de diciembre del 2012. B) estudios o informes provenientes de otras instituciones, como Evaluaciones de Impacto Ambiental de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, estudios hidrogeológicos del Servicio Nacional de Riesgo y Aveniamiento o privados, informes técnicos sobre condiciones de riesgo de la Comisión Nacional de Emergencias, dictámenes de la Procuraduría General de la República y de la Contraloría General de la República, estudios sobre planeamiento urbano o territorial según el artículo 61 de la Ley No. 4240. C) Estudios provenientes de la misma Administración Municipal, como informes registrales, dictámenes jurídicos, estudios de archivo, informes financieros, informes de urbanismo, reportes de Sistemas de Información Geográfica, catastro, entre otros.</p>
<p>Potestad sancionatoria</p>	<p>Sanciones (suspensiones, revocaciones, multas, orden</p>	<p>-Infracciones a la Ley de Construcciones, artículo 88 de la Ley de No. 833.</p>

	de clausura, orden de demolición)	-Infracciones relativas a la licencia y patente de licores, Ley de Regulación y Comercialización de bebidas con contenido alcohólico, Ley No. 9047.
Potestad tributaria	Impuestos, tasas, contribuciones especiales, tarifas, cánones, exacciones	-Patente comercial (leyes especiales de cada cantón sobre impuestos municipales) -Impuesto sobre bienes inmuebles, Ley del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, Ley No. 7509.
Potestad expropiatoria	Expropiaciones	-Expropiación de estructuras consideradas como patrimonio histórico-arquitectónico, artículo 9 <i>in fine</i> de la Ley de Patrimonio Histórico Arquitectónico de Costa Rica, Ley No. 7555. -Expropiación de terrenos para vías públicas cantonales, artículo 41 de la Ley General de Caminos Públicos, Ley No. 5060 artículo 5 de la Ley de Expropiaciones, Ley No. 7495, la Ley especial para la transferencia de competencias: atención plena y exclusiva de la red vial cantonal, Ley No. 9329 del 15 de octubre del 2015. -Expropiación de terrenos por propósitos de rehabilitación urbana, artículo 21 del Plan Regulador Urbano del Cantón Central de Cartago y sus Reglamentos, publicado en el Diario Oficia La Gaceta No. 246 del 20 de diciembre del 2012.
Actividad material	Ejecución de actos, clausura de edificios, suspensión de actividades u obras, demoliciones, coacción anómala, posesión de terrenos, desalojos, obras constructivas, movimientos de tierra, cierre de vías,	-Demolición por invasión de vía pública, artículo 24 de la Ley de Construcciones, Ley No. 833. -Suspensión de obras, artículo 57 de la Ley de Construcciones, Ley No. 833. -Suspensión de actividades, artículo 29 de la Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240.

	remodelaciones, demarcaciones de terrenos, obras de mantenimiento, recolección de residuos, entre otras.	-Establecimiento de parqueos, señalización, demarcación y parquímetros o estacionómetros, artículo 11 inciso 3) de los Reglamentos de Desarrollo Urbano del Cantón de San José y sus reformas, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 29 del 11 de febrero del 2014, artículo 78 del Plan Regulador Urbano del Cantón Central de Cartago y sus Reglamentos, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 246 del 20 de diciembre del 2012. -Proyectos de renovación urbana, artículo 52 de la Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240.
Imposición de gravámenes reales	Servidumbres, hipotecas legales.	-Servidumbre de aguas, artículo 20 de la Ley de Aguas, Ley No. 276. -Hipoteca legal por deuda de impuesto de bienes inmuebles, artículo 28 de la Ley del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, Ley No. 7509. -Hipoteca legal por deuda de impuestos municipales, artículo 79 del Código Municipal, Ley No. 7794.
Cesión forzosa de áreas públicas	Cesión gratuita de terrenos destinados a áreas públicas.	-Cesión forzosa de áreas públicas, artículo 40 de la Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240.
Convenios interadministrativos	Convenios.	-Convenios para planificación urbana intermunicipal, artículo 62 de la Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240, artículo 9 del Código Municipal.

**Fuente:** elaboración propia, 2019.

Expuestas estas consideraciones es fácil ubicarse cuando en los siguientes apartados se hable de *procedimiento administrativo* o de *sede administrativa*, ya que se entiende que se refiere a manifestaciones de poder público para la ejecución del planeamiento urbanístico y que entre sus posibles aplicaciones concretas, se encuentran los tipos de medidas, actos o actuaciones antes descritos, entre muchos otros posibles. Este panorama otorga perspectiva para analizar a continuación los alcances del concepto *procedimiento administrativo* como causa de existencia de la *tutela cautelar*.

## **b.- Aspectos generales de la tutela cautelar en sede administrativa**

Es propósito de este apartado explicar, primero, de dónde surge la tutela cautelar (relación existencial entre procedimiento-tutela cautelar); en segundo lugar, por qué existe el instituto (objeto, objetivo y fin); en tercer lugar, qué es el instituto.

### **b.1.- Causa de existencia de la tutela cautelar**

Normalmente la *accesoriedad* o *instrumentalidad* es analizada como una característica estructural de la *tutela cautelar*, lo que en este trabajo se comparte. Sin embargo, desde un punto de vista lógico, la *tutela cautelar* no existe, sino es por el *procedimiento*, aun cuando exista la posibilidad de anticipar la *tutela cautelar* sin haberse iniciado el procedimiento aún. Esta relación lógica y existencial entre *procedimiento* y *tutela cautelar* obliga a iniciar la exposición, explicando esa relación y no ofreciendo definiciones doctrinales primero. Para ello es necesario considerar: 1. La *tutela cautelar* es accesoria al *proceso principal* y 2. La productividad de efectos de la *tutela cautelar* no depende de sí misma, sino de lo que se califique como *proceso principal*.

La *tutela cautelar* tiene su *causa existencial*, que no es su finalidad, en el proceso principal, aun cuando exista la posibilidad de anticipar la *tutela cautelar* sin existir aún el procedimiento, supuestos que se detallan más adelante. Para el caso de este trabajo y en el marco de la articulación entre los procesos de *planificación urbana local* y la *gestión del riesgo de desastres*, el instituto de la *tutela cautelar* se encuentra en una *relación accesoria* con el Plan Regulador, o más precisamente, con los *procedimientos de implementación* de dicho Plan. Estos procedimientos tienen una naturaleza jurídica propia y es la del *procedimiento administrativo*, circunstancia que torna a la *tutela cautelar* como un instrumento de suma utilidad para su gestión.

El procedimiento administrativo es, como cualquier otro procedimiento, un cauce predefinido en el que desfilan en orden causal una serie de actuaciones que, de adecuarse a la forma del cauce, desembocan de manera unívoca en la producción del o los efectos jurídicos establecidos por el ordenamiento jurídico. Bien lo expresa Jesús González Pérez, reduciendo a su mínima expresión el término *procedimiento*, al decir que “*el procedimiento es un tipo, una forma, una especie de combinación de actos*”<sup>386</sup>.

El elemento que articula todos esos actos corresponde al *fin* y al *objeto* del procedimiento<sup>387</sup>. El *fin* es el interés público concreto que debe ser protegido, mientras que el *objeto* es el o los

---

<sup>386</sup> González Pérez, Jesús (1964). *El Procedimiento Administrativo*. Madrid: Publicaciones Abella-El Consultor de los Ayuntamientos: p. 56.

<sup>387</sup> Se explica que “*La actividad de los órganos públicos se concreta en una serie de actos combinados entre sí por un efecto jurídico único*”. Id., p. 57.

efectos jurídicos que el ordenamiento prevé para una determinada configuración fáctica de circunstancias. Sin esos elementos unificantes, los actos se tornarían en irrelevantes, cuando menos, sino es que se convierten en actuaciones arbitrarias, por ser precipitadas, aisladas, inconexas e infundadas.

Esta aproximación permite comprender que el *procedimiento administrativo* puede carecer de partes individuales afectadas (al menos de manera inmediata), es decir, aquel procedimiento *abstracto*, enmarcado en la existencia de una *relación de sujeción general*<sup>388</sup>. No obstante, la regla es que los procedimientos administrativos sean *incidentales*, es decir, aquellos provenientes de una *relación de sujeción especial*, en la que podría o no existir contención entre el Administrado y la Administración Pública.

Lo anterior, aunque parezca trivial, es relevante si se considera que el procedimiento administrativo de tipo *incidental* normalmente está reducido y equiparado a las regulaciones generales existentes, como el caso del esquema legal diseñado para el *procedimiento administrativo ordinario y sumario* de la Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227<sup>389</sup>, que presupone la existencia de contradictorio, lo que no siempre se verifica.

En tal caso, la conceptualización amplia del *procedimiento administrativo* es suficientemente clara para entender, como lo dicen García de Enterría y Fernández Rodríguez, que el procedimiento es: “(...) *el camino, el iter jurídicamente regulado a priori, a través del cual una manifestación jurídica de un plano superior (...) produce una manifestación jurídica en un plano inferior (...)*”<sup>390</sup>. Bien lo sintetiza González Pérez al decir que “*el procedimiento administrativo será, por tanto, el procedimiento de la función administrativa*”<sup>391</sup>.

Sirva esta distinción entre *relación de sujeción especial y general*<sup>392</sup> para discernir, consecuentemente, entre un procedimiento administrativo *incidental* y *abstracto*,

---

<sup>388</sup> Este tipo de procedimiento es denominado como *de gestión*, según parte de la doctrina. Éstos tienen “(...) *una finalidad de tipo técnico y de carácter esencialmente interino (aunque nunca totalmente, en la medida en que sus resultados trascienden al exterior), preparatoria de una decisión ulterior*”. García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón. (2002) *Curso de Derecho Administrativo II*. 8ª Ed. Madrid: Editorial Cívitas: p. 451. Para efectos de este trabajo y como se indica antes, la formulación del *plan-proceso* es un ejemplo típico de *procedimiento administrativo abstracto*, cuya regulación especial se encuentra en el artículo 17 de la Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240. Por esta razón, la *tutela cautelar administrativa* no actúa en tales casos, por tratarse de una relación de sujeción general sin partes determinadas aún.

<sup>389</sup> Al respecto, el artículo 308 inciso 1), sub-inciso b) de la Ley No. 6227 establece: “*El procedimiento que se establece en este Título será de observancia obligatoria en cualquiera de los siguientes casos: (...) b) Si hay contradicción o concurso de intereses frente a la Administración dentro del expediente*” (Subrayado es suplido). Respecto del procedimiento administrativo sumario ver los artículos 320 a 326 de la Ley No. 6227.

<sup>390</sup> García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón. (2002) *Curso de Derecho Administrativo II*. 8ª Ed. Madrid: Editorial Cívitas: p. 442.

<sup>391</sup> González Pérez, Jesús (1964). *El Procedimiento Administrativo*. Madrid: Publicaciones Abella-El Consultor de los Ayuntamientos: p. 58.

<sup>392</sup> Sobre los términos *relación de sujeción general y especial* ver: García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón. (2002) *Curso de Derecho Administrativo II*. 8ª Ed. Madrid: Editorial Cívitas: pp. 15-20. Adviértase que

respectivamente. Esto es útil para entender que en el marco del *proceso de planificación urbana y de gestión del riesgo de desastres*, coexisten ambos tipos de procedimientos (incidental y abstracto), pero que la articulación propuesta en este trabajo, únicamente se verifica ante la existencia de *procedimientos administrativos de implementación del Plan Regulador*, es decir, en fase de *plan-producto*.

Si se toma como referencia al *Plan Regulador* vigente (*plan-producto*), la potestad de planificación urbana ya no se ejerce en abstracto (como en la formulación del *plan-proceso*), sino mediante la aplicación concreta de las normas del *Plan* y la puesta en obra de actividades materiales para la consecución del contenido estratégico del *Plan*. En ese contexto, surgen las denominadas *relaciones de sujeción especial*, cuya manifestación formal se reviste de un *procedimiento administrativo incidental*, ordinario o cualquier otro expresamente regulado o al menos esbozado.

Así, la *tutela cautelar* funciona en el ámbito operativo, sea gestionando los efectos de los actos que aplican normas del *plan-producto* vigente. He aquí donde reside la explicación del porqué en este acápite la *tutela cautelar* es concebida como un *instrumento de gestión del Plan Regulador*, precisamente porque el *Plan Regulador* es entendido en *sub specie iuris* procesal, es decir, como *proceso-procedimiento*, de modo que el instituto de la *tutela cautelar* es lo que es: una forma de gestionar el *procedimiento* del cual es accesoria y para el cual funciona. Jesús González Pérez retoma la conceptualización del procedimiento administrativo, para indicar que:

*La función administrativa requiere un procedimiento, reducido a su mínima expresión formalista en ciertos casos y sobrecargado de trámites en otros. Este sometimiento de la acción administrativa a un cauce formal se ha justificado desde dos perspectivas distintas: (1) como garantía del interés público y de los derechos de los particulares (...) Lo que sucede, además, es que en la hora presente debe preocupar también a los poderes públicos la otra faceta a que corresponde el procedimiento, es decir, (2) el interés público concretado en la legalidad y en el acierto de las resoluciones administrativas<sup>393</sup> (Subrayado y número entre paréntesis son suplidos).*

---

estos términos no están siendo empleados en su sentido original, considerando que la *sujeción especial* está reconducida a relaciones entre la Administración Pública y un sujeto ubicado en la organización administrativa con libertad restringida (sea un funcionario público), sino en un sentido amplio, como a cualquier *relación jurídica o situación jurídica* que se constituya de manera concreta entre un administrado y una Administración Pública, en este sentido ver: Jinesta Lobo, Ernesto. (2009) *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. 2ª Ed. San José: Editorial Jurídica Continental: pp. 214-215. | Ortiz Ortiz, Eduardo. (1998) *Tesis de Derecho Administrativo I*. 1ª Ed. San José: Editorial Stradtman: pp. 38-41.

<sup>393</sup> González Pérez, Jesús (1964). *El Procedimiento Administrativo*. Madrid: Publicaciones Abella-El Consultor de los Ayuntamientos: p. 58-59. Ver: Jinesta Lobo, Ernesto. (2009) *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. 2ª Ed. San José: Editorial Jurídica Continental: pp. 537-540.

Como consecuencia de esto la *función administrativa* se encuentra *instrumentalizada, procedimentalizada*. Dicho gráficamente, la función administrativa sin procedimiento es como una masa amorfa e informe de materia. En otras palabras, el procedimiento es a la función administrativa, como la *forma* al *contenido*, como la estructura a la materia<sup>394</sup>.

A pesar de la extrañeza que puede causar, la *tutela cautelar en sede administrativa* es, en rigor, una manifestación posible de la existencia de un proceso o procedimiento, como siempre lo es en el ámbito del proceso jurisdiccional. Pero, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito jurisdiccional, cuyos procesos son *contradictorios* por antonomasia (salvo algunas excepciones), en el ámbito administrativo los procedimientos son, por regla, la *forma de manifestación*<sup>395</sup> de la función administrativa.

Esta perspectiva sobre el procedimiento administrativo no desconoce la ausencia del contradictorio, sino que propone un desplazamiento del centro de análisis, sea desde la típica estructura contradictoria y de contraposición de intereses a una visión en la que prepondera la satisfacción del interés público por medio de la decisión administrativa. En simple, tanto al inicio como al final del procedimiento lo que interesa es la satisfacción del interés público mediante la decisión administrativa, mientras tanto, antes o después, se resuelven los conflictos sobrevinientes con los particulares de alguna y otra manera.

En el ámbito administrativo la noción de *procedimiento* adquiere nuevas dimensiones en relación con lo que hasta ese momento se había dicho sobre el *género* proceso-procedimiento y de su *especie* más común, como lo es el proceso jurisdiccional. Este redimensionamiento equipara el ejercicio concreto de una potestad administrativa con una relación de sujeción especial, lo que a su vez, constituye una manifestación concreta de la función administrativa, que no es más que un procedimiento administrativo de tipo incidental.

---

<sup>394</sup> En este sentido, Agustín Gordillo afirma: “*Toda actividad estatal de tipo administrativo se manifestará a través del procedimiento administrativo y por ello existe una coincidencia entre el concepto de función administrativa y el de procedimiento administrativo*”. Gordillo, Agustín. (2014) *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. 10ª Ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo: p. 394.

<sup>395</sup> El procedimiento administrativo, además de ser un instituto autónomo, es un elemento formal del acto administrativo (una forma de manifestación formal de la función administrativa). Al respecto se indica: “*el acto administrativo es el ejercicio de una potestad o de una competencia, las cuales consisten en facultades o atribuciones normativas y abstractas que no pueden transformarse, por sí mismas, en actos administrativos (...) sin pasar por una serie de etapas o fases de elaboración y construcción de los elementos previstos en la norma que atribuye la potestad o la competencia. Son necesarias una serie de conductas intermedias entre la potestad o la competencia y el acto que autorizan las dos primeras para que llegue a perfeccionarse*”. Jinesta Lobo, Ernesto. (2009) *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. 2ª Ed. San José: Editorial Jurídica Continental: pp. 538. Ver en el mismo sentido (procedimiento administrativo como elemento formal del acto administrativo): García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón. (2002) *Curso de Derecho Administrativo II*. 8ª Ed. Madrid: Editorial Cívitas: pp. 555-557. | Gordillo, Agustín. (2011) *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 3. 10ª Ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo: pp. X-3 – X-5.

En suma, esta concepción amplia de procedimiento administrativo no dista de ser lo que, bajo otro prisma, constituye una situación jurídica compleja o relación jurídico-administrativa. Sin embargo, parece ser que cierta jurisprudencia se mantiene dentro de los cánones procesalistas y tiende a sugerir que la posibilidad de emitir medidas cautelares únicamente ocurre en el marco de procedimientos administrativos donde exista contradictorio, prácticamente solo cuando el procedimiento se reviste de la forma *ordinaria* o *sumaria* según la Ley General de la Administración Pública. Un ejemplo de ello se vislumbra en el siguiente fragmento:

*(...) la Administración Pública al iniciar un procedimiento que tiene como fin investigar la verdad real de los hechos que se denuncian, puede de oficio imponer una serie de medidas de carácter temporal y precautorio, para que durante la tramitación del proceso no se sigan vulnerando las disposiciones legales que, eventualmente, podrían estar siendo quebrantadas, o bien, no se siga presentando la situación conflictiva que se haya denunciado (Subrayado es suplido)<sup>396</sup>.*

La Sala Constitucional en ese caso valora que las medidas cautelares se emiten con ocasión de un procedimiento administrativo *incidental* donde existía *contención* entre la Administración Pública recurrida y el administrado recurrente. Algo similar se evidencia en este otro caso:

*(...) la Administración Pública, en el ejercicio de sus funciones, y en particular, en relación con los procedimientos administrativos que debe seguir para la emisión de actos administrativos que inciden sobre la esfera jurídica de los particulares (artículo 308 de la Ley General de la Administración Pública), se ubica en una situación similar a la de los órganos jurisdiccionales. Esto es, de cara al procedimiento administrativo, en determinados casos surge la necesidad de evitar que se produzca un daño de imposible o difícil reparación en tanto se adopta la decisión final. Desde esta perspectiva, el marco general de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, así como sus alcances, características y requisitos, resulta aplicable, mutatis mutandi, en sede administrativa (Subrayado es suplido)<sup>397</sup>.*

---

<sup>396</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 11499 del 10 de agosto del 2007. También dice: “De manera que, siempre que sea respetando estos lineamientos, este tipo de medida [cautelar] puede ser válidamente adoptada por la Administración, sea durante el desarrollo de una investigación preliminar en relación con las irregularidades denunciadas, o bien en el curso de un procedimiento formal instaurado para determinar la verdad real de los hechos y escuchar la defensa del presunto responsable” (Subrayado es suplido). Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 898 del 31 de enero del 2001. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

<sup>397</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 199 del 4 de febrero del 2010. Ver de la misma Sala: Sentencia No. 802 del 5 de julio del 2010. Sentencia No. 90 del 3 de febrero del 2011. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.



En el fragmento anterior, la Sala Primera confirma la posibilidad de que la Administración Pública recurra a la tutela cautelar; sin embargo, parecer ser que esta posibilidad queda reconducida únicamente a los procedimientos administrativos ordinarios, puesto que es en éstos en los que la Administración “*se ubica en una situación similar a la de los órganos jurisdiccionales*”, con lo cual se retoma un paradigma canonista del procedimiento administrativo puramente contradictorio y no como manifestación de la función administrativa.

No obstante lo anterior, una luz respecto de un paradigma amplio del procedimiento administrativo, concebido como manifestación de la función administrativa, proviene en este caso del Tribunal Contencioso Administrativo. El Tribunal abandona los límites mentales impuestos por el ritualismo del procedimiento administrativo ordinario y amplía la vista hacia el procedimiento administrativo como manifestación concreta de la función administrativa. Obsérvese lo dicho por el Tribunal:

*La actora basa este reproche en el hecho de que, si bien para dictar una medida cautelar no se requiere de un procedimiento previo [medida cautelar ante causam], en el momento en que se tuvo por probado que se había ocasionado un daño ambiental como consecuencia de conductas de la accionante, **debió haberse seguido un procedimiento ordinario administrativo con oportunidad de defensa**. **Los alegatos no son de recibo**. Entre la empresa actora y el Estado existía una **relación jurídico administrativa**, nacida con ocasión del derecho de concesión que el último le otorgó a la primera, permitiéndole desarrollar la actividad de explotación minera en la zona de Belén. Es precisamente dentro del ejercicio de esa concesión que surgió el hecho natural que motivó la adopción de la medida cautelar impugnada, misma que fue dictada por la Administración dentro del **procedimiento correspondiente a la concesión** (expediente 1547), al ser éste el marco legal preexistente. Lo anterior se trae a colación, por cuanto es claro que **independientemente de la naturaleza de la relación aludida**, el objeto de la medida precautoria consistía única y exclusivamente en la protección del acuífero Colima Superior, en tanto era un recurso hídrico susceptible de contaminarse a causa de las labores que realizaba la concesionaria en la zona por donde aquél discurría. (...)* (Subrayado y negrita son suplidos)<sup>398</sup>

Esta sentencia es esclarecedora y paradigmática, aunque otros puedan pensar que más bien es temeraria y heterodoxa. Esta sentencia confirma que *procedimiento administrativo* es equivalente a *manifestación concreta de la función administrativa*, a la constitución de una relación de sujeción especial (situación jurídica compleja o relación jurídico-administrativa) por haberse ejercido en el caso concreto una potestad administrativa. Reconoce que la función

---

<sup>398</sup> Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IX. Sentencia No. 53 del 30 de junio del 2009. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

administrativa procedimentalizada es causa de la existencia potencial de las medidas cautelares, no ya para proteger el contradictorio únicamente, sino para garantizar el interés público que persigue la actuación pública.

Otra sentencia ilustrativa, aunque no del todo contundente, es la emitida por la Sala Constitucional con ocasión de un recurso de amparo. Se trata de un funcionario público que fue reubicado cautelarmente por parte del patrono (Administración Pública recurrida) en otro puesto, debido a que estaba siendo investigado por el delito de concusión, claro está en sede penal. No consta en la resolución ni en el informe rendido por la autoridad recurrida que se inicia un procedimiento administrativo ordinario para ordenar la reubicación y, sin embargo, se ordenó la reubicación a título de medida cautelar. La pregunta que sobreviene es ¿en el marco de cuál procedimiento se ordenó la medida cautelar de reubicación, si la investigación se está realizando en sede penal y la Administración Pública recurrida no inicia ningún procedimiento administrativo ordinario?

La respuesta es interesante, puesto que esta vez la Sala Constitucional avala, *prima facie*, que se ordena una medida cautelar en el marco de una relación jurídico-administrativa que no es propiamente lo que se entiende por procedimiento administrativo desde un punto de vista canónico y tradicional. En lo que interesa, la Sala explica:

*(...) se desprende que el traslado del amparable corresponde a una medida cautelar acordada por la Administración, dentro de las facultades que le otorga el Ordenamiento Jurídico, dado que está siendo investigado por el delito de Concusión, circunstancia que hacía aconsejable su ubicación en un área de menor contacto con el público. Del texto de la propia resolución se colige que el afectado conserva las funciones propias de su puesto de Técnico de Aduana 4, lo cual viene a ser reafirmado por el informe rendido por el recurrido Director General de Aduanas. No existe, entonces, violación alguna al debido proceso ni a ningún otro derecho fundamental del servidor, pues se le está conservando el mismo puesto y salario y las nuevas funciones asignadas están íntimamente relacionadas con las que había venido desempeñando. Bien puede la Administración, como en este caso, tomar las medidas cautelares necesarias a fin de evitar que el servicio público se vea de algún modo afectado por la presencia de un servidor en el cual se haya perdido la confianza dadas las irregularidades que se le acusan. No se trata, claro está, que la Administración pueda libremente conculcar los derechos del servidor sometido a investigación, sino de que aquélla puede, dentro de ciertos límites de proporcionalidad y razonabilidad, acordar medidas cautelares en pro del servicio público, entre ellas la reubicación del funcionario, a quien debe respetársele sus derechos. (...) Así las cosas, no se han producido a los acusados quebrantos a los derechos fundamentales del amparable a quien, en todo caso, no debía la Administración conferirle audiencia previa ni cumplir con las exigencias del debido*

proceso, toda vez que su traslado no constituye ninguna sanción ni lo es en forma permanente y definitiva, sino que **únicamente** se trata de una **medida cautelar acordada a fin de preservar el buen funcionamiento del servicio público.** (...) Así, (1) **si** la investigación a la que se hace referencia en el informe se está llevando a cabo en sede administrativa, la medida acordada en contra del recurrente debe cesar una vez concluida la investigación. Por otra parte, (2) **si** dicha investigación se está realizando en la vía penal, la medida debe ejercerse por un término prudencial, a fin de no convertida en permanente, sin perjuicio de que la Administración, en su caso, inicie el procedimiento administrativo correspondiente, si todavía no lo hubiera hecho (Negrita y subrayado es suplido)<sup>399</sup>.

El caso es ilustrativo y la decisión tímida. La conclusión del razonamiento del juez constitucional da para pensar que se está “curando en salud”, toda vez que valida la medida cautelar sin haberse tramitado el paradigmático procedimiento administrativo ordinario, con lo cual termina sentenciando, casi a manera de sugerencia, que “*sin perjuicio de que la Administración, en su caso, inicie el procedimiento administrativo correspondiente, si todavía no lo hubiera hecho*”, lo que hace sospechar que pudo tratarse de una medida cautelar *ante causam*.

Sin embargo, de la lectura integral de la resolución no se extrae referencia de que exista en trámite ningún procedimiento administrativo o intención de iniciarlo, sino que la medida cautelar se emite como paralela a la investigación seguida en sede penal. Lo que no quiere decir que la investigación penal sea el proceso principal que le da causa a la medida. Es probable que la medida validada por la Sala Constitucional constituya, más bien, una medida cautelar *ante causam*, sin embargo, esto tampoco se analiza a detalle por la Sala.

Antes bien y lo que es merecedor de análisis, es que la Sala Constitucional legitima la posibilidad de emitir medidas cautelares por el solo hecho de existir una relación jurídico-administrativa general, casi una relación de sujeción general, en este caso, la relación de servicio público, que no es propiamente la de empleo público, sino la función que el amparado desempeña para la Administración Pública recurrida y frente a los administrados usuarios de ese servicio.

En síntesis, es posible concluir que el paradigma adoptado en este trabajo es más amplio que los cánones tradicionales procesalistas y esto es así puesto que la relación accesoria que existe entre tutela cautelar y procedimiento administrativo, merece un análisis profundo de lo que es el procedimiento administrativo, que por lo visto no es igual que el proceso jurisdiccional, distinguiéndose primordialmente en cuanto al *objeto* y al *fin*. La *tutela cautelar*

---

<sup>399</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 715 del 3 de febrero de 1995. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

es consustancial a la existencia de un *procedimiento administrativo*, con independencia de la forma que este adquiera, siempre que sea legítima.

## **b.2.- La tutela cautelar en sede administrativa como potestad implícita**

Señalar que el *procedimiento administrativo* es la causa de existencia de la *tutela cautelar* conlleva a cuestionarse lo siguiente: si el procedimiento administrativo es la forma de manifestación de la función administrativa y esta última supone el ejercicio de potestades de imperio, entonces, ¿la potestad ejercida en concreto a través del procedimiento establecido, *implica*, a su vez, la posibilidad de recurrir a la *tutela cautelar*?

La respuesta exige un estudio sistemático en el marco del Derecho Administrativo, no limitada al surtido normas, sino comprensiva del funcionamiento particular del ordenamiento jurídico-administrativo y sus institutos propios. La respuesta no pretende ofrecer una solución *contra legem*, sino una solución funcional, acorde con el funcionamiento del sistema, esto es así, porque la norma puede cambiar, puede ser omisa, puede ser confusa, puede ser excesiva en su letra, puede no existir norma, pero los institutos básicos permanecen, aunque puedan repensarse.

Como punto de partida, remítase al indicio de respuesta que se extrae de la literalidad del artículo 148 de la Ley General de la Administración Pública<sup>400</sup>. Esa regulación se enmarca en la existencia de un procedimiento administrativo incidental y contradictorio, ya en fase recursiva, y que permite emitir una *medida cautelar* típica del Derecho Administrativo, es más, primigenia y precursora de las *medidas cautelares atípicas*, se trata de la *suspensión del acto administrativo*. Eduardo Ortiz Ortiz explica:

*La suspensión es siempre excepcional, por ser la regla la inmediata ejecución del acto administrativo, pese a su impugnación administrativa (a través de recursos) o jurisdiccional (a través de demandas en ejercicio del derecho de acción). (...) La suspensión es el acto (administrativo o judicial) que impide el ejercicio de esos privilegios, interrumpiendo temporalmente su existencia, mientras dure el procedimiento o el juicio. No afecta la existencia del acto (...) sino únicamente su eficacia, entendida como la capacidad actual para producir efecto y para servir de base a otros actos de ejecución. No se funda en razones de legalidad, sino de*

---

<sup>400</sup> En Costa Rica, esta posibilidad se encuentra regulada de manera general en el artículo 148 de la Ley General de la Administración Pública, que dispone: "Los recursos administrativos no tendrán efecto suspensivo de la ejecución, pero el servidor que dictó el acto, su superior jerárquico o la autoridad que decide el recurso, podrán suspender la ejecución cuando la misma pueda causar perjuicios graves o de imposible o difícil reparación"(Subrayado es suplido).

*oportunidad, consistentes en la inconveniencia pasajera de ejecutar otra resolución (...)*<sup>401</sup>.

El acto administrativo que ordena la suspensión de efectos de otro acto es una *medida cautelar* cuya existencia es inherente a la teoría del acto administrativo mismo<sup>402</sup>. Se justifica desde múltiples perspectivas, siendo las principales el principio de presunción de legitimidad del acto administrativo<sup>403</sup> y la autotutela de la administración, aunque cabe mencionar otros aspectos como el principio de paralelismo de las formas.

En el medio nacional, Jinesta Lobo acoge esta perspectiva y explica con ocasión de la *cesación temporal* de efectos del acto administrativo, lo siguiente: “*La suspensión de la ejecución de la eficacia del acto administrativo es una medida cautelar o preventiva que pretende garantizar, provisionalmente, la eficacia del acto final que se dicte en un procedimiento administrativo (...)*”<sup>404</sup>.

Con todo, es posible efectuar una inducción por analogía, considerando que el mismo razonamiento que justifica la *suspensión del acto administrativo*, es el mismo razonamiento que justifica la *tutela cautelar*, porque la primera es, simplemente, una especie (medida cautelar típica) regulada del género implícito (tutela cautelar).

El razonamiento parte de la premisa de que la Administración Pública, en virtud de sus potestades administrativas, puede hacer ejecutar (ejecutoriedad) un acto administrativo válidamente emitido (legítimo) para incidir en la esfera del administrado (ejecutividad)<sup>405</sup>, por sí misma, de manera coactiva y aun ante la resistencia del destinatario (artículo 146 de la Ley No. 6227).

Por esta suficiencia de poder es que la Administración Pública, en virtud del principio de paralelismo de las formas, puede ordenar la suspensión de la ejecución del acto. *A fortiori*, si la Administración puede hacer ejecutar coactivamente y, además, en ciertos casos, puede

---

<sup>401</sup> Ortiz Ortiz, Eduardo (1971) “Suspensión del acto impugnado en la vía contencioso-administrativa en Costa Rica”. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 17 (227-267): p. 228. Disponible en: <<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/16705/16208>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>402</sup> Id., p. 227 (en el contexto de un proceso jurisdiccional).

<sup>403</sup> Id., p. 228.

<sup>404</sup> Jinesta Lobo, Ernesto. (2009) *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. 2ª Ed. San José: Editorial Jurídica Continental: p. 567.

<sup>405</sup> Saborío Valverde, Rodolfo (2002) *Eficacia e invalidez del acto administrativo*. 3ª Ed. Editorial Juricentro: p. 58. Ver en el mismo sentido: Gordillo, Agustín. (2011) *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 3. 10ª Ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo: pp. V-37 – V-38. | Brewer Carías, Allan. (2013) *Tratado de Derecho Administrativo*. 1ª Ed. Madrid: Thomson Reuters – Editorial Cívitas S.A.: pp. 106-109. Seijas, Gabriela. (2009) “La ejecutoriedad del acto administrativo”. (2009) En: *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*. Volumen I. 1ª Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc: pp. 203-212.

revocar y anular (extinción, cesación definitiva de efectos)<sup>406</sup>, con mayor razón puede suspender (cesación temporal de efectos).

Si el concepto genérico de *potestad administrativa* implica el poder suficiente para constituir, modificar y extinguir situaciones jurídicas en la esfera de los particulares, es claro, entonces, que la posibilidad de suspender los efectos del acto, tanto como cualquier otro contenido innovativo, modificativo y extintivo, se encuentra ínsito en la potestad administrativa que se ejerce, no se trata, pues, de una insuficiencia de regulación de la potestad (como pensarían algunos), sino de una *potestad implícita*.

Este argumento se utiliza en infinidad de escenarios, pero por pertinencia puede rescatarse la perspectiva de Juan Francisco Linares (en doctrina argentina), para justificar el poder de ejecución de los actos administrativos. Gabriela Seijas explica según Linares, que “(...) *el acto es ejecutorio cuando la administración tiene otorgados por el ordenamiento jurídico, expresamente o en forma razonablemente implícita, los medios para hacerlo cumplir por ella misma por la coerción (...)*”<sup>407</sup> (Subrayado es suplido). En este ejemplo, el razonamiento de paralelismo de las formas y de poder implícito es empleado para justificar que si la Administración tiene suficiente poder para emitir actos, cuyos efectos inciden en la esfera de los particulares, entonces, puede hacerlos ejecutar, aun cuando ello no esté expresamente regulado, pero sí razonablemente implícito (excepto que esté expresamente prohibido)<sup>408</sup>.

En este trabajo se sostiene bajo la misma línea de razonamiento que la *tutela cautelar* es una *potestad implícita*, siempre que no esté expresamente prohibida o regulado su ejercicio de una determinada manera<sup>409</sup>. Bien lo explica Eduardo Ortiz Ortiz, a propósito de la asignación

---

<sup>406</sup>Sobre los alcances de la autotutela de la Administración Pública se dice: “*Esta autotutela declarativa se extiende aún a la posibilidad de la Administración de ‘revocar’ su propio acto administrativo anterior, por razones de legalidad o hasta de mérito, oportunidad y conveniencia (...)*”. García Pullés, Fernando. (2006) *Medidas cautelares autónomas en el contencioso administrativo*. 1ª Ed. Buenos Aires: Hammurabi: p. 32.

<sup>407</sup> Seijas, Gabriela. (2009) “La ejecutoriedad del acto administrativo”. (2009) En: *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*. Volumen I. 1ª Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc: p. 208.

<sup>408</sup> Respecto de la posibilidad de recurrir a la tutela cautelar como posibilidad inherente al poder público, se dice: “(...) *en el ámbito de esta ejecutoriedad, que la amplitud de la prerrogativa concedida por la ley es tal que, incluso, se extiende a reconocer la ‘facultad’ de suspender la ejecución de los actos por razones de interés público (...)*” (Subrayado es suplido). García Pullés, Fernando. (2006) *Medidas cautelares autónomas en el contencioso administrativo*. 1ª Ed. Buenos Aires: Hammurabi: p. 33.

<sup>409</sup>Tratándose del proceso jurisdiccional, hoy es bien aceptado que el juez se encuentra investido de un “poder general de cautela”. Ernesto Jinesta Lobo lo explica bien: “(...) *con fundamento en la cláusula residual o norma de clausura, puede sostenerse que el juez tiene un ‘poder cautelar general’, sujeto a ciertos límites y condiciones, y con un ámbito determinado*”. Explica Jinesta que la cláusula de residual se origina por el propósito original de las medidas cautelares atípicas, las que fungen como complemento de las medidas típicas, en tanto que cubren todo aquello no contemplado por la tipicidad. Jinesta Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: p. 194-196. En ese sentido, la Sala Constitucional se pronuncia sobre las medidas cautelares atípicas, con ocasión de una acción de inconstitucionalidad contra el otrora artículo 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que, precisamente, trataba de la suspensión del acto administrativo en sede judicial. En lo que interesa, la Sala Constitucional dice: “*A mayor abundamiento, este derecho fundamental [derecho fundamental a la tutela cautelar]*

normativa de competencias, al decir que “no es necesario que la asignación de competencia sea expresa. Se dijo que el principio de legalidad permite la autorización tácita de potestades y comportamientos, mediante reglas no escritas (...)”<sup>410</sup>.

El asunto de las *potestades implícitas* no es cuestión de innovación normativa, debido a que el poder público debe estar atribuido por norma de rango legal (artículos 11, 59 y 66 de la Ley No. 6227), sino un asunto de aplicación de normas. Dicho metafóricamente, no se trata de inventar el contenido, sino de descubrirlo en los escondites de las normas vigentes. García de Enterría y Fernández Rodríguez explican que las *potestades implícitas* han de:

*(...) deducirse, no de ninguna imagen ideal o abstracta de unos supuestos poderes ‘normales’ administrativos (imagen que arruinaría la exigencia de la legalidad en su función habilitantes), sino de otros poderes que ésta construye, con poderes concomitantes de tales o de tal posición o, incluso, como filiales o derivados de los mismos (poderes incluidos en otros o derivados)*<sup>411</sup>.

El instituto de la *potestad implícita* tiene su raigambre legal en el artículo 14 inciso 1) de la Ley General de la Administración Pública que establece: “Los principios generales del derecho podrán autorizar implícitamente los actos de la Administración Pública necesarios para el mejor desarrollo de las relaciones especiales creadas entre ella y los particulares por virtud de actos o contratos administrativos de duración” (Subrayado es suplido). La regulación es visionaria, considerando la época en que fue promulgada y que es la primera y única regulación expresa de este instituto en el medio costarricense.

La norma no solo establece el instituto de la *potestad implícita*, sino que llena su contenido con *discrecionalidad administrativa*. Obsérvese que ante la pregunta ¿qué actos autoriza la potestad implícita?, la respuesta de la norma es: “los “actos necesarios para el mejor desarrollo de las relaciones especiales” de sujeción. Esto es claro si se considera lo dicho por don Eduardo Ortiz Ortiz, al explicar dicha norma con el ejemplo del servicio público:

*(...) nos importa exaltar el hecho de que dentro de esos contratos la Administración va a gozar, implícitamente, de ciertas potestades que la doctrina le reconoce, como*

---

*tiene fuerte asidero en el principio general del Derecho procesal común o chiovendiano que expresa que “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien probablemente tiene razón”, principio que le otorga a todos los jueces un poder general de cautela para que adopten las medidas precautorias necesarias e indispensables para evitar que la duración fisiológica –normal y ordinaria- y patológica de los procesos no vaya en detrimento de la parte que probablemente tiene la razón. Bajo esta inteligencia, no existe una reserva de ley para las medidas o poderes cautelares del juez”* (Subrayado es suplido). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 6224 del 25 de mayo del 2005. Sentencia No. 9570 del 5 de julio del 2006. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

<sup>410</sup> Ortiz Ortiz, Eduardo. (2000) *Tesis de Derecho Administrativo II*. 1ª Ed. San José: Editorial Stradtman: p. 16.

<sup>411</sup> García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón. (2000) *Curso de Derecho Administrativo I*. 10ª Ed. Madrid: Editorial Cívitas: p. 448.

son por ejemplo las de regular la relación mediante reglamentos de servicio y las de sancionar las faltas disciplinarias que se cometan por parte del administrado contra el servicio. Esta es una excepción a lo que decía el artículo 11, inciso 2), “se considerará autorizado el acto regulado expresamente”, aquí va a haber actos autorizados implícitamente por el solo hecho de que la relación sea a plazos, pero con el límite que naturalmente esas potestades solo podrán llegar a regular el servicio e imponer sanciones que nunca alcancen a la supresión de derechos (...) (Subrayado es suplido)<sup>412</sup>

La *potestad implícita* entraña, además, una *potestad de contenido discrecional*<sup>413</sup>. Al respecto, el artículo 15 inciso 1) de la Ley No. 6227 establece que “*la discrecionalidad administrativa podrá darse incluso ante ausencia de ley en el caso concreto, pero estará sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable*”.

Es claro que existe asidero legal para considerar una habilitación genérica de la Administración Pública para actuar en uso de *potestades implícitas de contenido discrecional*, lo que no implica bajo ninguna circunstancia permiso para contravenir el ordenamiento jurídico.

En el medio nacional, quizás debido a la carencia de una regulación sistemática de la *tutela cautelar* en sede administrativa, los intentos para respaldar esta posibilidad son tímidos y esporádicos<sup>414</sup>. La Procuraduría General de la República ha señalado, hace más de diez años (2006), que la *tutela cautelar en sede administrativa* es algo “relativamente nuevo”, afirmación que revela un ánimo conservador respecto de este tema.

---

<sup>412</sup>Explicación de don Eduardo Ortiz Ortiz del artículo 14 inciso 1) de la Ley No. 6227 en el marco de la tramitación del expediente legislativo No. A23E5452 (folios 253-259) correspondiente a la actual Ley No. 6227, tomado de: Quirós Coronado, Roberto. (1996) *Ley General de la Administración Pública, concordada y anotada con el debate legislativo y la jurisprudencia constitucional*. 1ª Ed. San José: Editorial ASELEX S.A.: p. 98.

<sup>413</sup> Explica don Eduardo Ortiz Ortiz que la discrecionalidad, en simple, es cuando “(...) se confiere a la Administración un derecho o potestad de libre ejercicio, o se otorga expresamente una posibilidad de elegir entre varias alternativas señaladas. Es evidente que, en tales casos, no solo hay interpretación amplia del contenido de la norma, sino sobre todo, decisión de realizar una conducta o una serie de conductas que resultan legítimas, sin otro justificante que la voluntad del funcionario de que sea esas y no otras, las que sirvan de medio para lograr el fin público encomendado” (Subrayado es suplido). Ortiz Ortiz, Eduardo. (1998) *Tesis de Derecho Administrativo I*. 1ª Ed. San José: Editorial Stradtman: p. 54-55. A mayor abundamiento consultar: Sánchez Morón, Miguel (1994) *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.

<sup>414</sup> Al respecto la Procuraduría General de la República ha señalado: “*El tema de las medidas cautelares que puede adoptar la Administración Pública dentro de un procedimiento administrativo es relativamente nuevo, amparado fundamentalmente en la jurisprudencia que ha emanado de la Sala Constitucional, y que ha perfilado los entornos de esta figura jurídica*”. Procuraduría General de la República de Costa Rica. (2006) *Manual de Procedimiento Administrativo*. 1ª Ed. San José: PGR: p. 113. Disponible en: <<https://www.pgr.go.cr/publicaciones/manual-de-procedimiento-administrativo/>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.



Sin embargo, la Procuraduría ha tenido que aceptar esa posibilidad, no solo porque la jurisprudencia la ha admitido, sino porque existen normas habilitantes, aunque no con la expresividad deseada, en la Ley General de la Administración Pública. La Procuraduría señala: *“En la Ley General de la Administración Pública, el sustento legal a este tipo de medidas se encuentra en los artículos 14 inciso 2 y 146 (...)”*<sup>415</sup> (Subrayado es suplido).

El artículo 14 de la Ley No. 6227 es la norma legal que faculta a la Administración Pública para actuar en uso de potestades implícitas, cuando así lo exija la existencia de una relación de sujeción especial, pero en particular su inciso segundo permite que *“las limitaciones y sanciones disciplinarias puedan alcanzar hasta la suspensión temporal de los derechos y bienes creados por la Administración dentro de la relación especial (...)”*. Mientras que el artículo 146 forma parte del contenido expreso de la potestad de imperio para proceder con la ejecución de los actos administrativos. Sobre esto último bien explica Ortiz Ortiz que:

*(...) es lo cierto que el acto administrativo conlleva siempre una doble cualidad, salvo regla expresa en contrario, a saber: a) es título ejecutivo que crea y comprueba la existencia del derecho que declara a favor de la Administración contra el ciudadano (...) b) Es fuente de la potestad adicional de emplear la fuerza pública para obtener el cumplimiento de las obligaciones a favor de la Administración, sin necesidad de recurrir al Juez (Subrayado es suplido)*<sup>416</sup>.

La jurisprudencia constitucional es pacífica en reconocerle a la Administración Pública la posibilidad de emplear la *tutela cautelar*, sea como parte del principio del debido proceso en sede administrativa o como aplicación directa del derecho a una tutela judicial efectiva. Una primera sentencia data del año 1994, en la cual la Sala Constitucional se pronuncia sobre la naturaleza de la medida de suspensión temporal del cargo de unos directivos de un banco sujeto a fiscalización, por parte de la entonces Auditoría General de Entidades Financieras. Respecto de dicha medida, ordenada en el informe de auditoría, señala:

*Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, **surgen en el proceso** como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptualizar como “un conjunto de potestades procesales del juez -sea **justicia** jurisdiccional o **administrativa**- para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final”*<sup>417</sup> (Negrita es suplida).

---

<sup>415</sup> Id., p. 117.

<sup>416</sup> Ortiz Ortiz, Eduardo (1971) “Suspensión del acto impugnado en la vía contencioso-administrativa en Costa Rica”. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 17 (227-267): p. 228. Disponible en: <<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/16705/16208>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>417</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 7190 del 6 de diciembre de 1994. Sentencia No. 3929 del 18 de julio de 1995. Sentencia No. 10290 del 21 de setiembre del 2004. Sentencia No.

Si bien, el fragmento no es amplio en cuanto a sustentar el origen de la habilitación de la Administración Pública para emitir este tipo de medidas, lo cierto es que reconoce que la medida cautelar es consustancial al proceso, donde sea que este exista y como sea que se constituya, al afirmar que *“las medidas asegurativas o cautelares (...) surgen en el proceso (...)”*. Afirmación que no es de relleno ni obvia, sino que es base del principio de instrumentalidad o accesoriedad, el cual explica la existencia de las medidas cautelares.

En otra sentencia reciente respecto de la anterior, la Sala Constitucional conoce una consulta legislativa facultativa de constitucionalidad referente al proyecto de ley de justicia tributaria (expediente legislativo 12142) y en lo que interesa se refiere a los artículos 113 y 114 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, que regulan la posibilidad de efectuar inspecciones, registro y secuestro de documentos por parte de la Administración Tributaria. En lo que interesa esta sentencia reitera la sentencia No. 7190 del 6 de diciembre de 1994 y agrega: *“(...) resulta imprescindible destacar que las “medidas cautelares” en sí mismas no son inconstitucionales y que éstas resultan jurídicamente viables, en la medida que cumplan con los presupuestos de fondo necesarios para su adopción (...)”*<sup>418</sup>.

Esta línea jurisprudencial se mantiene por la Sala Constitucional desde 1994 (Sentencias Nos. 7190 del 6 de diciembre de 1994, 3929 del 18 de julio de 1995, 10290 del 21 de setiembre del 2004, 4599 del 26 de abril del 2005, 6482 del 11 de mayo del 2007) hasta la actualidad; al respecto puede consultarse una sentencia relativamente reciente en la que esta Sala retoma estos razonamientos, se trata de la sentencia No. 5201 del 7 de abril del 2017.

Retomando la exposición, la *tutela cautelar en sede administrativa* constituye una *potestad implícita* de la Administración Pública. Esto es desde un punto de vista formal, como ya se dijo, por considerar que la función administrativa se manifiesta mediante un procedimiento administrativo, causa existencial de la *tutela cautelar*. Por otro lado y ya desde un punto de vista material, la *tutela cautelar* es un contenido implícito en el poder que faculta a la Administración Pública para emitir actos y realizar actuaciones, cuyos efectos van dirigidos a constituir, modificar y extinguir situaciones jurídicas en los particulares destinatarios. En este sentido se pronuncia la jurisprudencia contencioso-administrativa, a saber:

*(...) la Ley General de la Administración Pública prevé la posibilidad de suspender los efectos del acto administrativo, a pesar del principio de ejecutoriedad, cuando su ejecución pueda causar daños de difícil o imposible reparación. No obstante, no debe entenderse que esta es la única medida con que cuenta la Administración. La ausencia de una regulación más amplia del tema no conlleva a que el régimen*

---

4599 del 26 de abril del 2005. Sentencia No. 6482 del 11 de mayo del 2007. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

<sup>418</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 3929 del 18 de julio de 1995. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

*cautelar se agote en el incidente de suspensión. Por el contrario, **dicha facultad es consustancial** a la tramitación del procedimiento administrativo, por lo que el órgano competente puede adoptar aquellas medidas que considere oportunas, sin que por ello vulnere el principio de legalidad. Se trata de una **potestad implícita, habilitada por la regulación de los fines públicos** (los cuales siempre se derivan del ordenamiento jurídico) cuya consecución busca el respectivo procedimiento administrativo del cual pende, y a los cuales se encuentra supeditado. (Subrayado y negrita son suplidos)<sup>419</sup>*

Esta sentencia se emite con ocasión de un proceso contencioso-administrativo derivado de la impugnación de medidas cautelares emitidas por el Ministerio de Ambiente y Energía para la protección del ambiente, uno de los ámbitos en los que usualmente se ha abordado este tema de la tutela cautelar en sede administrativa. Su virtud radica en la claridad con que propone la noción de *potestad implícita* (aunque no la desarrolla), con lo cual respalda normativamente el régimen jurídico de la tutela cautelar en sede administrativa. Así, la *tutela cautelar* se constituye como un medio para garantizar la efectividad del ejercicio de la potestad de imperio concretada en el acto administrativo final (objeto del procedimiento administrativo principal) y con ello asegurar la satisfacción del interés público involucrado.

Finalmente y en atención al principio de reserva de ley y de legalidad administrativa, no es necesario, aunque sí deseable, que exista regulación que expresamente *habilite* a la Administración Pública para emplear la *tutela cautelar*, como se dijo, se trata de una potestad implícita, por lo que basta con que no exista una prohibición general expresa o una regulación específica de su ejercicio.

Sin embargo, la implementación de la *tutela cautelar* está siempre sujeta al ordenamiento jurídico, por lo que una regulación expresa, sea parcial o total de este instituto, reconduce su ejercicio a las formas específicas que son impuestas por esa regulación. Contrariamente, ante ausencia de regulación expresa, debe estarse a lo que de manera supletoria se regula en materia de tutela cautelar en otros cuerpos normativos del ordenamiento jurídico administrativo, como el caso del Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley No. 8508.

---

<sup>419</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 199 del 4 de febrero del 2010. Ver en el mismo sentido: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Sentencia No. 43 del 17 de febrero del 2011. Sentencia No. 18 de 1 de febrero del 2012. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV. Sentencia No. 45 del 6 de mayo del 2016. Ver en sentido similar: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 13131 del 11 de noviembre del 2003. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 802 del 5 de julio del 2010. Sentencia No. 90 del 3 de febrero del 2011. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 2801 del 29 de julio del 2010. Sentencia No. 479 del 28 de octubre del 2016. Sentencia No. 10 del 18 de enero del 2019 (Accesado el: 20 de febrero del 2019). Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Sentencia No. 236 del 25 de octubre del 2012. Sentencia No. 39 del 10 de marzo del 2016. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

### b.3.- Fundamento de la tutela cautelar: objeto, objetivo y fin

En este apartado se explica por qué la *tutela cautelar* es consustancial al proceso o procedimiento, lo cual refiere no a un componente de *existencia* sino *axiológico*: los valores que definen el *objetivo* y el *fin* del proceso o procedimiento. Se anticipó que el procedimiento administrativo es una “combinación determinada de actos” (González Pérez) y que el patrón de combinación que los conjunta es un elemento teleológico común, cuya dimensión operativa es *el objeto y objetivo* del procedimiento, mientras que su dimensión axiológica es el *fin público* protegido por el procedimiento.

El *objeto* del procedimiento administrativo está constituido, haya o no contención, por el *elenco de efectos jurídicos* que el ordenamiento prevé para ser aplicados, a través del ejercicio concreto de una potestad administrativa sobre determinada *configuración de circunstancias fácticas* y, solo eventualmente, el *objeto* del procedimiento también puede estar conformado por las pretensiones que las partes involucradas se plantean en un procedimiento administrativo que se torna contradictorio<sup>420</sup>.

El *fin* es un valor o valores *protegidos* por el ordenamiento jurídico y *garantizados* por el procedimiento, tratándose del ámbito administrativo, este elemento axiológico corresponde al

---

<sup>420</sup> En este sentido se difiere parcialmente de la doctrina tradicional que considera que el objeto del procedimiento administrativo siempre es la “averiguación de la verdad real de los hechos” (artículo 214 inciso 2) de la Ley No. 6227) o exclusivamente las “pretensiones de las partes”, como parte de la doctrina del Derecho Procesal Civil y lo que, en todo caso, aplica solamente para procesos donde exista contradictorio. Sobre esto último, Jaime Guasp señala: “(...) *la pretensión procesal aparece, según se ha anunciado ya anteriormente como el verdadero objeto del proceso, idea esencial (...)* ¿Cuál será, pues, el núcleo objetivo central de un proceso, el ente de realidad ideal al que se reconduzcan las distintas actividades de los diversos sujetos procesales? No hay más que un posible elemento objetivo básico del proceso: la reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el juez. En torno a esa reclamación giran todas y cada una de las vicisitudes procesales”. Guasp, Jaime (1052) “La pretensión procesal”. En: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 1 (7-61): pp. 35 y 37. Disponible en: <[https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-1952-10000700061](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1952-10000700061)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. | Por su parte, en el medio costarricense, Artavia Barrantes recoge algunas citas de procesalistas destacados, siendo uno de ellos Jaime Guasp, por lo que termina acogiendo dicha posición, al respecto ver: Artavia Barrantes, Sergio (2015) *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. 1ª Ed. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.: pp. 187-188. En sentido similar ver: Chiovenda, Giuseppe (1989) *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. México: Cárdenas Editor y Distribuidor: p. 57. | López González, Jorge. (2014) *Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense. Volumen I*. 1a Ed. San José: ISOLMA: pp 78-80. Por otro lado, debe considerarse todo lo dicho en este apartado, en el sentido de que el *procedimiento administrativo* no siempre es incidental (surgido de una relación de sujeción especial), ni tampoco siempre es contradictorio. Por esta razón, el *objeto* del procedimiento administrativo debe ser englobante de todos los supuestos posibles, dentro de los que se incluyen la “averiguación de la verdad real de los hechos” y las “pretensiones de las partes procesales”. En este sentido, Jesús González Pérez explica: “Siendo el procedimiento cauce formal de la función administrativa, su objeto será el de la concreta función que en el mismo se realice. Por tanto, no puede hablarse propiamente de un objeto del procedimiento como algo distinto del objeto de la función administrativa. Ahora bien, el objeto de la función administrativa es abstracto (...) se concreta y delimita al realizarse en un determinado procedimiento administrativo. El ejercicio de una función administrativa da lugar a unas actuaciones, a un procedimiento en el que únicamente pueden plantearse y decidirse ciertas cuestiones. Desde este punto de vista formal puede hablarse del objeto del procedimiento administrativo” (Subrayado es suplido). González Pérez, Jesús (1964). *El Procedimiento Administrativo*. Madrid: Publicaciones Abella-El Consultor de los Ayuntamientos: p. 271.

*fin público* respectivo (ambiente, salubridad, seguridad ciudadana, orden económico, seguridad aérea, estado de emergencia, educación, entre otros).

Por su parte y para efectos analíticos, el *objetivo* no es propiamente el del procedimiento, el cual ya se delinea en su *objeto*, sino el que le corresponde cumplir a la *tutela cautelar*. Entonces, la *tutela cautelar* comparte con el proceso que le da causa al *objeto* y el *fin*, pero su *objetivo* es específico y directamente relacionado con estos últimos.

El *objetivo* de la *tutela cautelar* es *gestionar las circunstancias fáctico-jurídicas* que dan origen al *objeto* y sobre las cuales debe actuar el *procedimiento administrativo* para lograr satisfacer el *fin público*. Entonces, siendo este el *objetivo* de la *tutela cautelar*: ¿cuál es el motivo por el que esas circunstancias puedan perder o cambiar determinado estado material o configuración de propiedades, si no se gestionan?

La respuesta a la interrogante anterior es el verdadero motivo por el cual se idea la necesidad de que todo procedimiento o proceso tenga la posibilidad de recurrir a la *tutela cautelar* como medio para *gestionar* el objeto sobre el cual recae. Se trata de un valor, más específicamente, de un anti-valor: el *riesgo*.

La aspiración del procedimiento es satisfacer el fin mediante la incidencia jurídica sobre el objeto, pero *si el objeto se ve expuesto a riesgos*, entonces, mientras el procedimiento culmina, es posible no satisfacer el fin, o por lo menos totalmente. Esto es porque el o los efectos jurídicos determinados por el procedimiento ya no sean aplicables al *objeto* expuesto al riesgo (ineficacia) o porque, siendo aplicables, no son ejecutables (inefectividad).

La *tutela cautelar* permite implementar *medidas* para *gestionar* las circunstancias fáctico-jurídicas (objeto) frente a los efectos transformadores de fenómenos de riesgo; más específicamente, ante las *posibilidades de ocurrencia de fenómenos no deseados* que puedan alterar el estado particular de esas circunstancias objeto del procedimiento. En la *tutela cautelar* reside una tensión axiológica entre el *riesgo* y la *seguridad*, entre el *riesgo de ineficacia e inefectividad* y la *seguridad de la decisión final*. A nivel axiológico, como se dice en este trabajo, la *seguridad* es un concepto vacío cuyo contenido solo es referencial al *riesgo*. La *seguridad* es únicamente un tránsito, un ínterin, que puede ser más o menos garantizada por la gestión de riesgos razonable y posible. La *tutela cautelar* tiene como objetivo la gestión del riesgo.

El motivo de fondo que justifica el *objetivo* de la *tutela cautelar* es denominado por la doctrina como un presupuesto, requisito o condición para la concesión de medidas cautelares. Uno de tales presupuestos es el denominado *periculum in mora*. El *peligro en la demora* no es lo mismo que un *fenómeno de riesgo*.

El presupuesto *periculum in mora* está construido sobre dos puntos ciegos. El primero corresponde a una imprecisa conceptualización de la *tutela cautelar* a partir de la confusión de los elementos de una relación de medio a fin. El segundo está basado en una falsa relación entre la parte y el todo, sea, entre el peligro como *factor* del riesgo y el riesgo como *fenómeno*.

Respecto del primero. Entre el ordenamiento jurídico y el orden en la realidad social existe una relación de medio a fin, respectivamente. El ordenamiento (medio) se instrumentaliza, entre otras formas, mediante procesos o procedimientos, con el propósito de lograr la incidencia sobre el *fin* (procurar, mantener o revertir el orden en la realidad social). Esto quiere decir que los instrumentos del ordenamiento son, a su vez, medios del mismo fin. Obviar esa relación es intercambiar los elementos de la relación, indicando que una norma jurídica es un *fin en sí mismo* y que los procesos de aplicación son sus *medios*, quedando fuera de la relación la realidad social sobre la que la norma actúa.

El proceso o procedimiento está encaminado a instrumentalizar la aplicación del ordenamiento jurídico sobre la realidad social para procurar el orden<sup>421</sup>. En ese sentido, todo acto del proceso o procedimiento debe tener la misma finalidad, de lo contrario, se convierte en un medio del proceso y no del fin del ordenamiento del cual es medio. Convertir el proceso o procedimiento en fin es el punto ciego sobre el que se conceptualiza la *tutela cautelar*.

El proceso o procedimiento nunca es un *fin* en sí mismo, siempre es un *medio* para cumplir un *objeto* y satisfacer un *fin* ulterior. La tutela cautelar es, al igual que el procedimiento, un *medio*. No es un medio del medio, sino otro medio, un medio temporal, provisorio, interino, anticipado, incompleto, pero que tiene el mismo *objeto* y *fin* que el proceso o procedimiento

---

<sup>421</sup> Algo similar afirmaba Chiovenda al decir: “*El proceso civil es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria*”. Chiovenda, Giuseppe (1989) *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. México: Cárdenas Editor y Distribuidor: p. 41. | Por su parte, don Walter Antillón Montealegre explica que el “ordenamiento jurídico” refiere a “establecer un orden determinado dentro de la sociedad” y que la función jurisdiccional contribuye, fragmentariamente, a hacer efectivo dicho orden social: “(...) decir que cada sentencia concretiza el ordenamiento significa dos cosas: a) que pone un determinado orden en las relaciones entre las partes; y b) que por vía de la interacción social que “se ha explicado, se agrega a aquella tela o urdimbre, reforzándola o cambiándola en medida variable”. Antillón Montealegre, Walter. (2001) *Teoría del Proceso Jurisdiccional*. 1a Ed. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.: pp. 46 y 48. | También se dice respecto de la “norma jurídica”: “*A realidade do direito, a sua efetividade no meio social, desse modo, revela-se na coincidência do comportamento social com os modelos e padrões traçados pelas normas jurídicas (=efetividade da norma jurídica), embora abstratamente formuladas, tornam-se realidade no meio social, materializándose nas condutas por elas prescritas. Por sua atuação no ambiente social, adaptando as condutas humanas, diz-se que o direito é um fato social*”. De Mello, Marcos Bernardes. (2019) *Teoria do fato jurídico. Plano da Existência*. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva: p. 50. Traducción libre: “*La realidad del derecho, su eficacia en el medio social, de ese modo, se revela en la coincidencia del comportamiento social con los modelos o patrones trazados por las normas jurídicas (=eficacia de la norma jurídica), aunque abstractamente formuladas, se tornan realidad en el medio social, materializándose en las conductas por ellas prescritas. Por su actuación en el ambiente social, adaptando las conductas humanas, se dice que el derecho es un hecho social*”.

principal<sup>422</sup> que le da causa. Esta visión permite entender que la tutela cautelar no es un mecanismo de protección del proceso, sino del objeto del proceso.

Es por ello que la concepción clásica, que considera la tutela cautelar como un mecanismo de protección del proceso, tiene dificultades en admitir las medidas cautelares autosatisfactivas o la tutela anticipatoria, debido a que anticipan el contenido de la decisión final. Esto es porque una medida cautelar autosatisfactiva incide en el objeto del proceso, por lo que ya pierde sentido el temor a la duración del proceso, *periculum in mora*, presupuesto sobre el que clásicamente se soporta la *tutela cautelar*.

Por tratarse de un “punto ciego”, la solución no proviene de un cambio estructural, sino de un “cambio de perspectiva”. Esto es mediante dos operaciones, la primera, redefinir lo que tradicionalmente constituye el objeto del procedimiento administrativo, no restringiéndolo a las pretensiones de las partes, sino integrando el cúmulo de circunstancias fáctico-jurídicas que inciden en las pretensiones (cuando existan) y tomando en cuenta que tales circunstancias son las que afectan o inciden sobre el fin o interés público perseguido por la función administrativa.

La segunda, enfocar mejor el punto de observación cuando se indica cuál es el objetivo de la *tutela cautelar*, que no es el proceso mismo, sino la gestión de riesgos sobre objeto del proceso o procedimiento, de lo cual redundan la eficacia y efectividad de la decisión final por encontrar esta un sustrato fértil sobre el cual incidir.

Por otra parte, el segundo “punto ciego” parte de la premisa expuesta: la tutela cautelar clásica protege al proceso de su propia duración. Al respecto, obsérvese lo expuesto por Jaime Guasp:

*Como existe una inevitable dilación temporal entre el nacimiento de un proceso y el logro de la decisión que le pone término, y a la que van vinculados sus efectos fundamentales, ese constante periculum in mora, que semejante dilación supone, quiere ser eliminado a través de medidas judiciales de precaución, cautela o aseguramiento que directamente facilitan los efectos de la resolución de fondo afectada por semejante riesgo dilatorio (Subrayado y negrita son suplidos)<sup>423</sup>.*

La doctrina clásica está construida sobre una visión parcial del fenómeno de riesgo, ya que no se basa en el riesgo sobre el objeto del proceso, sino del riesgo que el mismo proceso entraña. No en vano se utiliza la expresión *periculum in mora* para dar a entender que no se

---

<sup>422</sup> Ver en sentido contrario: Calamandrei, Piero. (2002) “Introducción al estado sistemático de las medidas cautelares”. En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (471-484). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores: p. 484.

<sup>423</sup> Guasp, Jaime. (1961) *Derecho Procesal Civil*. 2ª Ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos: p. 1296.

trata del riesgo como fenómeno, sino solo de un factor de este, sea el peligro o amenaza de la dilación de justicia, la demora del proceso, señalando que la ineficacia e inefectividad de la decisión final proviene del proceso mismo. De tal premisa solo es posible concluir que la medida cautelar está destinada a proteger al proceso del proceso mismo.

Tradicionalmente, este contenido axiológico es explicado por la doctrina del Derecho Procesal mediante el uso del término “peligro”, lo cual es posible, pero no preciso<sup>424</sup>, esto es por dirigir la atención a una sola parte del fenómeno. Giuseppe Chiovenda en su obra clásica *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, explica:

*Estas medidas especiales, determinadas por peligro o urgencia, son llamadas provisionales cautelares o de conservación (...) La medida provisional responde a la necesidad efectiva y actual de alejar el temor de un daño jurídico; si ese daño es o no en realidad inminente y jurídico, resultará de la declaración definitiva<sup>425</sup> (Subrayado es suplido).*

El “peligro o urgencia” corresponde a uno de los elementos básicos solicitados por la doctrina tradicional del Derecho Procesal para la procedencia de las *medidas cautelares*, requerimiento que es presentado bajo la fórmula *periculum in mora*. Piero Calamandrei agrega que no basta el solo *peligro*, sino que es necesario el carácter *urgente* de la intervención judicial o administrativa, en este caso, debido a que si la medida cautelar “(...) se demorase, el daño temido se transformaría en daño efectivo, o se agravaría el daño ya ocurrido; de manera que la eficacia preventiva de la providencia resultaría prácticamente anulada o disminuida<sup>426</sup>. Una distinción entre “peligro en la demora” y “peligro genérico” es señalada desde hace tiempo por Piero Calamandrei, al respecto explicó:

*Es preciso no establecer confusión entre tutela preventiva y tutela cautelar: conceptos distintos, aunque entre ellos pueda existir la relación de género a especie. En ciertos casos, también nuestro sistema admite que **el interés** suficiente para invocar la tutela jurisdiccional pueda surgir, antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado, por el solo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible: en estos casos, la tutela jurisdiccional, en lugar de funcionar con la finalidad de eliminar a posteriori el daño producido por la lesión de un derecho, funciona a priori con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho de la que existe la amenaza todavía no realizada. (...) En estos casos*

---

<sup>424</sup> Respecto de la precisión teórica entre los términos “riesgo”, “peligro o amenaza”, “vulnerabilidad” y “exposición” ver acápite b.1.- (factores del riesgo), apartado b.- (gestión del riesgo) del Capítulo Primero de este trabajo.

<sup>425</sup> Chiovenda, Giuseppe (1989) *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. México: Cárdenas Editor y Distribuidor: pp. 316, 318.

<sup>426</sup> Calamandrei, Piero. (2002) “Introducción al estado sistemático de las medidas cautelares”. En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (471-484). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores: p. 480.



*de tutela preventiva no estamos, sin embargo, todavía en el campo de la tutela cautelar; en efecto, si se prescinde del momento del interés (que nace aquí del peligro en lugar de nacer de la lesión del derecho), nos encontramos todavía frente a casos de tutela ordinaria con efectos definitivos*<sup>427</sup> (Negrita y subrayado son suplidos).

La cita anterior establece una distinción aparente basada en un criterio temporal (provisional-definitivo | presente-futuro) que luego es resuelta mediante una calificación basada en otro criterio, esta vez, material, refiriéndose a la relación de género a especie entre peligro genérico y peligro en la demora, respectivamente. Calamandrei apunta que la nota característica de la *tutela cautelar* es su provisionalidad<sup>428</sup>, de ahí que sus efectos no puedan ser definitivos, en tanto que desnaturalizan la decisión final.

Esa afirmación es premisa de su razonamiento, puesto que de allí concluye que la *tutela cautelar* al ser siempre provisional está abocada a mitigar los efectos del peligro en la demora, esto es, considerando que habrá una demora peligrosa mientras no exista decisión final, misma que, emitida, extingue *ipso facto* los efectos cautelares provisionales.

El razonamiento es falaz, puesto que no es posible derivar tales conclusiones de dos premisas de naturaleza distinta. Es decir, el *peligro en la demora* no es consustancial a la *provisionalidad*, como tampoco el *peligro genérico* es consustancial a la decisión final preventiva. La relación entre tales elementos es simplemente legislativa, no por ello correcta.

Por ello se afirma que el *periculum in mora* es una visión parcial del fenómeno total del riesgo (en rigor el peligro o amenaza es apenas uno de los dos factores del riesgo). En el fondo, el denominado presupuesto del *periculum in mora* es una *falacia pars pro toto*, ya que se pretenden los efectos del todo (riesgo) mediante la sola regulación de la parte (peligro), pero negando todas las implicaciones del todo y conformándose con las de la parte.

Esa es la operación que yace en el fragmento antes transcrito, Calamandrei vincula un atributo constitutivo de toda medida cautelar (provisionalidad) con base en una relación engañosa entre parte y todo, es decir, únicamente considerando el peligro en la demora. Luego desconoce que el “peligro genérico de daño jurídico” (riesgo) sea atribuible a la *tutela cautelar*,

---

<sup>427</sup> Calamandrei, Piero. (1984) *Providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina: pp. 40-41.

<sup>428</sup> Sobre la *provisionalidad*, Piero Calamandrei explica: “La providencia cautelar tiene efectos (...) porque la relación que la providencia cautelar constituye está, por su naturaleza, destinada a agotarse, ya que su finalidad habrá quedado lograda en el momento en que se produzca la providencia sobre el mérito de la controversia. (...) Para comprender esta diferencia [respecto de las ‘declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva’ analizadas por Giuseppe Chiovenda] es preciso elevarse a lo que constituye el interés específico que justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares: este interés surge siempre de la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva (*periculum in mora*)”(Subrayado es suplido). Id., p. 40.

porque es propio de la *tutela preventiva* que es definitiva. Es decir, solo están permitidos, según Calamandrei, los efectos para mitigar un tipo de peligro (en la demora), sin considerar los demás componentes del riesgo.

El criterio de *riesgo* y la *gestión del riesgo* como objetivo de la *tutela cautelar* propuestos en este trabajo, fungen como ensachadores de la visión canonista del Derecho Procesal. Pero en modo alguno debe considerarse que se pierde de vista y se le resta importancia al carácter instrumental o accesorio de la *tutela cautelar* respecto del proceso o procedimiento principal.

Considerando que se trata de un “punto ciego”, los alcances del *periculum in mora* clásico pueden redimensionarse en función de lo que se entienda por riesgo y respecto de lo que se considere en riesgo, requiriendo entonces un “cambio de perspectiva”.

En primer lugar, el *peligro* (o amenaza) es un factor del riesgo, el cual es un fenómeno más amplio. El concepto de riesgo brinda mayores posibilidades para abordar los fenómenos que pueden incidir en la ineficacia e ineffectividad del proceso o procedimiento, de modo que la *gestión del riesgo* viene a constituir una operación básica para definir la procedencia de una medida cautelar, su contenido y sus alcances.

En segundo lugar, lo que está en riesgo no es el proceso o procedimiento, sino su objeto. Esta perspectiva no obvia que el proceso o procedimiento y sus vicisitudes puedan significar un riesgo respecto del objeto del procedimiento en sí, pero amplía el horizonte de valoración, principalmente a circunstancias de riesgo *extra processum*.

Esta propuesta facilita la admisión de tendencias más flexibles en el tema de la tutela cautelar, como podría ser la tutela anticipatoria y las medidas autosatisfactivas. Sin embargo, es claro que esta perspectiva siempre se enmarca en los límites del proceso o procedimiento, aunque no se basa en una concepción clásica y ritualista de este.

El “cambio de perspectiva” respecto de estos dos “puntos ciegos” se presenta como necesaria si se quiere propiciar la *articulación* de la *gestión del riesgo de desastres* con la *planificación urbana*, considerando que *tutela cautelar* es, en verdad, un mecanismo de gestión de riesgos procesales y extraprocesales.

La *tutela cautelar* tiene como *objetivo* gestionar los riesgos que inciden sobre las circunstancias fáctico-jurídicas que configuran el *objeto* del proceso, de modo que el *objeto* del proceso debe analizarse desde la fenomenología jurídica y traducirse al esquema de situaciones jurídicas. Esta operación es básica en el Derecho, pero constituye el primer paso

para efectuar un análisis del riesgo, lo cual le corresponde al procedimiento cautelar<sup>429</sup> de que se trate. En síntesis, la *tutela cautelar* comparte con el proceso o procedimiento que le da causa el *objeto* y el *fin*, mientras que su *objetivo* es gestionar los riesgos que inciden sobre el objeto del procedimiento para que éste, una vez sea concluido debidamente, logre satisfacer el fin público que lo justifica.

#### **b.4.- Reconceptualización de la tutela cautelar**

La categoría *tutela cautelar*<sup>430</sup> hace referencia a un “poder general de cautela”<sup>431</sup> que es inherente al ejercicio de la potestad jurisdiccional. En el ámbito administrativo, ese poder es inmanente al contenido de la potestad administrativa que se ejerce mediante un procedimiento administrativo para la consecución de un fin o interés público específico. Este “poder general de cautela” se concreta a través de *medidas cautelares*, las que se revisten de una forma procesal determinada. Las *medidas cautelares* son actos de aplicación individual de ese “poder general de cautela”, de esa potestad administrativa que incluye como contenido genérico la *tutela cautelar*.

La *tutela cautelar* es una potestad, es decir, una situación jurídica activa de poder que consiste en la posibilidad de emitir *medidas* concretas, denominadas *cautelares*, cuyo objetivo consiste en *gestionar los fenómenos de riesgo* que incidan o puedan incidir sobre el *objeto* de un proceso o procedimiento, considerando que el *objeto* está definido por una determinada configuración de circunstancias fáctico-jurídicas. De manera tal que las circunstancias que dieron origen al proceso o procedimiento (objeto) se mantengan en un estado tal que posibilite

---

<sup>429</sup> Para efectos de este trabajo no se detiene en consideraciones respecto de si la *tutela cautelar* es un proceso o no. Basta con considerar que es instrumental y accesoria a un proceso o procedimiento principal, salvo el caso de la tutela cautelar autosatisfactiva autónoma. En todo caso, los pasos a seguir para la emisión de una medida cautelar son los que el ordenamiento establezca. A mayor abundamiento ver: López Camacho, Álvaro. (2012) *Medidas Cautelares. En el Código Procesal Contencioso Administrativo*. Heredia: Corte Suprema de Justicia – Escuela Judicial Édgar Cervantes Villalta: pp. 35-38. Disponible en: <<https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Medidas%20Cautelares.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Calamandrei, Piero. (1984) *Providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina: pp. 138-139.

<sup>430</sup> Terminológicamente, existen tantas denominaciones como análisis teóricos para referirse a lo mismo y sus variaciones: la *tutela de urgencia*. Sí interesa para efectos de este trabajo dejar claro que el término “tutela cautelar” se entiende en sentido amplio, por ser el que usualmente se utiliza. Así, ese término se enmarca dentro de lo que la doctrina procesalista denomina como “tutela de urgencia” o “procesos de urgencia”. Por su parte, el término “medida cautelar” es una especie de las posibles del género “tutela de urgencia”. Sobre mayores precisiones ver: López Camacho, Álvaro. (2012) *Medidas Cautelares. En el Código Procesal Contencioso Administrativo*. Heredia: Corte Suprema de Justicia – Escuela Judicial Édgar Cervantes Villalta: pp. 26-30. Disponible en: <<https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Medidas%20Cautelares.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>431</sup> Jinesta Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: pp. 179-194.

la eficacia y efectividad del ordenamiento jurídico aplicado mediante la decisión final sobre ese *objeto*.

El *objetivo* de la tutela cautelar no es proteger al proceso, sino al *objeto* del proceso o procedimiento y, el *fin*, no es únicamente la eficacia del ordenamiento jurídico aplicado, sino también su efectividad, sea la incidencia en la realidad social para mantenerla en orden. Así, el proceso o procedimiento queda relegado a un ámbito estrictamente instrumental, negando todo estatus o afán de convertirse en una mera entelequia jurídica.

La *tutela cautelar* tiene como contenido genérico: *estrategias de gestión del riesgo*, sea en un enfoque *preventivo* o *correctivo*. De esta manera, el contenido consiste en la posibilidad de emitir medidas para *prevenir* los fenómenos de riesgo o para *mitigar* sus efectos.

Las *medidas cautelares*, como actos de aplicación de dicha potestad, son actos jurídico-procesales emitidos por la autoridad, jurisdiccional o administrativa, cuyo contenido puede ser *positivo* o *negativo*, sea *innovativ* o *conservativo*, con el objetivo de *prevenir* los fenómenos de riesgo o *mitigar* sus efectos, mediante la actuación directa sobre sus *factores*, sea la existencia, calidad y magnitud de las *amenazas* o *peligros* y sobre la existencia, calidad e intensidad de las *vulnerabilidades* que incidan sobre las circunstancias fáctico-jurídicas que constituyen el *objeto* del proceso o procedimiento. Los fenómenos de riesgo, siempre que incidan en el *objeto* procesal, pueden ser *intra* o *extra processum*, según que sus *factores* causales se originen o no dentro del proceso, respectivamente.

Desde el punto de vista subjetivo, la *tutela cautelar* es ejercida en el marco de una *relación de sujeción especial*, por tanto, implica, al menos, una relación entre dos sujetos, uno en *función activa*, quien ejerce la potestad y se trata de un ente u órgano de derecho público y, por el otro lado, uno en *función pasiva*, quien es destinatario de la aplicación concreta de dicha potestad, es decir, del contenido concreto de la *medida cautelar*. El sujeto en función pasiva puede ser un ente u órgano de derecho público o un sujeto de derecho privado.

Desde el punto de vista espacio-temporal, la *tutela cautelar* debe ser una respuesta oportuna y precisa frente a la *existencia* de *fenómenos de riesgo* que incidan sobre el *objeto* del proceso o procedimiento. Esto es, que los *efectos* de las *medidas cautelares* no dependen exclusivamente del proceso o procedimiento (*medidas cautelares ante causam*), sino de la existencia de un fenómeno de riesgo, es decir, donde se identifiquen *elementos en riesgo* y *elementos de riesgo* (factores de riesgo). Esto implica que los efectos de las medidas cautelares son, por naturaleza, provisionales, lo que se analiza más adelante.

En relación con el elemento formal o modal, en sede administrativa, las *medidas cautelares* se revisten de la forma de un *acto administrativo*, por tanto, están sujetas a su régimen jurídico general.

Con base en esta reconceptualización, el *objeto* del proceso o procedimiento constituye a nivel fáctico una *situación real de riesgo* y, ya transformada *sub specie iuris*, una *situación jurídica compleja de riesgo*, en los términos expuestos en el Capítulo Primero de este trabajo. Por consiguiente, el *objetivo* la *tutela cautelar* es *gestionar esa situación jurídica compleja de riesgo*.

### **c.- Sustento constitucional de la tutela cautelar**

El sustento constitucional de la tutela cautelar se explica sobre la base de que se trata de un poder inherente al poder jurisdiccional, por tanto, le alcanzan los efectos de constitucionalización del primero, que usualmente sí está regulado de manera más o menos expresa en la Constitución Política, sea como competencia del Poder Judicial en la denominada parte orgánica de la Constitución. También, siendo lo más usual, se explica sobre la base del derecho constitucional a una justicia pronta y cumplida o tutela judicial efectiva.

En la *tutela cautelar* el valor constitucionalmente protegido es la *efectividad* de la justicia judicial o administrativa, puesto que la incidencia efectiva de una decisión judicial o administrativa sobre el *objeto* del proceso o procedimiento es garantía del orden y paz social, por tanto, de la sobrevivencia del orden constitucional.

En cuanto a la *prontitud* de la justicia, es cierto que también está protegida constitucionalmente; sin embargo, la realidad erosiona todo afán de protección. El principio de justicia pronta es más un modelo a seguir que un modelo seguido. La *tutela cautelar* se ve como un mecanismo de protección frente a la duración de los procesos. Sin embargo, es claro que desde la óptica de este trabajo, la *mora judicial* no puede ser el fundamento del instituto, sino una variable a considerar.

En todo caso y desde el punto de vista dogmático, la *prontitud de la justicia* se encuentra más relacionada con el clásico *periculum in mora* que con el concepto de riesgo, aspecto que evidencia un sesgo formalista que equipara justicia con proceso, mientras que el concepto de riesgo amplía los horizontes de protección al *objeto* del proceso o procedimiento, sin restringirse al *periculum* que implica únicamente el letargo endógeno del proceso.

Sirva este breve exordio para ubicar el tono de la exposición. El sustento constitucional de la *tutela cautelar* deriva, por partida doble, de una norma constitucional habilitante y de una norma constitucional de protección, es entonces una *potestad* y un *derecho*.

c.1. Tutela cautelar como contenido inherente al poder público constitucionalmente atribuido. La *tutela cautelar* es contenido implícito del poder público que la Constitución Política atribuye, mediante la regulación orgánica del Estado, a diversos órganos y entes para el ejercicio de la *potestad jurisdiccional* y las *potestades administrativas*.

Este apoderamiento se origina en el artículo 9 de la Constitución Política, al establecer que el gobierno del Estado lo ejercen el pueblo y tres poderes (legislativo, judicial y ejecutivo), para cada uno existen funciones atribuidas constitucionalmente, cuyo ejercicio es exclusivo y excluyente, es decir, *“ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias”*. Pero tampoco es posible que el pueblo individual o colectivamente ejerza alguna función de alguno de esos tres poderes, si no es mediante los mecanismos de participación y representación constitucionalmente establecidos, *so pena* de incurrir en lo establecido en los artículos 4 y 5 de la Constitución, a saber: *“ninguna persona o reunión de personas puede asumir la representación del pueblo, arrogarse sus derechos, o hacer peticiones a su nombre. La infracción a este artículo será sedición”* y el artículo 5: *“nadie puede arrogarse la soberanía; el que lo hiciere cometerá el delito de traición a la Patria”*.

En este sentido, las normas constitucionales que regulan la estructura orgánica del Estado son límites de actuación, tanto para los órganos y entes públicos en el ejercicio de sus potestades, como para el pueblo, individual o colectivamente considerado, en el ejercicio de sus derechos. Recíprocamente, una *potestad* no puede vaciar de contenido un *derecho* constitucionalmente establecido, ni tampoco el ejercicio abusivo de un *derecho* obnubilar el ejercicio de una *potestad*.

Desde el punto de vista de la *potestad jurisdiccional*, desde el cual se construye usualmente la *tutela cautelar*, el principio subyacente es la prohibición de justicia por propia mano, he ahí donde cobra sentido, en este contexto, la cláusula de exclusividad e indelegabilidad de competencias constitucionales y el establecimiento de delitos para quien se arrogase poderes constitucionales. La *potestad jurisdiccional* se encuentra atribuida al Poder Judicial, en concreto, a la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales de Justicia y, en materia electoral, al Tribunal Supremo de Elecciones<sup>432</sup>. Dicha potestad, según el texto constitucional, consiste en conocer *causas judiciales* en las diversas materias y *“resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario”*<sup>433</sup>.

La potestad jurisdiccional no es un mero ejercicio de justicia de dar a cada quien lo que le corresponde conforme al ordenamiento jurídico, sea esto en un plano de eficacia jurídica. Sino que, la justicia debe materializarse en los involucrados para recomponer el orden social, ya en un plano de efectividad. No en vano, la Constitución erige la potestad jurisdiccional con doble contenido genérico, *resolver* y *ejecutar* las decisiones definitivas sobre las causas judiciales. En refuerzo, el artículo 140 inciso 9) del mismo texto fundamental, señala como atribución del Poder Ejecutivo *“ejecutar y hacer cumplir todo cuanto resuelvan o dispongan en los asuntos*

---

<sup>432</sup> Ver: artículos 10, 48, 49, 70, 99, 102 y 152 de la Constitución Política.

<sup>433</sup> Ver: artículo 153 de la Constitución Política.

de su competencia los tribunales de Justicia y los organismos electorales a solicitud de los mismos”.

Precisamente, la *ejecutoriedad* de las decisiones judiciales es lo que justifica la *tutela cautelar*, como garantía de efectividad del poder jurisdiccional sobre el orden social y constitucional, al tiempo que también contribuye como mecanismo de protección frente a la duración de los procesos<sup>434</sup>. En este sentido, la Sala Constitucional indica:

*De conformidad con el texto constitucional (artículo 153 de la Constitución Política), la **función jurisdiccional**, en un sentido material, consiste en conocer de las causas, resolverlas definitivamente –con autoridad de cosa juzgada, artículo 42 de la Constitución Política- y ejecutar las resoluciones. Desde esta perspectiva, la tutela cautelar se constituye en un poder jurisdiccional implícito en el contenido del numeral 153 de la Constitución Política, necesario para garantizar provisionalmente la **eficacia del pronunciamiento judicial contenido en la sentencia de mérito y, por consiguiente, su ejecución.** (...) El órgano jurisdiccional, como un poder constitutivo más, debe procurar, en todo momento, una eficacia inmediata y directa del Derecho de la Constitución, para el caso de los preceptos constitucionales 33, 41, 49 y de los principios y valores ahí supuestos y presupuestos, en cuanto lo vincula fuertemente por aplicación del principio de la supremacía constitucional (artículo 10 de la Constitución Política y 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), de modo que aunque los textos legales no contemplen determinadas medidas cautelares, deben utilizar su **poder general de cautela contenido en el ordinal 153 de la Constitución Política**, a fin de brindarle una eficacia progresiva y extensiva al derecho fundamental a la tutela cautelar (Negrita y subrayados son suplidos)<sup>435</sup>.*

En el ámbito de la denominada *justicia administrativa*, el razonamiento es el mismo, solamente que no se trata de una potestad jurisdiccional, sino administrativa. Como se ve en apartados anteriores, la constitucionalidad de la *tutela cautelar* en sede administrativa está ampliamente aceptada, sobre la base de que se trata de un contenido implícito dentro de la concreta manifestación de poder público.

---

<sup>434</sup> Ya lo explica Ernesto Jinesta: “La facultad cautelar puede entenderse como un poder jurisdiccional implícito en el art. 153 CP [Constitución Política], en el marco de ese numeral debe entenderse factible todo instrumento que demande la efectividad de la función de juzgar y ejecutar lo juzgado”. Jinesta Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: p. 99.

<sup>435</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 6224 del 25 de mayo del 2005. Ver de la misma Sala: Sentencia No. 7190 del 6 de diciembre de 1994. Sentencia No. 3929 del 18 de julio de 1995. Sentencia No. 17306 del 19 de noviembre del 2008. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

El régimen jurídico-constitucional de la Administración Pública es disperso y escaso, siendo su régimen jurídico pleno el de la Ley General de la Administración Pública y las leyes orgánicas especiales. El Poder Ejecutivo es el que posee mayor regulación constitucional y en el caso de la Administración Pública descentralizada (institucional y territorial) las normas son pocas y generales<sup>436</sup>.

A pesar de esa dispersión normativo-constitucional, es posible entender que la administración del Estado implica el ejercicio de potestades públicas y que estas deben hacerse efectivas, puesto que de lo contrario el objetivo de administrar el Estado deviene en ilusorio. En el caso del Poder Ejecutivo, puede observarse que el artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política establece, entre otras, la función de *“ejecutar y velar por el exacto cumplimiento”* de las leyes. El inciso 6) de ese mismo artículo le atribuye la función de *“mantener el orden y la tranquilidad de la Nación”* para lo cual puede *“tomar las providencias necesarias para el resguardo de las libertades públicas”*. Asimismo, el inciso 8) del mismo artículo lo obliga a *“vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”*. Finalmente, en el plano de la ejecución material de las decisiones administrativas, el inciso 16) de la misma norma establece la posibilidad de *“disponer de la fuerza pública para preservar el orden, defensa y seguridad del país”*.

Si bien, ninguna de las normas utiliza el término “potestad”, “procedimiento”, “justicia administrativa” o “tutela o medidas cautelares”, es claro que se establecen facultades, atribuciones, competencias o funciones en *pro* del interés público, las cuales no son una mera enunciación de valores constitucionales, sino habilitaciones genéricas a regularse vía legal y reglamentaria. Por tanto, la concreción de esas pautas sobre el orden social son un imperativo constitucional, según la misma constitución lo reconoce en su artículo 129.

De esas normas constitucionales se colige la posibilidad de *“tomar las providencias necesarias”* para la efectividad de los valores constitucionales, sea en el ejercicio de las funciones constitucionales, como en garantía de los derechos constitucionales. Tal formulación, debe ser relacionada con el imperativo de propiciar el *“exacto cumplimiento de la ley”*, el garantizar el *“buen funcionamiento”* de servicios y administración públicos, tanto con respecto del fin ulterior de garantizar el “orden”, todo lo cual justifica la necesidad de que cualquier decisión administrativa sea eficaz y efectiva, por lo que la posibilidad de garantizar cautelarmente esa decisión no está prohibida, a pesar de la carencia de su regulación expresa en el texto constitucional. Al respecto, la Sala Constitucional dice:

*En reiteradas resoluciones, la Sala ha considerado que la Administración Pública tiene la posibilidad de adoptar medidas cautelares en los procedimientos administrativos, con el objeto de garantizar la eficacia de la resolución final y en aras*

---

<sup>436</sup> Ver artículos 55, 73, 84, 85, 169, 170 y 188 de la Constitución Política.



*del interés general (v. entre otras, la Sentencia No. 7190-94 de las 15:24 hrs. del 6 de diciembre de 1994, criterio reiterado en varias resoluciones, entre ellas la N. 3171-2005 de 14:36 hrs. de 29 de marzo de 2005)<sup>437</sup>.*

c.2.- Tutela cautelar como contenido del derecho a una justicia pronta y cumplida o tutela judicial efectiva. El artículo 41 de la Constitución Política establece que a todos debe “*hacérsele justicia pronta, cumplida, sin denegación y estricta conformidad con las leyes*”, respecto de cualquier detrimento que puedan sufrir en su esfera individual, patrimonial o extrapatrimonial. Se trata de un derecho constitucional de los denominados civiles y políticos, exigible frente al Estado, garantizado por el Poder Judicial (tribunales de justicia) y concretizado por el ejercicio concreto de la potestad jurisdiccional mediante un *proceso*. Su contenido más básico es el acceso a los órganos de administración de justicia<sup>438</sup>. Rubén Hernández Valle, a partir de la literalidad de la norma constitucional, señala:

*Otro postulado importante es que la justicia sea pronta y cumplida. El primer contenido justifica que (...) las normas procesales deben interpretarse a la luz del principio “pro sententia”, es decir, que se interpreten en el sentido de faltar a la administración de justicia y no como obstáculo para alcanzarla. (...) En cuanto a la justicia pronta, es evidente que la duración excesiva y no justificada de los juicios (...) implica una clara violación de ese principio constitucional, pues los juicios deben ser resueltos, por razones de seguridad jurídica, en plazos razonablemente cortos<sup>439</sup>.*

Desde una perspectiva eminentemente procesal, es claro que este derecho constitucional está construido sobre la noción de proceso y, más aún, de un proceso de tipo contencioso con la presencia de partes con intereses contrapuestos. De ahí que se privilegie un enfoque ritualista al momento de definir el contenido del derecho, sea con sesgo hacia la *duración* del proceso. Es por ello que el contenido debe ser completado con su contrapartida, *justicia cumplida*, aunque tardía. El exceso de duración siempre debe ser combatido, pero no puede nunca descuidarse la *efectividad de la justicia*, pronta o no, ya que finalmente es este atributo el que incide positiva o negativamente sobre el orden social.

Ante la dilación de justicia se idean otros mecanismos jurídicos, entre ellos, la *tutela cautelar*<sup>440</sup>. Si bien, ese instituto surge circunstancialmente por esa causa extra-jurídica, hoy

---

<sup>437</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 7212 del 30 de mayo del 2012. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

<sup>438</sup> Ver en este sentido: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 1739 del 1 de julio de 1992. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

<sup>439</sup> Hernández Valle, Rubén. (2008) *El Derecho de la Constitución*. Volumen II. 1ª Ed. San José: Editorial Juricentro: pp. 424 y 426.

<sup>440</sup> Jinesta Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: pp. 14-21.

tiene un funcionamiento puramente jurídico, ya no como correctivo de la dilación, sino como garantía del objeto del proceso. Por ello, la dilación debe ser vista como una circunstancia a gestionar mediante la *tutela cautelar* y no como la única causa que le da origen.

En este trabajo se propone un redimensionamiento del fundamento de la *tutela cautelar*, abandonando cualquier canon reduccionista. No se trata del *proceso* en sí mismo, sino del *objeto del proceso*, tampoco se trata solo *periculum in mora*, sino cualquier *riesgo* que incida sobre el objeto del proceso. Este replanteamiento podría ser bien recibido a la hora de dotar de contenido el derecho constitucional a una justicia pronta y cumplida o tutela judicial efectiva; sin embargo, hasta hoy, este gira en torno a la idea de la dilación de la justicia (sea *periculum in mora*), por lo menos en lo que respecta a la *tutela cautelar*, claro está.

Ernesto Jinesta es profundo en exponer el tema de la *tutela cautelar* en el proceso contencioso-administrativo. Interesa su análisis sobre el perfil constitucional de este instituto. Este autor señala que la *tutela cautelar* se interpreta a partir del principio propuesto por Giuseppe Chiovenda de que “la necesidad de servirse del proceso para obtener razón no debe volverse en contra de quien tiene la razón”<sup>441</sup>. Según Jinesta Lobo:

*Es interesante hacer notar que en la exposición de Chiovenda **no existe ningún nexo entre el principio de evitar que la duración del proceso venga en daño al acto que tiene probable razón y la tutela cautelar, tal vínculo es producto de la labor doctrinal italiana posterior a la obra de Chiovenda, más concretamente de la construcción de Calamandrei (...)** (Negrita y subrayado son suplidos)<sup>442</sup>*

Como es natural en el Derecho, toda vez que está nutrido de lenguaje, el fundamento de la *tutela cautelar* se pone en el peligro de la duración del proceso (*periculum in mora*). No obstante, bien puede entenderse que el peligro no solo es de la demora procesal, sino cualquier otro. Así, el principio de Chiovenda de que “la necesidad de servirse del proceso” “no puede volverse en contra de quien tiene la razón” es más amplia y comprensiva que la formulación reduccionista del *periculum in mora*.

Preferentemente, es sobre la base del principio sentado por Giuseppe Chiovenda que se deriva un “contenido atípico” del derecho constitucional a una justicia pronta y cumplida o tutela

---

<sup>441</sup> Chiovenda, Giuseppe (1989) *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. México: Cárdenas Editor y Distribuidor: pp.185-186.

<sup>442</sup> Jinesta Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: p. 82. Ver: Ulate Chacón, Enrique. (2007) “Derecho a la tutela judicial efectiva: medidas cautelares en el ámbito constitucional, comunitario e internacional”. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 114 (137-174): p. 149. Disponible en: <<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13628/12940>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

judicial efectiva. La Sala Constitucional lo denomina como “derecho fundamental atípico a la tutela cautelar”. Al respecto dice:

*A partir de una **exégesis extensiva y progresiva** del contenido esencial de la garantía individual contenida en el ordinal 41 de la Constitución Política, esto es, el derecho de los justiciables a obtener una justicia pronta y cumplida, resulta posible identificar el derecho fundamental atípico de las partes de un proceso a obtener una tutela cautelar. (...) No puede existir una tutela judicial pronta y cumplida o efectiva, si el órgano jurisdiccional no puede ejercer un poder de cautela flexible y expedito. Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es un componente esencial o una **manifestación específica** de una tutela judicial pronta y cumplida, puesto que, por su medio puede garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia definitiva o de mérito. Este derecho, al formar parte integral del núcleo esencial del derecho a una justicia pronta y cumplida, el legislador no puede negarlo, restringirlo o condicionarlo y el juez debe hacerlo efectivo cuando haya peligro para la efectividad de la sentencia<sup>443</sup> (Negrita y subrayado son suplidos).*

El desarrollo jurisprudencial de la Sala Constitucional en materia de tutela judicial efectiva es amplio e innovador. El criterio jurisprudencial vigente no desconoce de ninguna manera que la tutela cautelar esté dirigida a garantizar la efectividad de la decisión final, sin embargo, el valor hacia el cual se enfoca el abordaje gira sobre el eje demora-prontitud. La Sala, en la misma sentencia de cita agrega:

*(...) este derecho fundamental tiene fuerte asidero en el principio general del Derecho procesal común o chiovendiano que expresa que “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien probablemente tiene razón”, principio que le otorga a todos los jueces un poder general de cautela para que adopten las medidas precautorias necesarias e indispensables para evitar que la duración fisiológica –normal y ordinaria- y patológica de los procesos no vaya en detrimento de la parte que probablemente tiene la razón*<sup>444</sup> (Subrayado es suplido).

Si bien, la formulación literal del artículo 41 de la Constitución Política refiere a dos valores protegidos, sea la justicia pronta y cumplida, la construcción hermenéutica tiende a privilegiar solo la prontitud, frente a la incerteza de la lentitud de la justicia. La pauta axiológica que inspira dicha interpretación es parcial, gira en torno a los ejes *prontitud-seguridad jurídica* o *lentitud-*

---

<sup>443</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 6224 del 25 de mayo del 2005. Ver de la misma Sala: Sentencia No. 7190 del 6 de diciembre de 1994. Sentencia No. 3929 del 18 de julio de 1995. Sentencia No. 17306 del 19 de noviembre del 2008. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

<sup>444</sup> Id. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

*inseguridad jurídica*, cuando lo correcto es proponer un eje marco basado en *riesgo-seguridad*, siendo la lentitud o letargo un tipo de riesgo posible que afecta la seguridad, pero no siendo el único.

En el marco de un procedimiento administrativo, cabe preguntarse si la *tutela cautelar* sigue teniendo ese perfil constitucional. La respuesta es positiva, ya que la misma jurisprudencia constitucional hace extensivo, en lo aplicable, el contenido de la tutela judicial efectiva a los procedimientos de la justicia administrativa y, también, la tutela cautelar. Al respecto considérese lo siguiente:

*Esta Sala ha reconocido **la tutela cautelar como derecho fundamental**, indicando que es un componente esencial del derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido, pues los órganos administrativos requieren garantizar la eficacia de la resolución definitiva en aras de proteger los intereses públicos<sup>445</sup> (Negrita y subrayado son suplidos).*

En síntesis, la *tutela cautelar* hoy goza de un estatus constitucional por partida doble. Por un lado, como contenido implícito en el ejercicio del poder público, sea manifestado mediante la potestad jurisdiccional o bien otras potestades administrativas y, por otro lado, como contenido del derecho constitucional a una justicia pronta y cumplida o tutela judicial efectiva. Se concluye que, en este último supuesto, la interpretación del artículo 41 Constitucional tiende a privilegiar la *prontitud* frente a la justicia *cumplida*, lo que no implica que se desconoce la efectividad de la justicia como parte de ese derecho constitucional. Sin embargo, dicha hemenéusis, basada en el eje lentitud-inseguridad jurídica impregna la construcción de la *tutela cautelar* como derecho constitucional.

En todo caso, ni la norma constitucional ni el criterio jurisprudencial serían incompatibles con la idea de entender la *tutela cautelar* sobre el eje riesgo-seguridad, el cual es de mayor garantía y protección.

#### **d.- Características estructurales de las medidas cautelares y su relación con los fenómenos de riesgo**

Las características estructurales de las *medidas cautelares* se derivan de la reducción a la mínima expresión del instituto. La mínima expresión del instituto está delineada por la definición de su causa, objeto, objetivo y fin. Así, las características estructurales son referenciales o relativas a esos elementos esenciales.

---

<sup>445</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 1577 del 3 de febrero del 2017. Ver de la misma Sala: Sentencia No. 8874 del 18 de agosto del 2004. Sentencia No. 6224 del 25 de mayo del 2005. Sentencia No. 15712 del 27 de octubre del 2016. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accedido el: 14 de octubre del 2018.

La caracterización que aquí se hace no es una mera réplica de lo que se ha dicho, sino un análisis crítico, con base en el redimensionamiento propuesto y propositivo, en cuanto su relación con los fenómenos de riesgo. La caracterización no es un simple coleccionar de atributos, sino que se trata de la identificación de rasgos esenciales, sin los cuales no se estaría frente al instituto cautelar sino ante otro. Esta aclaración es necesaria para saber cómo se estructuran las *medidas cautelares* y, por ende, cuáles son sus límites.

Piero Calamandrei, quien es riguroso en el análisis del instituto, explica la utilidad de la *caracterización*, al decir: “*Se trata, por tanto, de establecer cuáles son los caracteres diferenciales en virtud de los que las providencias cautelares se distinguen de todas las otras providencias jurisdiccionales; a la investigación de tales caracteres está precisamente dedicado el presente estudio*”<sup>446</sup>.

La doctrina<sup>447</sup> es estable en señalar que las características estructurales de las *medidas cautelares* son, al menos, cuatro, a saber: *instrumentalidad*, *provisionalidad*, *flexibilidad* y *summaria cognitio*. Otras características son propuestas; no obstante, según el criterio de este trabajo no se consideran estructurales, debido a que son, más bien, *accidentales*. Es decir, pueden o no estar, de modo que su ausencia no desnaturaliza la medida y su presencia únicamente le adiciona atributos (como la jurisdiccionalidad<sup>448</sup>, por ejemplo).

**d.1. Instrumentalidad.** Esta característica ya se expone a profundidad anteriormente, también se le denomina como *accesoriedad* y explica la causa de existencia de la *tutela cautelar*. Parte de la premisa de que no existe medida cautelar sin proceso o procedimiento, lo

---

<sup>446</sup> Calamandrei, Piero. (2002) “Introducción al estado sistemático de las medidas cautelares”. En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (471-484). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores: p. 471. | Calamandrei, Piero. (1984) *Providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina: p. 33.

<sup>447</sup> Consultar: Kielmanovich, Jorge. (2002) “Teoría del proceso cautelar”. En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (307-351). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores: p. 307. | Calamandrei, Piero. (1984) *Providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina: pp. 35-38, 44-48, 74-76, 89-97. | Jinesta Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: pp. 103-127. | López Camacho, Álvaro. (2012) *Medidas Cautelares. En el Código Procesal Contencioso Administrativo*. Heredia: Corte Suprema de Justicia – Escuela Judicial Édgar Cervantes Villalta: pp. 101-103, 108-112, 117-125. Disponible en: <<https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Medidas%20Cautelares.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | López González, Jorge. (2014) *Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense. Volumen I*. 1ª Ed. San José: ISOLMA: pp. 248-249. | Artavia Barrantes, Sergio (2015) *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. 1ª Ed. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.: pp.324-329. | Picado Vargas, Carlos (2015) *Manual de Medidas Cautelares*. 1ª Ed. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.: pp. 83-93. | Ribeiro de Almeida, Ursula. (2014) *Tutela de urgência no direito ambiental: instrumento de efetivação do princípio da precaução*. Tesis para optar por el grado de Maestría, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: pp. 23-26. Disponible en: <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-09022015-163958/publico/Ursula\\_Ribeiro\\_de\\_Almeida\\_dissertacao.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-09022015-163958/publico/Ursula_Ribeiro_de_Almeida_dissertacao.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>448</sup> López Camacho, Álvaro. (2012) *Medidas Cautelares. En el Código Procesal Contencioso Administrativo*. Heredia: Corte Suprema de Justicia – Escuela Judicial Édgar Cervantes Villalta: pp. 95-100. Disponible en: <<https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Medidas%20Cautelares.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

que da existencia a una *relación de accesoriedad* entre el procedimiento principal y la medida cautelar, proceso cautelar, si es del caso.

Para efectos de este apartado y sin afán de reiterar lo dicho en líneas anteriores, el análisis propuesto sobre la *instrumentalidad* de las medidas cautelares, tiene al menos dos propósitos: 1. Redimensionar el objetivo de la tutela cautelar por referencia al objeto del proceso y no a la sentencia o acto final, meramente y 2. Evidenciar que el surgimiento de otros mecanismos procesales, como la tutela anticipatoria y la autosatisfactiva, es provocado por la insuficiencia de los postulados clásicos de la *tutela cautelar*.

En relación con el primer propósito. La instrumentalidad, valorada en su justa medida, pone énfasis en el procedimiento principal, para concebirlo como causa de existencia de la medida cautelar y no al contrario, sea para afirmar que la medida cautelar es un medio del medio. Bien lo expresa Giuseppe Chioyenda al afirmar que: “*la medida provisional actúa una efectiva voluntad de ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad de ley*”<sup>449</sup>. Esa “otra voluntad de ley” no es otra cosa que la eficacia y efectividad del ordenamiento jurídico que debe ser aplicable al *objeto del proceso*, es decir, a la determinada configuración fáctico-jurídica de circunstancias.

En el mismo sentido, Jorge Kielmanovich explica que la *instrumentalidad* refiere a que las medidas cautelares “carecen de un fin en sí mismas”<sup>450</sup>, esto es que su *objeto* no es propio sino compartido con el del procedimiento principal, de ahí que no sea objetable “(...) *la coincidencia material que pudiese existir entre el objeto de aquellas y el de la pretensión o petición de fondo*”<sup>451</sup>.

Otros entienden que la *instrumentalidad* no es respecto del *objeto del proceso* (como aquí se sostiene) sino respecto de la sentencia o acto final. Esta sutileza, más que terminológica, da cuenta de las dificultades que tiene esa postura para admitir los casos en que exista una coincidencia entre el objeto del proceso y lo pretendido en el *proceso cautelar*. En ese sentido, Jinesta Lobo explica que la *medida cautelar*: “(...) *tiene únicamente por objeto contribuir al mejor éxito de la providencia principal, es decir, sirve a la resolución definitiva, de la cual garantiza su eficacia práctica y útil, lo que a su vez servirá para actuar el derecho*”<sup>452</sup>.

---

<sup>449</sup> Chioyenda, Giuseppe (1989) *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. México: Cárdenas Editor y Distribuidor: p. 318.

<sup>450</sup> Calamandrei, Piero. (2002) “Introducción al estado sistemático de las medidas cautelares”. En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (471-484). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores: p. 483.

<sup>451</sup> Kielmanovich, Jorge. (2002) “Teoría del proceso cautelar”. En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (307-351). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores: p. 307.

<sup>452</sup> Jinesta Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: p. 105.

Como se observa, esa postura intercambia los elementos de la *relación de accesoriadad* (principal-accesorio). Considera que el elemento principal es la *resolución final* (acto jurisdiccional o administrativo) y el accesorio la *resolución que ordena le medida cautelar*. Mientras que la propuesta de este trabajo ubica en elemento principal el *procedimiento administrativo* (objeto del procedimiento) y en el elemento accesorio la *tutela cautelar* (medidas cautelares).

La consecuencia lógica es afirmar, como lo dice Jinesta Lobo, que el efecto *inmediato* de la medida cautelar es servir a la resolución final y, secundariamente, al ordenamiento jurídico. Por ello esa postura parte del planteamiento de Piero Calamandrei, quien sostiene que la medida cautelar tiene una función *mediata* respecto del derecho e *inmediata* respecto de la resolución final. Es decir, respalda lo que aquí se niega, afirmar que la medida cautelar es un medio del medio, un instrumento del instrumento. Al respecto obsérvese:

*Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la **finalidad inmediata** de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una **tutela mediata**: más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. (...) [las medidas cautelares constituyen] un **medio** predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; son, en relación a la **finalidad última** de la función jurisdiccional, un **instrumento del instrumento**<sup>453</sup> (Negrita y subrayados son suplidos).*

Sin duda se trata de una visión ritualista donde el *proceso* o *procedimiento* tiene un lugar privilegiado y el “derecho sustancial” un lugar a la sombra. Dicho metafóricamente, tal postura no es menos que “kafkiana”<sup>454</sup>, mientras que la garantía de eficacia y efectividad del ordenamiento jurídico no tiene un verdadero lugar de interés.

La *instrumentalidad* es, con lo que se está de acuerdo con Calamandrei, el rasgo distintivo y fundamental de la *tutela cautelar*. Sin embargo, parte de la doctrina parece que se mueve en aguas salobres, con capacidad para adaptarse a diversas posturas en función del grado de salinidad de los argumentos que se le pongan.

La jurisprudencia, dentro de la cual puede citarse en lo que interesa la contencioso-administrativa, reconoce como necesario ese carácter instrumental; sin embargo, el abordaje

---

<sup>453</sup> Calamandrei, Piero. (2002) “Introducción al estado sistemático de las medidas cautelares”. En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (471-484). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores: p. 484.

<sup>454</sup> Franz Kafka en su novela “El Proceso” pone en palabras de un sacerdote dirigiéndose al personaje principal procesado (Joseph K) lo siguiente, casi como definiendo el *periculum in mora*: “—Te confundes con los hechos - dijo el cura-. La sentencia no viene de golpe; el procedimiento conduce a ella poco a poco” (Subrayado es suplido. Kafka, Franz. (2015) *La Metamorfosis y El Proceso*. México: Editorial Porrúa S.A.: p. 256.

gira en torno a la postura tradicional: la instrumentalidad no es del proceso, sino de la sentencia o acto final. El fragmento de interés es el siguiente: “(...) *la instrumentalidad lo que significa es que guardan una marcada relación de accesoriadad con la sentencia final, pues en definitiva, sirven de instrumento para mantener la vigencia del objeto del proceso en los términos planteados (...)*”<sup>455</sup> (Subrayado es suplido).

Según la propuesta analítica de este trabajo, no es posible entender que la tutela cautelar es un instrumento del instrumento, porque ello implica desconocer, bajo el eufemismo de “tutela mediata”, la verdadera razón del proceso, que no es más que aplicar el ordenamiento jurídico para procurar o recomponer el orden social.

El acto final es solo otra resolución en función del mismo objeto del procedimiento y cuyo fin es el mismo que el del procedimiento: aplicar el ordenamiento jurídico para procurar orden social. Sobre esto se hace eco de la postura de Eduardo García de Enterría, quien hace más de treinta años insinúa el verdadero *objetivo* de la *tutela cautelar*, cuando con ocasión de un comentario de sentencia emitido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, analiza las medidas cautelares positivas, al respecto explica:

*Pero es muy importante también lo que [el Tribunal] añade, a continuación, para eludir el argumento habitual de que la solvencia de la Administración garantizaría en todo caso una indemnización si la medida cautelar no se adopta y el actor ganase el pleito en el fondo (argumento ya combatido en su tiempo por la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional de 1956, vigente). Dice: «el **contenido normal de aquel derecho** [derecho fundamental a la tutela cautelar] demanda que **la protección judicial opere precisamente sobre los derechos e intereses que son objeto del litigio**, posibilitando, al final de este, el disfrute de esos mismos derechos e intereses y no una indemnización equivalente en sustitución de ellos impuesta por su desaparición o menoscabo durante el proceso». Deducción impecable, llena de rigor lógico, y que robustece aún más, por su carácter específico o in natura, el contenido del derecho fundamental (recién descubierto por la lucidez de la jurisprudencia) a la tutela cautelar (Negrita y subrayado son suplidos)<sup>456</sup>.*

---

<sup>455</sup> Tribunal Contencioso Administrativo. Sentencia No. 2752 del 29 de noviembre del 2017. Sentencia No. 2199 del 29 de setiembre del 2016. Sentencia No. 2150 del 23 de setiembre del 2016. Sentencia No. 563 del 11 de marzo del 2016. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 541 del 11 de noviembre del 2015. Sentencia No. 542 del 11 de noviembre del 2015. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

<sup>456</sup> García de Enterría, Eduardo. (1991) “Nuevas medidas cautelares ‘positivas’: la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 126 (297-307): pp. 300-301. Disponible en: <<http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=-aWQ9MjM3NzMmaWRIPTEwMzcmaXJsPTEmbMfTzT0xOTkxXzEyNI8yOTcuUERGJmZpbGU9MThk5MV8xMjZfMjk3LIBERiZ0YWJsYT1BcnRpY3VsbyZjb250Z>>



El comentario del autor respalda un criterio judicial y es claro en no reducir el objeto del proceso únicamente a las pretensiones, sino redimensionarlo a “los derechos e intereses”, propuesta que debe pesarse según el tipo de proceso de que se trate. En el caso del proceso civil, por ejemplo, cobra mayor peso el principio dispositivo, por lo que no se trata de ampliar indiscriminadamente el objeto del proceso, sino de dimensionarlo según lo pedido por las partes.

Pero en el caso del procedimiento administrativo, el *objeto* no solo está delimitado por lo que la Administración ordene y lo que el administrado oponga a lo ordenado, sino que va más allá al incluir siempre el interés público específico sobre el que recae la decisión administrativa.

El fragmento de cita es consonante con el abordaje aquí propuesto, ya que no subordina la medida cautelar a la resolución final, como “instrumento del instrumento”, sino que la ubica como un “mecanismo de protección del objeto del proceso”, de manera tal que al final del procedimiento, la parte que tenga razón pueda hacer efectivas las normas jurídicas que amparan sus derechos, con lo cual el ordenamiento jurídico está siendo aplicado eficaz y efectivamente sobre la realidad social de la cual surge el procedimiento.

En relación con el segundo propósito de análisis. La insuficiencia con que es construida la *tutela cautelar*, más por timidez procesal, que por rigurosidad técnica, deja abierto el portillo para que, de la misma causa (sea la protección del objeto del proceso), surjan otros mecanismos procesales similares a la tutela cautelar, pero solo diferenciados en que no pueden ser justificados por los mismos postulados clásicos. Algo de este asunto es explicado por Luiz Guilherme Marinoni, en el contexto del proceso civil brasileño:

*La doctrina que no consigue percibir la distinción entre la tutela anticipatoria y la tutela cautelar, no solo finge desconocer la realidad normativa brasileña, que trata específicamente de la tutela anticipatoria en el artículo 273 del Código de Proceso Civil, sino que también se somete, de forma inexplicable, a los conceptos elaborados por la doctrina italiana más antigua, que justamente porque vivía bajo la égida de otra realidad normativa, marcada sobre todo por el principio nulla executio sine titulo, era compelida a atribuir naturaleza cautelar a toda y cualquier tutela que, para eliminar un peligro de daño irreparable o de difícil reparación, fuese concedida antes de la finalización del proceso de conocimiento (Subrayado es suplido)<sup>457</sup>.*

---

W50PWFwcGxpY2F0aW9uL3BkZg> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Ver en el mismo sentido: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección I. Auto del 14 de octubre de 1991. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/03b2a9e7cb644c03/20150804>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Para mayor detalle consultar: Bacigalupo, Mariano. (1999) *La tutela cautelar en el contencioso-administrativo*. Madrid: Marcial Pons: pp. 29-48.

<sup>457</sup> Marinoni, Luiz Guilherme. (2002) “Tutela anticipatoria”. En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (403-413). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores: p. 406.

El autor critica que la doctrina del derecho procesal fuerce la interpretación, de manera tal que se logre amoldar cualquier medida que anticipe la tutela del derecho material a los moldes clásicos de la *tutela cautelar*. La crítica es compartida, sin embargo, debe agregarse que el problema está justamente en la interpretación, ya que, por el contrario, la solución no debe provenir únicamente de la *interpretación* de la ley procesal, sino al menos de otras dos vías: por un lado, la *regulación* normativa expresa, como en el caso de Brasil, contempla directamente el instituto de tutela anticipatoria en su legislación procesal civil, o bien, del lado dogmático, ya no por interpretación extensiva de dudosa procedencia, sino por *creación doctrinal* rigurosa e innovadora.

La diferencia entre la tutela anticipatoria y la tutela cautelar existe y se acentúa porque todavía siguen vigentes los postulados clásicos de la doctrina procesal sobre la tutela cautelar. De manera tal que, todo lo que se distancie de la literalidad de la ley procesal que regula las medidas cautelares no puede llamarse *medida o tutela cautelar*, aun cuando su propósito sea el mismo. Las diferencias, más que doctrinales, son *de facto*, por contrastar pura y simplemente con los modelos clásicos aún vigentes.

Sin pretender agotar la cuestión en este apartado, por su amplitud y carácter controversial, debe dejarse claro que el propósito es señalar que la *tutela cautelar* es en su mínima y básica expresión *una justicia a medio venir*<sup>458</sup>, basada en la apariencia de buen derecho que da origen al proceso y en la prudencia necesaria para que la provisión cautelar no haga nugatorio el derecho de la contraparte si se declarara sin lugar lo solicitado.

El calificativo “cautelar” refiere de manera diáfana a aquello que es “preventivo”<sup>459</sup>, en el contexto procesal implica prevenir que el resultado del proceso se inutilice por haberse transformado su *objeto*. El actuar preventivo no puede ser sino sobre el objeto del proceso, cuya transformación pone en riesgo la eficacia y efectividad del resultado futuro.

---

<sup>458</sup> Sobre esto y considerando que la tutela cautelar es un contenido implícito del poder público, sea manifestado como potestad jurisdiccional o administrativa, Carmen Chinchilla Marín señala: “*La tutela cautelar no es una función distinta a la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado sino que es el ejercicio mismo de esa potestad jurisdiccional extendido a la ejecutividad de los actos administrativos.*” Chinchilla Marín, Carmen. (1993) “El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 131 (167-189): p. 171. Disponible en: <<http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjM4NzAmaWRIPTEwMzcmaXJsPTEmbmFtZT0xOTkzXzEzMV8xNjUuUERGMjZpbGU9MTk5M18xMzFfMTY1LIBERiZ0YWJsYT1BcnRpY3VsbyZjb250ZW50PWFwcGxpY2F0aW9uL3BkZg>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>459</sup> Real Academia Española (2019). *Diccionario de la Lengua Española. Edición del Tricentenario*. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=DglqVcc>. Accedido el 31 de julio del 2019. | Real Academia Española. (2017) *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Volumen I. Madrid: Santillana Educación S.L.: p. 417.

Eduardo García de Enterría a partir del principio de Chiovenda, ya no reducido únicamente a la duración del proceso, sino ampliado a su efectividad, explica lo siguiente:

*(...) esta nueva doctrina se está articulando resueltamente como la dispensa de una tutela provisional e inmediata a quien es capaz de exhibir inicialmente una “apariencia de buen derecho” o *fumus boni iuris*, tutela sin fuerza de cosa juzgada, como es natural, y a reserva de la ulterior sentencia sobre el fondo, pero que en la práctica viene con toda referencia a facilitar (...) la eliminación de un buen número de recursos abusivos o inútiles, en los que aparece una verdadera “perversión del proceso” convertido de hecho en un instrumento de la injusticia<sup>460</sup>.*

El contenido básico de la *tutela cautelar* es suficientemente amplio para justificar diversas formas de prevención o cautela, claro está, regulando sus límites legales para evitar abusos del derecho y ejercicios abusivos del poder público. Pero en todo caso, es la posición canonista tradicional la que fuerza que toda idea de tutela preventiva no ajustada a tales cánones, deba ser tratada de manera distinta a la *tutela cautelar*, llegando en algunos casos a constituirse en institutos distintos, como las medidas con carácter autónomo, entre otros casos<sup>461</sup>.

**d.2. Provisionalidad.** La *provisionalidad* implica delimitación temporal de los efectos cautelares. Se concuerda con Calamandrei que no se trata de una simple temporalidad, sino de una interinidad, es decir, los efectos duran mientras no llegue otro efecto con vocación de permanencia<sup>462</sup>. Esta característica está directamente relacionada con las otras dos, sea con la *instrumentalidad* en la medida en que los efectos cautelares son *provisionales* mientras no sobrevenga una aplicación definitiva de ordenamiento jurídico mediante la decisión final y, por

---

<sup>460</sup> García de Enterría, Eduardo. (1991) “Nuevas medidas cautelares ‘positivas’: la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 126 (297-307): pp. 298-299. Disponible en: <[http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjM3NzMmaWRIPTEwMzcmdXJsPTEmbmFtZT0xOTkxXzEyNI8yOTcuUERGJmZpbGU9MTk5MV8xMjZfMjk3LIBERiZ0YWJsYT1BcnRpY3VsbyZjb250ZW50PWFwcGxpY2F0aW9uL3BkZg](http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjM3NzMmaWRIPTEwMzcmdXJsPTEmbmFtZT0xOTkxXzEyNI8yOTcuUERGJmZpbGU9MTk5MV8xMjZfMjk3LIBERiZ0YWJsYT1BcnRpY3VsbyZjb250ZW50PWFwcGxpY2F0aW9uL3BkZg>)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>461</sup> De ahí que exista todavía controversia de si otras formas de prevención de la eficacia y efectividad del proceso o procedimiento son, en verdad, parte o no de la *tutela cautelar*, ahora bajo la égida de la *tutela de urgencia*, y específicamente, la controversia de si son procesos autónomos o accesorios. Sobre esto se dice: “se debate, en realidad, un problema de mayor enjundia cual es el del reconocimiento de un derecho sustantivo a la tutela cautelar en el proceso. Entiendo que el derecho a la tutela cautelar no es un derecho distinto al de la tutela judicial efectiva (...) del debate doctrinal acerca de si hay un proceso cautelar distinto y autónomo del juicio declarativo y del ejecutivo, o, si, por el contrario, no es más que una fase instrumental de ambos procesos, la tesis más acertada es, en mi opinión, la de considerar al proceso como una unidad de la que la tutela cautelar, la cognición o declaración y la ejecución son las diversas etapas”. Chinchilla Marín, Carmen (1992) “La tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, No. 7; citada por: López Camacho, Álvaro. (2012) *Medidas Cautelares. En el Código Procesal Contencioso Administrativo*. Heredia: Corte Suprema de Justicia – Escuela Judicial Édgar Cervantes Villalta: p. 121. Disponible en: <<https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Medidas%20Cautelares.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>462</sup> Calamandrei, Piero. (2002) “Introducción al estado sistemático de las medidas cautelares”. En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (471-484). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores: p. 475.

otro lado, con la *flexibilidad*, debido a la contingencia de las circunstancias sobre las que se ordena una *medida cautelar*, por referencia a la duración de los fenómenos de riesgo que inciden sobre el objeto del procedimiento<sup>463</sup>.

La *provisionalidad* no está relacionada únicamente con la sentencia o acto final<sup>464</sup>, antes bien, la provisionalidad surge de la necesidad de protección, de modo que la protección dura lo que dure la *exposición* del objeto del proceso frente a fenómenos de riesgo, mientras la protección final no llegue a ser efectiva. Es por ello que se justifica la posibilidad de emitir medidas cautelares *ante causam* o anticipativas, como también en fase recursiva o en fase de ejecución de la decisión final. En este sentido lo afirma Ovidio Baptista Da Silva, citado por Carlos Picado Vargas, al decir que:

*La tutela cautelar es temporal: a) porque debe durar en cuanto permanezca la situación de peligro a la que se está expuesto el interés tutelado (...) b) El procedimiento cautelar igualmente debe ser temporal en el sentido de que la sentencia cautelar jamás podrá adquirir la indiscutibilidad que convierte en permanente la cosa juzga material*<sup>465</sup>.

A nivel puramente formal, la *provisionalidad* siempre es intermedia entre la resolución que ordena la *medida cautelar* y cualquier otro suceso que ponga fin al procedimiento de manera definitiva (típicamente el acto final), esta interinidad entre *resolución interlocutoria* (de medida cautelar) y *resolución o acto final* no se justifica como típicamente se entiende la *instrumentalidad* (instrumento del instrumento), sino porque anticipa la protección de manera provisional. Algo similar explica la jurisprudencia contencioso-administrativa<sup>466</sup>.

---

<sup>463</sup> Ver en el mismo sentido: López Camacho, Álvaro. (2012) *Medidas Cautelares. En el Código Procesal Contencioso Administrativo*. Heredia: Corte Suprema de Justicia – Escuela Judicial Édgar Cervantes Villalta: p.119. Disponible en: <<https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Medidas%20Cautelares.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>464</sup> Sobre este aspecto Piero Calamandrei señala: “*La provisoriedad de las providencias cautelares sería, pues, un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y los de la providencia subsiguiente (definitiva), el inicio de los cuales señalaría la cesación de los efectos de la primera*” (Subrayado es suplido). Calamandrei, Piero. (2002) “Introducción al estado sistemático de las medidas cautelares”. En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (471-484). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores: p. 475.

<sup>465</sup> Baptista Da Silva, Ovidio (2001) *Do Processo Cautelar*. 3ª Ed. Río de Janeiro: Editora Forense: pp. 86-87; citado por Picado Vargas, Carlos (2015) *Manual de Medidas Cautelares*. 1ª Ed. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.: p. 87.

<sup>466</sup> “(...) *provisionalidad, que no es otra cosa que lo acordado respecto de la cautelar, se mantendrá en vigencia y condicionado a lo que se resuelva en el proceso de fondo. (...) su eficacia se agota al momento de dictarse la sentencia de mérito, o lo que es lo mismo tiene efectos supeditados a la disposición adoptada en el proceso principal*”. Tribunal Contencioso Administrativo. Sentencia No. 2752 del 29 de noviembre del 2017. Sentencia No. 2199 del 29 de setiembre del 2016. Sentencia No. 2150 del 23 de setiembre del 2016. Sentencia No. 563 del 11 de marzo del 2016. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 541 del 11 de noviembre del

En ese sentido, bien lo señala Calamandrei al decir que “*la provisionalidad de las providencias cautelares no tiene, en cambio, conexión con el modo de formación de la providencia [de mérito, de fondo o final]*”<sup>467</sup>, de modo que los efectos temporales de la medida cautelar no deben ser vistos como andamio de la sentencia o acto final.

La *provisionalidad* permite valorar el componente de *gestión del riesgo*, esto es mediante el concepto de *exposición*. Debe recordarse que la *exposición* es un referente y no propiamente un factor del riesgo. El objeto del procedimiento o alguno de sus componentes pueden estar *expuestos* a riesgos, sea por incidencia directa de *amenazas o peligros* y por la especial *vulnerabilidad* que lo condicione. La *exposición* viene a determinar la *duración* de la incidencia de la amenaza y la vulnerabilidad sobre el objeto del procedimiento o sus componentes. Dicho de otra manera, mientras haya *exposición* el riesgo está activamente afectando el objeto procesal.

El concepto de *exposición* adquiere relevancia práctica si se considera que una *situación real de riesgo* se configura, como se dijo en el Capítulo Primero, al menos por tres motivos: 1) preexistencia de un elemento en riesgo y sobrevivencia de un factor de riesgo; 2) preexistencia de un factor de riesgo y sobrevivencia de un elemento en riesgo y 3) concurrencia de elementos en riesgo y factores de riesgo.

En primer lugar, el *objeto del procedimiento* constituye una *situación real de riesgo* compuesta por relaciones entre sujetos, objetos, hechos y actos. En segundo lugar, ese *objeto* visto bajo la fenomenología jurídica del riesgo, permite comprender esa *situación real* en una *situación jurídica compleja de riesgo*, en la medida en que alguna de las relaciones entre dichos elementos (sujetos, objetos, hechos y actos) pueda constituirse con un *elemento en riesgo* por estar *expuesta a un factor de riesgo*.

Verificado alguno de esos tres momentos en que se configure una *situación real de riesgo*, vista *sub specie iuris* como *situación jurídica compleja de riesgo*, se justifica el proceder de la *tutela cautelar*, por existir un fenómeno de riesgo que incide sobre el *objeto del procedimiento*. Mientras exista esa *exposición* (provisionalidad), es posible mantener en el tiempo los efectos cautelares ordenados.

Las medidas cautelares *ante causam* son permitidas, precisamente, porque las circunstancias fáctico-jurídicas que podrían constituir el *objeto del procedimiento* ya se encuentran *expuestas* a un fenómeno de riesgo, aun cuando el procedimiento no se inicia. Estas medidas anticipativas son evidencia fuerte para justificar que el *objetivo* de la *tutela cautelar* es proteger el *objeto* del procedimiento, aunque este sea potencial y no

---

2015. Sentencia No. 542 del 11 de noviembre del 2015. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>>  
Accesado el: 14 de octubre del 2018.

<sup>467</sup> Id., p. 478.

exclusivamente proteger al proceso de sí mismo, como se propone de larga *data*. A este respecto, la medida cautelar está orientada por una protección anticipada del objeto y no necesariamente por un *perigo en la demora*.

**d.3.- Flexibilidad.** Esta característica también es conocida como *variabilidad*, *mutabilidad* y algunos también la denominan *fungibilidad*<sup>468</sup>. Se encuentra relacionada con la *provisionalidad*. La *variabilidad* lo es de las circunstancias fáctico-jurídicas que integran el objeto del procedimiento, por lo que la tutela cautelar debe responder con *flexibilidad*, *so pena* de tornarse ineficaz e inefectiva, como podría ocurrirle al ordenamiento jurídico que se aplicaría definitivamente mediante la decisión final, si no se adopta este tipo de medidas. Piero Calamandrei explica la *variabilidad* de la siguiente manera:

*(...) las medidas cautelares, como providencias que dan vida a una relación continuativa, construida, por decirlo así, a medida, por el juez, según las exigencias del caso particular valorado, pueden estar sujetas, aun antes de que se dicte la providencia principal, a modificaciones correspondientes a una posterior variación de las circunstancias concretas, todas las veces que el juez, a través de una nueva providencia, considere que la medida cautelar inicialmente ordenada no está ya adecuada a la nueva situación de hecho creada durante ese tiempo*<sup>469</sup> (Subrayado es suplido).

El razonamiento que justifica la posibilidad de modificar una medida cautelar por variación de las circunstancias es, por paridad de razón, el mismo que sustenta la necesidad primigenia de emitir estas medidas en aras de garantizar la eficacia y efectividad del ordenamiento jurídico que deba ser aplicado sobre el *objeto* del procedimiento a través de la decisión final. *Contrario sensu*, la decisión final, en ese caso, “no está ya adecuada a la nueva situación de hecho creada durante ese tiempo [duración del procedimiento]”. Por esta razón, además, se justifica la posibilidad de que la *tutela cautelar* pueda anticipar la tutela final, aunque de manera provisional. Giuseppe Tarzia, haciendo un análisis de la propia doctrina italiana, explica que las medidas cautelares tienen las siguientes funciones:

*a) Una función de **conservación** de la situación, de hecho o de derecho; b) una función de **regulación provisoria** de la situación, mediante proveimiento innovativos destinados a durar aun ello, hasta el logro de la tutela ordinaria y c) una **función anticipatoria** (en todo o en parte) de los efectos del proveimiento definitivo*<sup>470</sup> (Negrita es suplida).

---

<sup>468</sup> Picado Vargas, Carlos (2015) *Manual de Medidas Cautelares*. 1ª Ed. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.: pp. 88-89.

<sup>469</sup> Calamandrei, Piero. (1984) *Providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina: p. 89.

<sup>470</sup> Tarzia, Giuseppe. (2002) “La tutela cautelar”. En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (485-496). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores: pp. 489-490.

La respuesta jurídica flexible frente a la variabilidad de circunstancias es factible por la posibilidad de modificar el contenido de las medidas cautelares originalmente concedidas, lo cual se sustenta en el principio *rebus sic stantibus*<sup>471</sup>. Piero Calamandrei señala que la resolución que ordena o rechaza una medida cautelar no es “una declaración de certeza” de la intensidad de la cosa juzgada material, sino más bien genera “una relación jurídica nueva (relación cautelar), destinada a vivir y por tanto a transformarse si la dinámica de la vida lo exige”<sup>472</sup>. Esta característica de la *tutela cautelar* es la que da cuenta de su eficacia de cosa juzgada formal, por ser resultado, además, de un esquema procedimental de *summaria cognitio*.

La variabilidad solo tiene relevancia si se responde con flexibilidad, esto es porque se trata de un problema de *eficacia jurídica*. La variabilidad de las circunstancias fácticas hace que el supuesto de hecho normativo no pueda ser aplicado y, en consecuencia, el riesgo de *ineficacia e ineffectividad* del ordenamiento jurídico a aplicarse sobre el objeto del proceso sea altísimo, por no decir irremediable en algunos casos. De ahí que su eficacia sea de cosa juzgada formal, si se quiere tal denominación. Ernesto Jinema explica:

*La medida cautelar produce un efecto vinculante mientras no se alteren los presupuestos que fundaron la resolución, ahora bien, una vez alteradas las condiciones o presupuestos, deja de producirse el mismo. No existe ninguna contradicción en reconocerle a la medida cautelar efectos de cosa juzgada, dentro de los límites indicados, siempre que descansa sobre idénticos presupuestos, esto es, en la misma causa petendi, no obstante, si ésta varía existen motivos suficientes para modificar o revocar la medida*<sup>473</sup>.

La variabilidad de las circunstancias es un fenómeno cotidiano en el Derecho, pero la flexibilidad no. De ahí que el instituto de la *tutela cautelar* sea especialmente relevante para este trabajo, considerando que el problema de investigación surge de ahí mismo, sea de la *variabilidad de circunstancias*. Consecuentemente, la hipótesis plantea que la *tutela cautelar*, por su *flexibilidad*, viene a constituir un instrumento adecuado para la gestión del riesgo y con ello garantizar, en lo posible, que las circunstancias fácticas no se transformen de tal manera que hagan impracticable la aplicación del ordenamiento jurídico, en este caso, las normas de un *Plan Regulador*.

En el seno de cualquier procedimiento administrativo derivado de la aplicación de las normas de un *Plan Regulador*, es posible emitir *medidas cautelares* cuyo contenido sea *gestionar los riesgos* que inciden sobre el objeto del procedimiento administrativo. De tal modo

---

<sup>471</sup> Proviene del latín y en español significa: “manteniéndose o continuando así las cosas”. Garrone, José Alberto. (2004) *Diccionario Manual Jurídico Abeledo-Perrot*. 2ª Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A.: p. 636.

<sup>472</sup> Calamandrei, Piero. (1984) *Providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina: p. 90.

<sup>473</sup> Id., p. 113.

que la ulterior aplicación de las normas sea posible, más aún, se mantenga su eficacia y se garantice su efectividad.

Los fenómenos de riesgo son por naturaleza inciertos, lo que hace que la toma de decisiones de las personas afectadas o potencialmente afectadas puedan alterar los *factores* de los que depende ese riesgo, sea aumentando la magnitud de las amenazas o creando nuevas, o bien, intensificando las vulnerabilidades o generando nuevas.

La *variabilidad de circunstancias* es el terreno sobre el que se construye la *complejidad del riesgo*, lo que Ulrich Beck denomina *deslocalización* del riesgo. Esa deslocalización es espacial y social, es decir, los efectos de un fenómeno de riesgo pueden no estar localizados, pero no por ello dejan de incidir sobre la realidad. La deslocalización social refiere al cúmulo inextricable de relaciones de causalidad que inciden, proporcionalmente, sobre un riesgo, eso sí, sin tener certeza exacta de cuál es esa proporción, lo que los convierte además en *incalculables* en algunos casos y sus efectos materiales en *incompensables*.

Frente a tal escenario solo es posible un abordaje flexible, abierto, contingente que pueda ser modificado sobre la marcha, conforme muta el fenómeno de riesgo en gestión. Las *medidas cautelares* se constituyen frente a un escenario así como necesarias e idóneas. La *variabilidad* es un ejercicio de *diagnóstico de la realidad*, por tanto, ocurre en el plano fáctico. Esto quiere decir que el operador jurídico deberá identificar al menos lo siguiente:

1. **Punto de referencia inicial:** determinado por la existencia de un *fenómeno de riesgo (situación real de riesgo)*. Sea por 1) preexistencia de un elemento en riesgo y sobreviniencia de un factor de riesgo; 2) preexistencia de un factor de riesgo y sobreviniencia de un elemento en riesgo y 3) concurrencia de elementos en riesgo y factores de riesgo. Esto puede ser antes del procedimiento, durante, con el acto final, en fase recursiva o en ejecución.

2. **Primera resolución cautelar:** primer acto administrativo que concede o deniega una medida cautelar según la configuración fáctica de circunstancias consideradas al momento del *punto de referencia inicial*. El contenido de la medida cautelar está vinculado con a *situación jurídica compleja de riesgo*, construida a partir de la *situación real de riesgo* valorada.

3. **Ejecución de la primera resolución cautelar:** la Administración Pública ordena ejecutar materialmente la medida cautelar, a fin de gestionar la situación jurídica compleja de riesgo que constituye el *objeto* del procedimiento.

4. **Inicio del procedimiento:** actuación formal de la Administración Pública, aunque sea preliminar, que evidencie el momento cierto en que se requiere la actuación pública para garantizar determinado asunto o fin público específico, sea de oficio o a gestión de parte. Si el punto de referencia es *ante causam*, entonces, este funge como parámetro para valorar la *aparición de buen derecho* posterior, una vez iniciado el procedimiento



administrativo, puesto que se tiene mayor información sobre su *objeto*. Esta valoración puede generar una revisión de la necesidad de la *medida cautelar*.

5. **Circunstancias sobrevinientes:** cualquier sujeto, objeto, hecho o acto que incida sobre el *objeto* del procedimiento y lo altere o pueda alterar (*variación de la situación real de riesgo*). Estas circunstancias deben ser analizadas como *fenómenos de riesgo*, a fin de determinar si existe algún grado de *variación de la situación real de riesgo* que originó las medidas cautelares ya ordenadas u originalmente rechazadas.

6. **Revisión de las cautelares ordenadas:** a pesar de que la medida cautelar se aplica sobre una situación jurídica compleja de riesgo, la variabilidad de las circunstancias ocurre a nivel fáctico, por lo que alteran la *situación real de riesgo*. En tal caso, si las circunstancias sobrevinientes alteran esa situación real, se impone como necesario variar la situación jurídica compleja de riesgo, es decir, a través de la modificación de las *medidas cautelares*.

7. **Fin del procedimiento** (fase de eficacia jurídica): típicamente ocurren mediante un acto administrativo final, sujeto a impugnación, cuyo contenido es la voluntad oficial de la Administración Pública de aplicar el ordenamiento jurídico de determinada manera sobre el *objeto* del procedimiento. El contenido del acto final puede o no coincidir con el contenido de las *medidas cautelares* ordenadas previamente. Sin embargo, la diferencia radica en la eficacia definitiva del acto final. Si el acto final es impugnado, el ejercicio de diagnóstico de variabilidad se repite, para valorar la necesidad de la medida cautelar mientras se resuelve la impugnación.

8. **Ejecución de la decisión administrativa** (fase de efectividad): la ejecución material de la decisión debe ser idónea y suficiente para que el ordenamiento jurídico se tenga por aplicado y que la realidad social de la que surgió el procedimiento se tenga por incidida. A este punto, la variabilidad de las circunstancias no afecta la eficacia y efectividad del ordenamiento jurídico a aplicarse por medio del acto administrativo final, puesto que dicha variabilidad es debidamente *gestionada* por la *flexibilidad* de las medidas cautelares.

9. **Vía judicial.** Los pasos anteriores se pueden aplicar de manera analógica en sede jurisdiccional.

La *variabilidad de circunstancias* implica analizar temporalmente (antes y después de una transformación) el estado de los elementos que componen el objeto del procedimiento. Ese análisis, además, es cuantitativo y cualitativo, puesto que implica alteraciones de intensidad en las amenazas y vulnerabilidades, o bien, suponer la existencia de nuevos factores de riesgo. La variabilidad de circunstancias supone, como se vió en el Capítulo Primero, la transformación de una *situación real de riesgo*.

**d.4.- Summaria cognitio.** Se trata de una característica que define su *naturaleza jurídico-procesal*. Este carácter es compartido con otro tipo de institutos procesales de la llamada *tutela sumaria* o de *urgencia*<sup>474</sup>. Sin afán de entrar en detalles, la *tutela cautelar* se manifiesta a través de un *procedimiento cautelar accesorio* al procedimiento o proceso *principal*<sup>475</sup>.

Ese *procedimiento cautelar* sigue la forma indicada por la ley procesal y se desarrolla paralelamente al proceso principal. Tomando como modelo el esquema legal establecido por el Código Procesal Contencioso-Administrativo, Ley No. 8505, el proceso cautelar puede iniciar anticipadamente, pero sujeto a un plazo de caducidad para el inicio del proceso principal<sup>476</sup>, puede iniciar con una medida *inaudita altera parte*, cuya audiencia es realizada luego de concedida la medida<sup>477</sup>, o bien, iniciar en cualquier otra fase del proceso principal, para lo cual se hace necesaria la realización de una audiencia<sup>478</sup> y, eventualmente, la fijación de una contrautela<sup>479</sup>. La resolución que rechace u ordene la medida, además, es impugnabile<sup>480</sup>. Se trata de un proceso cautelar paralelo, pero no se lleva en expediente, legajo o pieza separada. Tampoco se trata de un proceso de tipo incidental.

En sede administrativa, las medidas cautelares no cuentan con un régimen jurídico general que establezca un esquema procedimental básico. En todo caso, cualquier *resolución* con la que se deniegan, conceden, modifican o revocan es *interlocutoria*, es decir, un *acto administrativo de trámite con efecto propio*<sup>481</sup> e impugnabile sin efecto suspensivo<sup>482</sup>, salvo decisión en contrario.

---

<sup>474</sup> Jinesta Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: p. 123.

<sup>475</sup> Sobre esto, Álvaro López señala: "(...) ciertamente nos inclinamos en un principio a tomar posición sobre la naturaleza de a tutela cautelar como un proceso en sí, sumario al fin, pero proceso (...)". López Camacho, Álvaro. (2012) *Medidas Cautelares. En el Código Procesal Contencioso Administrativo*. Heredia: Corte Suprema de Justicia – Escuela Judicial Édgar Cervantes Villalta: pp. 35-36. Disponible en: <<https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Medidas%20Cautelares.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Por su parte, Carlos Picado señala: "Nuestra tesis radica en afirmar que las medidas cautelares no son autónomas sino un procedimiento accesorio de un juicio principal, siguiendo la orientación de conocidos tratadistas como Podetti; Carnelutti, Eduardo N. de Lazzari, Norberto J. Novellino, Martínez Votos y Alvarado Velloso, entre muchos otros". Picado Vargas, Carlos (2015) *Manual de Medidas Cautelares*. 1ª Ed. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.: p. 48.

<sup>476</sup> Artículo 26 del Código Procesal Contencioso Administrativo. El plazo de caducidad de los efectos de la medida *ante causam* es de 15 días hábiles.

<sup>477</sup> Se trata de una medida cautelar "en casos de extrema urgencia". La audiencia se verifica por tres días luego de la resolución que la concede. Ver artículo 25 del Código Procesal Contencioso-Administrativo.

<sup>478</sup> Cuando la medida cautelar sea ordinaria, es decir, que no se *inaudita altera parte*, con independencia de si se solicita antes o durante el proceso o en fase de ejecución, es necesario realizar una audiencia, regulada en el artículo 24 del Código Procesal Contencioso-Administrativo.

<sup>479</sup> La contracautela o caución es facultativa. Artículos 25 y 28 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

<sup>480</sup> La resolución que resuelva sobre la contracautela, como aquella que resuelva en definitiva sobre una medida cautelar es *apelable* sin efecto suspensivo ante el Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso-Administrativo. Ver artículos 28 inciso 2) y 30 del Código Procesal Contencioso-Administrativo.

<sup>481</sup> Ver artículo 163 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública.

<sup>482</sup> Ver artículo 148 de la Ley General de la Administración Pública.

El carácter de *summaria cognitio* alude a un *conocimiento mínimo y preliminar* a obtener mediante las necesarias, pocas y suficientes diligencias procesales (sumariedad). Ese *conocimiento es mínimo* ya que al momento de valorar la procedencia de dichas medidas, el *objeto procesal* no se encuentra resuelto y muchas veces tampoco “trabado”, por lo que el operador jurídico debe trabajar con la información que a ese momento exista. Por otra parte, es *preliminar* debido a que el operador jurídico no puede prejuzgar sobre la razón que le asiste a quien pide las medidas o a aquel contra quien se ordenan, aun cuando anticipen provisionalmente, sea total o parcialmente, la tutela final. La *summaria cognitio* refiere a la sencillez del procedimiento y al carácter preliminar de la decisión.

*Sumariedad* es sencillez procesal. Esto es así porque el esquema procedimental debe ser mínimo, celer y suficiente para hacer frente a un fenómeno inminente y contingente. El contenido de ese *conocimiento mínimo y preliminar* está conformado por la información proporcionada por el análisis y verificación de los *presupuestos procedimentales* para la procedencia de una medida cautelar, que se estudia a continuación.

#### **e. Presupuestos procedimentales para la procedencia de medidas cautelares: evaluación del riesgo.**

Las *características estructurales* de las medidas cautelares son los rasgos diferenciadores respecto de otros institutos procesales, pero los *presupuestos procedimentales* son para determinar su procedencia o rechazo. Mientras que las primeras dan cuenta de su estructura, los segundos son criterios para su operación.

Nuevamente, debe indicarse que los *presupuestos procedimentales* son esenciales, por lo que su verificación completa se impone como necesaria. La doctrina es estable en señalar al menos tres<sup>483</sup>: 1) *periculum in mora*, 2) *fumus boni iuris* y 3) ponderación de intereses; sin

---

<sup>483</sup> Consultar: Kielmanovich, Jorge. (2002) “Teoría del proceso cautelar”. En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (307-351). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores: pp. 315-329. | Calamandrei, Piero. (1984) *Providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina: pp. 71-85. | Jinema Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: pp. 127-156. | López Camacho, Álvaro. (2012) *Medidas Cautelares. En el Código Procesal Contencioso Administrativo*. Heredia: Corte Suprema de Justicia – Escuela Judicial Édgar Cervantes Villalta: pp. 138-198. Disponible en: <<https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Medidas%20Cautelares.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | López González, Jorge. (2014) *Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense. Volumen I*. 1ª Ed. San José: ISOLMA: pp. 250-251. | Artavia Barrantes, Sergio (2015) *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. 1ª Ed. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.: pp. 330-333. | Picado Vargas, Carlos (2015) *Manual de Medidas Cautelares*. 1ª Ed. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.: pp. 69-82. | Ribeiro de Almeida, Ursula. (2014) *Tutela de urgência no direito ambiental: instrumento de efetivação do princípio da precaução*. Tesis para optar por el grado de Maestría, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: pp. 26-27. Disponible en: <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-09022015-163958/publico/Ursula\\_Ribeiro\\_de\\_Almeida\\_dissertacao.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-09022015-163958/publico/Ursula_Ribeiro_de_Almeida_dissertacao.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

embargo, como es usual en el Derecho, existen más o menos presupuestos, según la escuela jurídica de la que provengan y según la legislación que los imponga.

En este apartado se analizan tales presupuestos en relación con la fenomenología jurídica del riesgo descrita en el Capítulo Primero de este trabajo. Para ello, se parte de la idea que entraña la hipótesis de investigación: la *tutela cautelar* es un instrumento o mecanismo de gestión del riesgo.

**e.1. Riesgo sobre el objeto procesal o *periculum in mora*: evaluación del riesgo.** En virtud de la *instrumentalidad*, el *objeto* del *procedimiento* o *proceso* es el mismo que el de la *tutela cautelar*, la diferencia es que el *procedimiento* resuelve el *objeto* por la aplicación definitiva del ordenamiento jurídico, mientras que la *tutela cautelar* únicamente anticipa provisionalmente la protección para garantizar la *eficacia* y *efectividad* del ordenamiento jurídico a ser aplicado finalmente. Por esa razón lo protegido con las *medidas cautelares* no es el proceso o *procedimiento*, sino su *objeto*.

Esta sutil distinción, clara algunas veces, no se desprende de la formulación tradicional del *periculum in mora*. La postura tradicional basa el análisis de este presupuesto sobre una instrumentalidad errónea, construida por el intercambio de los elementos de la relación de accesoriadad. Esto es que, como se dijo anteriormente, dicha relación se establece entre la resolución cautelar (accesoria) y la resolución final (principal), cuando lo correcto es que el *procedimiento* (principal) puede dar lugar a la *tutela cautelar* (accesoria). En todo caso, tanto la resolución cautelar como la final sirven al mismo proceso y al ordenamiento jurídico, por lo que la relación instrumental entre ellas no es más que un sesgo ritualista (instrumento del instrumento).

A partir de esa concepción, el motivo justificante de la *tutela cautelar* no se ubica en el *objeto* del *procedimiento*, sino en la *lentitud* del *procedimiento*. De ahí que este presupuesto siempre haya estado subordinado a la idea de la *mora procesal*, más que en el *riesgo sobre el objeto procesal*.

Tal propuesta, como se dijo, protege al proceso de sí mismo, sin ofrecer flexibilidad teórica (dogmática y legal) para admitir con normalidad la protección del objeto procesal frente fenómenos de riesgo extra-procesales. Esto último se hace por oposición a la *tutela cautelar* clásica, dando lugar a artilugios hermenéuticos, cuando no queda más que estirar el sentido de la ley, o bien, al campo libre de la invención legislativa de institutos procesales<sup>484</sup>.

---

<sup>484</sup> Con el propósito de distinguir entre las dos especies (*tutela sumaria cautelar* y *no cautelar*) del género “*tutela de urgencia o sumaria*”, Andrea Proto Pisani explica que tal distinción: “*deriva sólo de análisis estructurales -no funcionales-*, siendo el legislador libre -para satisfacer la necesidad de *tutela urgente-* de adoptar uno u otro esquema sobre la base de consideraciones de mera oportunidad (...)” Andrea Proto Pisani citado por: Jinesta

Evidencia de lo anterior se encuentra en el siguiente fragmento de la obra de Piero Calamandrei:

*(...) **no se debe identificar el periculum in mora**, que es condición típica y definitiva de las providencias cautelares, con el peligro genérico de daño jurídico, en vista del cual, en ciertos casos, la tutela jurisdiccional ordinaria puede asumir carácter preventivo (Negrita y subrayado es suplido)<sup>485</sup>.*

La propuesta analítica de este trabajo hace justamente lo contrario a lo recomendado por Piero Calamandrei. En rigor, no es que se equipara *periculum in mora* con *periculum genérico de daño*, si no que el análisis de ese presupuesto se basa sobre la noción genérica de *riesgo*, la que de por sí incluye como factor cualquier tipo de peligro o amenaza. Como se explica, el *periculum in mora* se encuentra construido sobre una falacia que: pretendiendo establecer un *todo* (riesgo) únicamente regula una *parte* (peligro en la demora). Esta falencia es insinuada, pero matizada, por el mismo Calamandrei, al decir que la “tutela preventiva”, diversa a la “cautelar”, según el autor, está justificada en un “interés” que “surge no del daño sino del peligro de un daño jurídico”<sup>486</sup>.

Esa explicación es poco rigurosa, ya que es hasta contradictoria con la propia denominación del *periculum in mora*. Calamandrei señala que la “tutela preventiva” es plenaria y definitiva, porque surge para prevenir el peligro de daño, por eso el interés relevante es el “peligro genérico de daño jurídico”. Contrariamente, sugiere que la “tutela cautelar” surge del “daño”, o por lo menos de su inminencia, es decir, de la invención de la “urgencia” como rasgo distintivo de la “tutela cautelar”, lo cual no es más que un artificio para salvar el razonamiento de base. Sobre esto último señala:

*Para aproximarse a una **noción clara** del periculum in mora es preciso dar otro paso: no basta que el interés en obrar nazca de un estado de peligro y que la providencia invocada tenga por ello la finalidad de prevenir un daño **solamente temido** [en cuyo caso se trataría de tutela preventiva, según el autor], sino que es preciso, además, que **a causa de la inminencia del peligro** la providencia solicitada tenga carácter de **urgencia**, en cuanto sea de prever que si la misma se demorase el daño temido se transformaría en daño efectivo, o se agravaría el daño ya ocurrido; de manera que la eficacia preventiva de la providencia resultaría prácticamente anulada o disminuida. (...) **Pero** para que surja el interés específico en reclamar una medida cautelar es necesario que a estos **dos elementos***

---

Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: p. 73.

<sup>485</sup> Calamandrei, Piero. (2002) “Introducción al estado sistemático de las medidas cautelares”. En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (471-484). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores: p. 479.

<sup>486</sup> Id., p. 480.

(prevención y urgencia) se añade un **tercer**, que es en el que propiamente reside el alcance característico del *periculum in mora*; esto es, **hay necesidad** de que para obviar oportunamente el peligro de daño que amenaza el derecho, la tutela ordinaria se manifieste como demasiado lenta (...)<sup>487</sup> (Negrita y subrayado son suplidos)

El fragmento es revelador, por cuanto confiesa que el *periculum in mora* presenta un sesgo ritualista, únicamente referido a la “necesaria” lentitud del procedimiento o proceso. Más aún, el planteamiento es traslúcido y deja ver la falacia sobre la que se funda, al negar como presupuesto de la *prevención o cautela* la existencia del *riesgo* como categoría genérica, siendo reducido a la *mora procesal* como motivo habilitante para decretar estas medidas. Claro está que las disidencias mostradas por las diversas y posteriores formas de cautela surgen por los límites impuestos por ese vicio, el cual se mantiene aún vigente, por lo menos nominalmente, ya que parece ser que la fórmula *periculum in mora* es inmutable.

No deja de llamar la atención que actualmente las *medidas cautelares* de contenido atípico protegen el objeto procesal de múltiples riesgos y peligros, la gran mayoría extra-procesales. Esta realidad, que casi se erige como un argumento *de facto* contra la postura dogmática clásica, no podría ser explicada a partir del planteamiento de Calamandrei, máxime si se considera lo siguiente:

*(...) no es, pues, el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria, sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podía derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario*<sup>488</sup> (Subrayado es suplido).

Aparentemente, la postura clásica no define lo que ella misma entiende por el término “peligro”, para luego distinguir, válidamente, entre “peligro en la demora” y “peligro genérico de daño jurídico”. No se sabe si esa postura los considera en una relación de género (peligro genérico) a especie (demora procesal) o como dos especies distintas de un género no especificado aún. De ahí que y respecto del fragmento anterior, no sea perceptible el rasgo que permita diferenciar el *peligro en la demora* de un simple *peligro*, o más aún, discernir entre un daño jurídico genérico y el daño jurídico “marginal” por mora procesal. Finalmente, el daño no se distingue ontológicamente por su causa. Jurídicamente, todo daño se define por el mismo principio, formulado por Ulpiano así: *alterum non laedere*<sup>489</sup>.

---

<sup>487</sup> Id., pp. 480-481.

<sup>488</sup> Id., p. 481.

<sup>489</sup> Real Academia Española. (2017) *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Volumen I. Madrid: Santillana Educación S.L.: p. 171.

La propuesta analítica de este trabajo cuenta con un instrumental teórico con el que no contaba Piero Calamandrei, de ahí que por justicia la crítica aquí hecha no le es aplicable. Sin embargo, la doctrina posterior sí pudo contar con ese instrumental sobre el *riesgo*, por lo menos para definir rigurosamente el término *peligro*.

Ernesto Jinesta Lobo define el *periculum in mora* como un “temor fundado de que la situación jurídica subjetiva resulte dañada o perjudicada grave e irreparablemente durante el transcurso del tiempo necesario para dictarse la sentencia principal”<sup>490</sup> y <sup>491</sup>. La definición es adecuada y, más bien, parece no haber surgido de la doctrina tradicional. Jinesta Lobo rescata los argumentos de Calamandrei, sobre el peligro de daño jurídico genérico, sin embargo, termina concluyendo que: “en general, **cualquier riesgo** que pueda suponer amenaza de ineffectividad es, en potencia, un posible peligro que la medida cautelar está llamada a conjurar” (Negrita su subrayado son suplidos)<sup>492</sup>.

¿Cuál es, entonces, la diferencia entre “cualquier riesgo que pueda suponer una amenaza de ineffectividad” y el “peligro de daño jurídico genérico”? La distinción es aparente y engañosa, es útil durante un tiempo, pero ya es desenmascarada.

Ernesto Jinesta lo plantea bien, aunque lógicamente no con la terminología empleada en este trabajo, basada en la técnica de la gestión del riesgo: el *riesgo sobre el objeto procesal* es un *riesgo de ineffectividad* del ordenamiento jurídico a ser aplicado mediante la decisión final y la *mora procesal*, muy relevante pero no única, es simplemente un tipo de *amenaza* de ese *riesgo*.

Giuseppe Tarzia explica que Calamandrei rectifica su planteamiento sobre eficacia puramente conservativa de las medidas cautelares y, sobre la aclaración efectuada, es posible

---

<sup>490</sup> Jinesta Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: p. 127.

<sup>491</sup> En sentido similar se pronuncia la jurisprudencia contencioso-administrativa. El siguiente fragmento es parte de un criterio ya consolidado: “Peligro en la Mora: consiste en el temor objetivamente fundado y razonable de que la situación jurídica sustancial aducida resulte seriamente dañada o perjudicada en forma grave e irreparable, durante el transcurso del tiempo necesario para dictar sentencia en el proceso principal. Este presupuesto requiere la presencia de dos elementos: el daño o perjuicio grave y la demora en el proceso de conocimiento, sin dejar de lado claro está, que dentro de este presupuesto se encuentra lo que la doctrina ha denominado como la “Bilateralidad del Periculum in Mora” o como comúnmente se le conoce, la ponderación de los intereses en juego”. Tribunal Contencioso Administrativo. Sentencia No. 2752 del 29 de noviembre del 2017. Sentencia No. 2199 del 29 de setiembre del 2016. Sentencia No. 2150 del 23 de setiembre del 2016. Sentencia No. 563 del 11 de marzo del 2016. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 541 del 11 de noviembre del 2015. Sentencia No. 542 del 11 de noviembre del 2015. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accedido el: 14 de octubre del 2018.

<sup>492</sup> Jinesta Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: p. 129.

establecer, luego, la tipología *doble del peligro en la demora*<sup>493</sup>, útil pero inexacta. Este autor señala:

*Otro tanto puede decirse por las consecuencias que Calamandrei extrae de la clasificación antes recordada, reagrupando, siempre sobre el plano funcional, los proveimientos cautelares en dos categorías fundamentales: a) Los proveimientos que se refieren al peligro de infructuosidad del proveimiento principal (...) b) Los proveimientos que se refieren, en cambio, al peligro de demora del proveimiento principal (...)*

*Se trata, aun aquí, de una distinción que se ha vuelto patrimonio común de nuestra historia (Subrayado es suplido)*<sup>494</sup>.

La relevancia histórica de la distinción, según dice Tarzia, revela que la concepción clásica es reduccionista. En ella se logra percibir un poco de luz a la hora de redimensionar el *periculum in mora*; sin embargo, debe observarse que la distinción no es exacta, ¿cómo puede el *periculum in mora* desdoblarse, a su vez, en dos contenidos distintos: demora e infructuosidad? La distinción no genera tipos de peligro; bien planteada, la distinción propone un *riesgo de infructuosidad* y un *peligro de demora*, como factor de ese riesgo.

La *tutela cautelar* debe considerar como presupuesto el *riesgo sobre el objeto procesal* y no solo el peligro en la demora. Si bien, el *concepto de riesgo* es más amplio (al incluir diversos tipos peligros o amenazas y vulnerabilidades), también es más preciso, por contar con una teoría que lo estructura.

El *riesgo sobre el objeto procesal* es la existencia de un *fenómeno* cuya *posibilidad de ocurrencia* puede *producir un efecto no deseado* sobre el *estado particular de los elementos* que constituyen el objeto del procedimiento. Es como lo señala Jinesta Lobo, la existencia de un *riesgo de ineffectividad* (posibilidad de ineffectividad o infructuosidad) de “(...) *que la situación jurídica subjetiva resulte dañada o perjudicada grave e irreparablemente durante el transcurso del tiempo necesario* (...)”<sup>495</sup> para la terminación del procedimiento, cuyo propósito es aplicar definitivamente el ordenamiento jurídico sobre el objeto procesal mediante la decisión final.

---

<sup>493</sup> “La doctrina a partir de la construcción de Chiovenda y Calamandrei, distingue, desde una perspectiva genérica, dos formas claramente diferenciadas de *periculum in mora* que la *tutela cautelar* tiene a neutralizar”. Id., p. 131.

<sup>494</sup> Tarzia, Giuseppe. (2002) “La tutela cautelar”. En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (485-496). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores: p. 490.

<sup>495</sup> Jinesta Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: p. 127.



La *posibilidad de ocurrencia*, que bajo la postura clásica se define por el concepto de “urgencia”, se encuentra determinada por la sola existencia de *amenazas o peligros* y por *vulnerabilidades*, no necesariamente por la “inminencia”.

Los *peligros o amenazas* son agentes dimensionados en tiempo y espacio, pueden ser hechos, actos, sujetos u objetos que, cuando existen tienen la capacidad para aumentar la *posibilidad de ocurrencia* del riesgo. De esta manera, la otrora “urgencia” debe implicar una *estimación prima facie* de la intensidad de los peligros, es decir, de la *magnitud esperable del daño* y la *frecuencia con que haya ocurrido antes en situaciones similares*. No se trata de que el peligro esté tocando la puerta del proceso, para no abrirle, sino que viéndolo venir, se prevenga o mitigue.

Por su parte, el *riesgo sobre el objeto procesal* no solo aumenta o disminuye por la gestión de los *peligros o amenazas*, sino por la incidencia sobre las *vulnerabilidades*. En este caso, debe observarse que las relaciones jurídicas que componen el *objeto* del procedimiento (relaciones entre sujetos, objetos, hechos y actos) pueden ser *vulnerables* a determinados *peligros o amenazas*. En tal caso, el *riesgo sobre el objeto del proceso* puede minimizarse, por ejemplo, solo mitigando la *vulnerabilidad*, considerando que el *peligro* es una constante. Este podría ser el caso de una *medida cautelar* que ordene el internamiento de un paciente para estabilizarle una enfermedad cuyo origen es desconocido, en espera de que se establezca, finalmente, un diagnóstico más certero, luego de pruebas, exámenes y tratamientos. El internamiento y el tratamiento controlan la vulnerabilidad (delicado estado de salud), pero el peligro (enfermedad subyacente) es una constante hasta que no se descubra su causa y se trate.

El presupuesto de *riesgo sobre el objeto procesal*, normalmente conocido como *periculum in mora*, implica una operación de *gestión del riesgo*, específicamente, una de sus fases: la *evaluación del riesgo*. La *evaluación del riesgo* que debe efectuar el operador jurídico para valorar la procedencia de una *medida cautelar* es un *diagnóstico preliminar*. Esto se justifica por la característica de *summaria cognitio* que reviste a estas medidas. La *evaluación del riesgo* tiene dos sub-etapas: 1) identificación y evaluación de los factores del riesgo y 2) evaluación de la percepción del riesgo y preocupaciones sociales. Para efectos procesales y debido al carácter sumario del procedimiento cautelar, solo es posible efectuar la *evaluación del riesgo*, considerando que la segunda sub-fase requiere de insumos e instrumentos fuera del alcance del operador jurídico. El *diagnóstico preliminar del riesgo sobre el objeto procesal* se puede conformar con los siguientes pasos básicos:

1. Identificar los sujetos, objetos, hechos o actos que constituyan *peligros o amenazas*. Sea como parte de los elementos del objeto del procedimiento o externos a él.
2. Estimar, *prima facie*, la *magnitud* esperable del daño que tales amenazas pudieran producir sobre el objeto del procedimiento y estimar la *frecuencia* o *probabilidad* con que

dichos peligros se materializan en el pasado en casos similares (jurisprudencia) si es posible.

3. Identificar cuáles elementos del objeto del procedimiento son *vulnerables*. Determinar el tipo de vulnerabilidad que presentan y, cuando sea posible, apreciar la intensidad de dicha vulnerabilidad, tomando como referencia, al menos, la (a) exposición, la (b) intensidad de las amenazas y la (c) capacidad de respuesta de los elementos en riesgo.

Estos tres pasos básicos forman parte de las etapas de *diagnóstico* y *análisis* que se propusieron con el análisis fenomenológico-jurídico del riesgo. Como resultado se obtiene un *diagnóstico preliminar del riesgo sobre el objeto procesal* el cual debe ser complementado por la valoración del *fumus boni iuris* y la ponderación de intereses.

**e.2.- Fumus boni iuris o apariencia de buen derecho.** Este presupuesto es circunstancial porque se construye a partir del *conocimiento mínimo y preliminar del objeto procesal*. En la medida en que el procedimiento transcurre hay mayor y mejor información sobre el *objeto*, aun cuando este último no ha ya sido resuelto de forma definitiva.

Puede decirse que este presupuesto surge de los escrúpulos del proceso, esto es, ante el miedo a la parcialidad del órgano que toma la decisión final. Como la medida cautelar tiene capacidad para anticipar provisionalmente la tutela final, surge la siguiente duda: ¿será posible que el órgano decisor adelante su criterio final y se parcialice, vulnerando con ello el derecho de defensa de la parte no beneficiada con el criterio anticipado?

Por ello, cuando es momento de conceder una medida cautelar, el operador jurídico no debe juzgar el éxito del *objeto* procesal, sino solo basarse en una *aparición* de que es *legítimo*, por cuanto no es evidentemente contrario a Derecho, es *razonable*, por cuanto no se vislumbra un abuso del derecho y un ejercicio arbitrario del poder público por algunos de los sujetos involucrados, es *viabile*, por cuanto no se evidencia su imposibilidad material y es *atendible*, por tratarse de un asunto que típicamente le corresponde conocer a ese órgano o ente y no existe, *prima facie*, motivo alguno por el cual rechazarlo *ad portas*.

Con acierto, la valoración del *fumus boni iuris* es negativa o de descarte, en el sentido de que el operador jurídico va descartando aquellas sospechas de ilegitimidad, de irrazonabilidad, de inviabilidad y de inatendibilidad del objeto procesal. La doctrina pone la fórmula *fumus non mali iuris*, en palabras de Mariano Bacigalupo<sup>496</sup>.

---

<sup>496</sup> Bacigalupo, Mariano. (1999) *La tutela cautelar en el contencioso-administrativo*. Madrid: Marcial Pons: p. 148. Ver en el mismo sentido: López Camacho, Álvaro. (2012) *Medidas Cautelares. En el Código Procesal Contencioso Administrativo*. Heredia: Corte Suprema de Justicia – Escuela Judicial Édgar Cervantes Villalta: p. 194. Disponible en: <<https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Medidas%20Cautelares.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

Desde la perspectiva meramente procesal, la denegación o concesión de una medida cautelar nunca debe condicionarse al éxito que pueda obtener alguna de las partes respecto del *objeto procesal*, esto es, no prejuzgar sobre el fondo del asunto que debe ser valorado con la decisión final.

La instrumentalidad, según se entiende en este trabajo, al no estar referida a la decisión final, sino al procedimiento como un todo, explica con claridad la razón por la cual la resolución que concede o deniega una medida cautelar no debe prejuzgar el fondo del asunto, precisamente, porque nada tiene que ver con la formación de la voluntad administrativa a vertirse en la decisión final. Por el contrario, únicamente protege el *objeto* del procedimiento para garantizar la eficacia y efectividad del ordenamiento jurídico, que finalmente se aplica sobre este mediante la decisión final, para lo cual no se necesita conocer aún los fundamentos de derecho que dan la razón a una u otra parte.

La acumulación de información sobre el *objeto procesal*, debido al natural avance del procedimiento, interesa primordialmente a la decisión final; no obstante, debe considerarse que por el carácter de provisionalidad y flexibilidad, esa información nueva (circunstancias sobrevinientes) pueden hacer que el operador jurídico revise la necesidad de emitir una medida cautelar, si inicialmente no lo hizo, o bien, revocar o modificar la vigente. En todo caso, interesa retomar lo dicho por Calamandrei, en el sentido de que *“no existe nunca, en el desarrollo de la providencia cautelar, una fase ulterior destinada a profundizar esta investigación provisoria sobre el derecho a transformar la hipótesis en certeza (...)”*<sup>497</sup>.

La revisión *ex post* de la necesidad de tutela cautelar también está orientada por el *fumus boni iuris*, por lo que la acumulación de nueva información sobre el *objeto procesal* no da licencia para que el operador jurídico prejuzgue sobre el fondo del asunto, aun cuando en ese momento exista mejor y mayor información.

La jurisprudencia contencioso-administrativa mantiene un criterio que raya en el adelanto de criterio. Lo que ocurre es que a la hora de manifestarlo, en este caso el juez, no se traduce en la fundamentación de la “probabilidad de éxito”, sino en el “mérito razonable de acudir a la jurisdicción”. Al respecto se indica:

*Apariencia de Buen Derecho: para la procedencia de la medida cautelar debe mediar "seriedad en la demanda", es decir, una **probabilidad de éxito** tal, que la demanda no resulte a simple vista palmariamente carente de seriedad, o en su caso que sea temeraria. Para la doctrina, no es otra cosa que la probable estimación posterior del derecho material del actor en la sentencia, mediante el análisis propio de un proceso sumarísimo que en forma alguna puede o debe, determinar*

---

<sup>497</sup> Calamandrei, Piero. (1984) *Providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina: pp. 77-78.

*pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado, sino y en su lugar, únicamente una aproximación al mismo con los elementos presentes al momento del dictado del fallo que acoge o deniega la medida*<sup>498</sup> (Negrita y subrayado son suplidos).

Como el fuero interno de los jueces es desconocido, excepto para ellos mismos, y considerando que no incurren en el riesgo de adelantar criterio de manera expresa, excepto al momento de ponderar la probabilidad de éxito en su fuero interno, es claro, que cualquier debate al respecto se reviste de poca relevancia. Sin embargo, es evidente que ese planteamiento del *fumus boni iuris* pasa por extrapolar mediante algún tipo de razonamiento la “probabilidad de éxito” del *objeto procesal* respecto de quien solicita la tutela cautelar.

La afirmación; “no es otra cosa que la probable estimación posterior del derecho material del actor en la sentencia”, no puede entenderse si no es considerando que el ejercicio mental no es “posterior”, sino actual, bajo la influencia del *periculum*, por eso es, más bien, una extrapolación para “estimar” el derecho material del actor en sentencia. A criterio de este trabajo, la apariencia de buen derecho no debe estimar la probabilidad de éxito del objeto procesal, sino la seriedad del derecho de debatir y dirimir el objeto procesal en el procedimiento.

### **e.3.- Ponderación de intereses: estimación del riesgo**

Usualmente este presupuesto no es contemplado por la doctrina del Derecho Procesal Civil, más bien, incluyen la caución o contracautela en su lugar<sup>499</sup>. Otros autores incluyen la “ponderación de intereses” como parte del *periculum in mora* (riesgo sobre el objeto procesal), bajo la denominación “bilateralidad del *periculum in mora*”<sup>500</sup>. Otros consideran que el tercer presupuesto es la instrumentalidad<sup>501</sup>, otros no contemplan un tercer presupuesto<sup>502</sup>. Por su parte, Álvaro López Camacho lo propone como un tercer presupuesto<sup>503</sup>.

---

<sup>498</sup> Tribunal Contencioso Administrativo. Sentencia No. 2752 del 29 de noviembre del 2017. Sentencia No. 2199 del 29 de setiembre del 2016. Sentencia No. 2150 del 23 de setiembre del 2016. Sentencia No. 563 del 11 de marzo del 2016. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 541 del 11 de noviembre del 2015. Sentencia No. 542 del 11 de noviembre del 2015. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

<sup>499</sup> Ver en ese sentido: Kielmanovich, Jorge. (2002) “Teoría del proceso cautelar”. En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (307-351). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores: pp. 315-329. | López González, Jorge. (2014) *Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense. Volumen I*. 1a Ed. San José: ISOLMA: pp. 250-251.

<sup>500</sup> Jinesta Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: pp. 134-138.

<sup>501</sup> Picado Vargas, Carlos (2015) *Manual de Medidas Cautelares*. 1ª Ed. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.: pp. 69-82.

<sup>502</sup> Artavia Barrantes, Sergio (2015) *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. 1ª Ed. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.: pp. 330-331.

<sup>503</sup> López Camacho, Álvaro. (2012) *Medidas Cautelares. En el Código Procesal Contencioso Administrativo*. Heredia: Corte Suprema de Justicia – Escuela Judicial Édgar Cervantes Villalta: pp. 188-198. Disponible en:

La cuestión de fondo para incluirla o no como un presupuesto es, como se dice al inicio, si su inexistencia frena la concesión de una medida cautelar<sup>504</sup>. La razón de origen es fáctica y la solución axiológica. Este presupuesto surge de la identificación de *intereses* de las partes involucradas, que en el proceso civil normalmente son dos, parte actora y demandada (con independencia de los sujetos que integren cada parte). Por eso en el proceso civil típicamente el tercer presupuesto es la *contracautela*. Sin embargo, el planteamiento civilista tiene un punto débil que se explica en líneas adelante.

El término “ponderación de intereses” referido a un presupuesto procedimental de las medidas cautelares es típico del proceso contencioso-administrativo<sup>505</sup>, pero surge de la misma condición fáctica: la existencia de intereses en tensión. Normalmente, en un procedimiento administrativo o proceso contencioso-administrativo existe un interés adicional al interés del administrado y de la Administración Pública, se trata del interés público<sup>506</sup>.

Los *intereses* integran el *objeto procesal* en forma de situaciones jurídicas de diversa índole, por ello, el *riesgo sobre el objeto procesal* implica una *posibilidad de ocurrencia* de algo no deseado sobre ese interés o situación jurídica particular. Así, el interesado trata de acreditar la verosimilitud de su derecho y la seriedad en pretender su defensa en el procedimiento, a fin de verificar el *fumus boni iuris*. Lo mismo hace la Administración Pública respecto de su propio interés, pero esta se encuentra obligada por Ley (artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública) a integrar el *interés público*, asegurarlo y cumplirlo preferentemente.

Entonces, el escenario fáctico sobre el cual opera este presupuesto es la identificación de los intereses involucrados, para luego proceder a la fase axiológica que es su *ponderación*, lo que no es más que *asignar un peso relativo* a cada interés frente al caso concreto. *Ponderar* es un ejercicio axiológico para jerarquizar los intereses involucrados. En este sentido señala Delgado Ocando:

*Los valores están ordenados jerárquicamente, esto es, hay valores inferiores y superiores. Así como la polaridad [par de valores positivo-negativo] es el resultado de la ruptura de la indiferencia frente a los objetos del mundo físico, la jerarquía nace de la ruptura de la indiferencia entre los valores mismos. El acto en que se aprehende la “superioridad” de un valor sobre otro se llama preferencia*<sup>507</sup>.

---

<<https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Medidas%20Cautelares.pdf>>  
Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>504</sup> Id., p. 190.

<sup>505</sup> Id., p. 188.

<sup>506</sup> La Ley General de la Administración Pública reconoce esta estructura tripartita, al decir en su artículo 113 inciso 2) lo siguiente: “*El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto*”.

<sup>507</sup> Delgado Ocando, José Manuel. (1995) “Aproximación teórica a los vocablos valor y valoración”. En: *Cuaderno de Trabajo No. 46* del Instituto de Filosofía del Derecho “DR. J.M. Delgado Ocando”, Facultad de Ciencias

El *criterio* aquí propuesto para preferir un interés, valor o situación jurídica sobre otra, es el mismo instrumental proporcionado por la técnica de gestión del riesgo, que para ese momento procesal se compone de los insumos del *diagnóstico preliminar* del riesgo (*periculum in mora*) y la verificación del *fumus boni iuris*. Álvaro López Camacho señala que el *juicio de ponderación* es el último paso cuya verificación permite tener certeza sobre la denegación u otorgamiento de la medida cautelar<sup>508</sup>. Ese *juicio de ponderación* debe dimensionarse en los contornos de *summaria cognitio* de la tutela cautelar. Esto implica que el análisis no puede ser lo suficientemente exhaustivo como para alcanzar la certeza plena del asunto, lo cual corresponde, precisamente, al procedimiento principal. Sin embargo, el carácter sumario y urgente de este tipo de *tutela* no es óbice ni licencia para dispensar la objetividad y motivación de la decisión. En ese sentido, Carmen Chinchilla señala:

*El juicio cautelar es, además, muy difícil de hacer, tanto por la urgencia con que debe realizarse, como por la precariedad de los elementos de cognición en que se basa. Es evidente, pues, como ya se ha dicho, que ha de ser un juicio ponderativo por definición (...)*<sup>509</sup> (Subrayado es suplido).

Ese *juicio de ponderación* entre valores, intereses o situaciones jurídicas, no tiene el mismo alcance que el efectuado por los Tribunales Constitucionales ante la colisión de derechos constitucionales, aunque sí comparte la forma en que opera<sup>510</sup>. El juicio de ponderación en el procedimiento cautelar es siempre *prima facie* y provisional, porque se basa en un *diagnóstico*

---

Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia, Maracaibo; citado textualmente por Haba Müller, Pedro. (2015) *Los juicios de valor. Elementos básicos de axiología general*. 2ª Ed. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica: p. 13.

<sup>508</sup> Sobre esto explica que: "(...) el *fumus boni iuris* es un requisito negativo (...); es decir, basta que la demanda no sea evidentemente improcedente para dar el paso siguiente en el análisis de la tutela cautelar, ya que dicho requisito es el piso mínimo requerido. Una vez superado ese piso mínimo, habrá que determinar si se da el requisito positivo que es el *periculum in mora* que establecerá si la ejecución o la permanencia de la conducta sometida a proceso producirá graves daños o perjuicios sobre la situación jurídica aducida. Finalmente, superado ese umbral, lo que determinará finalmente la denegación u otorgamiento de la medida cautelar será el juicio de ponderación de los intereses contrapuestos". López Camacho, Álvaro. (2012) *Medidas Cautelares. En el Código Procesal Contencioso Administrativo*. Heredia: Corte Suprema de Justicia – Escuela Judicial Édgar Cervantes Villalta: p. 194. Disponible en: <<https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Medidas%20Cautelares.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>509</sup> Chinchilla Marín, Carmen. (1993) "El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales". En: *Revista de Administración Pública*, No. 131 (167-189): p. 177. Disponible en: <<http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjM4NzAmaWRIPTEwMzcmdXJsPTEmbmFtZT0xOTkzXzEzZmV8xNjUuUERGMjZpbGU9MTk5M18xMzFfMTY1LIBERiZ0YWJsYT1BcnRpY3VsbyZjb250ZW50PWFwcGxpY2F0aW9uL3BkZg>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>510</sup> En ese sentido, Rubén Hernández Valle, parafraseando a Robert Alexy, señala: "La colisión, según un autor alemán [Robert Alexy], debe entenderse en un doble sentido: 'en sentido estricto, cuando la colisión se produce exclusivamente entre derechos fundamentales. En sentido amplio, en cambio, cuando tal colisión se produce con otros bienes o valores del mismo rango' ". Hernández Valle, Rubén. (2008) *El Derecho de la Constitución*. Volumen II. 1ª Ed. San José: Editorial Juricentro: p. 343.

*preliminar (summaria cognitio)* de los posibles intereses y las expectativas de situaciones jurídicas que las partes involucradas invoquen.

Por ello, no puede ser una ponderación en sentido estricto, según Robert Alexy, puesto que no se trata, aún, de derechos de algún tipo, sino de expectativas. Tampoco se trata siempre de una colisión de puros principios, en el sentido otorgado a estos por Alexy, puesto que puede tratarse de derechos que aún no pueden declararse como tales.

Llámense intereses, valores, o situaciones jurídicas, lo cierto es que están presentes, mezclados y contrapuestos; por tanto, el *juicio de ponderación* debe organizarlos jerárquicamente para determinar a cuál de ellos se protegerá cautelarmente. Carmen Chinchilla Marín señala acertadamente un criterio para jerarquizar: “A la hora de adoptar medidas cautelares tendrá que ponderarse, pues, el daño que pudiera derivarse de manera irreversible, para los intereses de la comunidad”<sup>511</sup>.

La autora refiere a la ponderación del interés público (intereses de la comunidad); sin embargo, el criterio de ponderación es en general la estimación de la incidencia del riesgo o dicho de otra manera, la estimación del potencial de pérdidas, daños o perjuicios sobre los intereses involucrados. Robert Alexy lo ha propuesto en su “Law of Balancing”, que puede traducirse como “Regla de ponderación” y consiste en considerar: “*The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other*”<sup>512</sup>.

El principio de ponderación considera el “grado de insatisfacción o detrimento” de un interés en relación directamente proporcional con la satisfacción del interés contrario. La regla es criticada, así Luis Arroyo Jiménez argumenta: “*Es éste un criterio de carácter formal, en el sentido de que su aplicación no resuelve mecánicamente la cuestión de cuáles sean los grados*

---

<sup>511</sup> Chinchilla Marín, Carmen. (1993) “El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 131 (167-189): pp.177-178. Disponible en: <<http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=-aWQ9MjM4NzAmaWRIPTEwMzcmdXJsPTEmbmFtZT0xOTkzXzEzMV8xNjUuUERGMzpbGU9MTk5M18xMzFfMTY1LIBERiZ0YWJsYT1BcnRyY3VsbYzjb250ZW50PWFwcGxpY2F0aW9uL3BkZg>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>512</sup> Alexy, Robert. (2014) “Constitutional Rights and Proportionality”. En: *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, No. 22, (51-65): p. 54. Disponible en: < <http://journals.openedition.org/revus/2783>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “*Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia en satisfacer el otro*”. Ver: Orozco Solano, Víctor. (2013) “La ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derecho fundamentales: una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Español en materia de libertad religiosa”. En: *Revista Judicial*, No. 109, (25-41): pp. 31-32. Disponible en: < [https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs\\_juds/Revista%20109/PDFs/03\\_ponderacion.pdf](https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/Revista%20109/PDFs/03_ponderacion.pdf) > Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Arroyo Jiménez, Luis. (2009) “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”. En: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*: p. 12. Disponible en: < [http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1252&pdf=621\\_es.pdf](http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1252&pdf=621_es.pdf) > Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

aceptables”<sup>513</sup>. Sin embargo, la regla de ponderación es orientadora para los efectos del *juicio de ponderación de intereses* en el análisis de la procedencia de las medidas cautelares. Al respecto, Robert Alexy explica: “*The Law of Balancing excludes, inter alia, an intensive interference with principle P<sub>1</sub> that is justified only by a low importance assigned to the satisfaction of the colliding principle P<sub>2</sub>. Such a solution would not be an optimization of P<sub>1</sub> together with P<sub>2</sub>*”<sup>514</sup>.

Alexy señala que la ponderación parte de la estimación de un potencial o grado de insatisfacción, daño, pérdida o menoscabo de un determinado *interés* (para efectos de este trabajo), para luego convertir ese *quantum* como criterio de comparación frente a los otros *intereses en colisión*. Así, el *máximo potencial de insatisfacción* fija el parámetro para ponderar los otros *grados de afectación menor*. En ese sentido, Víctor Orozco Solano esquematiza el procedimiento de Alexy de la siguiente forma:

*En primer lugar, es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios;*

*En segundo lugar, es necesario definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario;*

*Por último, se debe establecer si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro*<sup>515</sup>.

El operador jurídico determina siempre cual interés prevalece sobre el otro, por tanto, cuál es el protegido con la medida cautelar. Esta circunstancia hace que el *juicio de ponderación* deba ser fundamentado en todo caso. La *ponderación de intereses* tiene al menos los siguientes niveles:

1. **Nivel fáctico:** identificar los intereses involucrados (administrado, Administración Pública e interés público). Este ejercicio es de fenomenología jurídica, por tanto, es

---

<sup>513</sup> Arroyo Jiménez, Luis. (2009) “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”. En: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*: p. 12. Disponible en: < [http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1252&pdf=621\\_es.pdf](http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1252&pdf=621_es.pdf) > Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>514</sup> Alexy, Robert. (2014) “Constitutional Rights and Proportionality”. En: *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, No. 22, (51-65): p. 54. Disponible en: < <http://journals.openedition.org/revus/2783> > Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “*La Regla de Ponderación excluye, entre otras cosas, una intervención intensa sobre el principio P<sub>1</sub> que solo se justifica por la menor importancia asignada a la satisfacción del principio P<sub>2</sub> en colisión. Tal solución no podría ser una optimización de P<sub>1</sub> con P<sub>2</sub>*”.

<sup>515</sup> Orozco Solano, Víctor. (2013) “La ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derecho fundamentales: una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Español en materia de libertad religiosa”. En: *Revista Judicial*, No. 109, (25-41): p. 32. Disponible en: <[https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs\\_juds/Revista%20109/PDFs/03\\_ponderacion.pdf](https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/Revista%20109/PDFs/03_ponderacion.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.



identificar *relaciones* entre sujetos, objetos, hechos y actos, a partir de las cuales existan indicios para determinar el interés o la expectativa de situación jurídica.

2. **Nivel axiológico:** determinar la prevalencia de un interés sobre otro. Para ello, se puede emplear la regla de ponderación expuesta anteriormente. Como primer paso, es necesario valorar el grado o potencial de perjuicio o insatisfacción, por lo que se requiere evaluar la incidencia del *riesgo* sobre esa *situación* (interés). *Grosso modo*, esa “incidencia” implica: primero, valorar las condiciones de *vulnerabilidad* de los elementos en riesgo; en segundo lugar, estimar el *grado de exposición* de esos elementos frente al potencial peligroso de las *amenazas*, correlativamente, valorar la *capacidad de respuesta* de esos elementos luego de la eventual *exposición* a las *amenazas*.

Verificado lo anterior, el operador jurídico puede conocer el grado de afectación de los intereses involucrados para, de seguido, *jerarquizarlos*. La *jerarquización* da cuenta del orden de protección, pero se requiere, ahora, sopesar la importancia de satisfacer el interés considerado como de menor afectación potencial. Tal operación, lleva al tercer paso del esquema de Alexy descrito por Orozco Solano y corroborar, finalmente, si el primer interés (de máxima afectación potencial) se convierte en el objetivo de la *medida cautelar*, mientras que los otros intereses (de menor afectación potencial) pueden ser objeto de protección mediante *contra-cauteladas*, si fuere necesario<sup>516</sup>.

La *ponderación* es *relativa*, puesto que no determina la especial importancia del interés frente al ordenamiento jurídico, sino solo frente a la pretensión de tutela cautelar para *gestionar el riesgo sobre el objeto procesal*. Si fuera *absoluta*, es como analizar el *fumus boni iuris* a partir de un juicio de probabilidad de éxito, que exige vaticinar si el interés protegido por la cautela es, finalmente, el que el ordenamiento jurídico considera como merecedor de la tutela definitiva.

La *ponderación* no es todavía proporcionalidad, sino comparación. Por ello, el criterio para comparar es la *incidencia del riesgo* sobre los intereses comparados (situaciones jurídicas del objeto procesal)<sup>517</sup>. El resultado no es, aún, la proporcionalidad de la medida, sino la *jerarquización relativa*. El juicio proporcionalidad se completa al momento de determinar el *contenido* de la medida cautelar, no al momento de valorar su *procedencia*.

---

<sup>516</sup> Al respecto se señala: “*dicha ponderación deberá tomar en cuenta necesariamente el papel de una posible contra-cautela -consustancial o de verificación previa- (...)*” López Camacho, Álvaro. (2012) *Medidas Cautelares. En el Código Procesal Contencioso Administrativo*. Heredia: Corte Suprema de Justicia – Escuela Judicial Édgar Cervantes Villalta: p. 195. Disponible en: <<https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Medidas%20Cautelares.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>517</sup> De ahí que algunos autores lo analicen como parte del *periculum in mora* (riesgo sobre el objeto procesal), es decir, como la “bilateralidad del periculum in mora”.

El *juicio de ponderación* se basa en el tercer paso o sub-principio del *test* de proporcionalidad. Sin embargo, el balance que exige la *ponderación de intereses* no requiere, todavía, la determinación de la *idoneidad* y *necesidad* de la medida, puesto que aún no se ha determinado, si quiera, la procedencia de la medida cautelar. La aplicación del principio de proporcionalidad se verifica plenamente en la determinación del contenido de las medidas cautelares. Por ello y conforme al esquema descrito antes por Orozco Solano, únicamente los pasos primero y segundo de ese esquema son los que se efectúan en la *ponderación de intereses*, esto es, para obtener una *jerarquía relativa* de los intereses involucrados. El tercer paso se completa con el análisis posterior del principio de proporcionalidad, momento en el que se determina, finalmente, la relación de proporción de la afectación de la *medida* que se adopte (cuyo contenido ya estaría definido) frente al *fin* que se satisface con esta.

La doctrina analiza la *ponderación de intereses* bajo el nombre de *bilateralidad del periculum in mora* y explica que este juicio presupone una valoración comparativa de “*los eventuales perjuicios (...) y consecuentemente conceder la medida solo cuando el perjuicio del solicitante sea cualitativamente mayor al daño sufrido por la contraparte o tercer*”<sup>518</sup>. Este presupuesto ha neutralizado la necesaria “urgencia” y el “daño de difícil reparación” postulada por la doctrina clásica, la que puede existir, pero también estar ausente y, aún así, permitir la concesión de una medida cautelar. El resultado de este juicio de ponderación es, según la doctrina, un reequilibrio del *objeto procesal*. Al respecto explica Ernesto Jinesta Lobo: “*Lo que releva, en suma este aspecto del periculum in mora [urgencia y daño de imposible o de difícil reparación], es la necesidad de armonizar o equilibrar la eficiencia de la Administración con el derecho fundamental a la tutela cautelar*”<sup>519</sup>.

Esa función equilibradora se cumple por partida doble con la concesión de la cautelar y la eventual fijación de contracautelas, respecto de los intereses de menor jerarquía relativa. De ahí que la fijación de estas medidas sea una derivación lógica de la *ponderación de intereses*, la cual es primera. Por ello se afirma que la doctrina civil clásica parte de un punto débil al señalar que la caución o contracautela sea un *presupuesto*. Esto es porque califican como presupuesto lo que en verdad es un efecto y no una causa: como sí lo es la *ponderación de intereses*. Lo *necesario* es valorar si procede la contracautela, pero no concederla *ipso iure* (salvo que expresamente la ley así lo disponga). Ese carácter eventual de la contracautela implica que no puede ser un *presupuesto procedimental*, ya que su inexistencia obligaría a concluir que no es posible conceder la cautelar sin contracautela correlativa<sup>520</sup>.

---

<sup>518</sup> Jinesta Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: p. 134.

<sup>519</sup> *Id.*, p. 136.

<sup>520</sup> Sobre esto Ernesto Jinesta señala, a pesar de ubicar a la contracautela como presupuesto, lo siguiente: “c. 4.- *¿Presupuesto o condición de eficacia? Ni siquiera en el proceso civil la caución, en lo que se refiere a la tutela cautelar atípica (art. 242 CPC), constituye un presupuesto para su otorgamiento, pues el párrafo 2º del numeral citado señala que el ‘el juez podrá ... imponer el otorgamiento de una caución’; se trata, entonces, de una facultad*

La propuesta de este trabajo es ubicar la *ponderación de intereses* como un tercer presupuesto. Esto es separándolo del *periculum in mora* (riesgo sobre el objeto procesal), ya que implica un ejercicio distinto al primero, pero basado en este. Esto es, que el análisis del *riesgo sobre el objeto procesal (periculum in mora)* efectúa un primer ejercicio de *evaluación del riesgo* (identificación del riesgo, sus amenazas, vulnerabilidades), lo que luego es tamizado por el *fumus boni iuris*. En tercer lugar, la *ponderación de intereses* efectúa una segunda evaluación del *riesgo* ya identificado (estimación del riesgo), es decir, *estimando o ponderando* su incidencia sobre los intereses del *objeto procesal*. Una vez analizados los *presupuestos procedimentales*, es posible contestar a la pregunta: ¿proceden las medidas cautelares? Si la respuesta es positiva, entonces, corresponde analizar el contenido de las medidas a ordenar, lo cual es fase de *gestión del riesgo*. Al respecto, Álvaro López Camacho explica, lógicamente sin considerar los términos propios de la técnica de gestión del riesgo:

*(...) tanto el fumus boni iuris como el periculum in mora se encuentran en relación recíproca de influencia; es decir que ante la gravedad e inminencia extrema del daño, el rigor mínimo del fumus se puede ver disminuido aún más, y a mayor verosimilitud del derecho, el piso del umbral del periculum in mora no ser tan alto, de tal manera que sus presupuestos [de las medidas cautelares] constituyen todos un umbral flexible, pues también el periculum in mora se encuentra relacionado con los intereses contrapuestos. Cuanto mayor sea la intensidad de la exigencia del interés general de que no se adopte la medida, debe ser mayor también el detrimento en los intereses subjetivos que justifique la adopción de la medida por encima de aquel*<sup>521</sup>.

A mayor abundamiento, resulta útil hacer una breve mención al tercer interés involucrado: interés público. El artículo 113 inciso c) de la Ley General de la Administración Pública establece que para determinarlo es necesario tomar en cuenta “(...) los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia”. El interés o fin público debe ser especificado en el caso concreto, la formulación legal da cuenta de un “beneficio genérico” a gozar por parte de la

---

*librada al prudente arbitrio del órgano jurisdiccional”* (Negrita es propia). Jinesta Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: pp. 152-153. Eso mismo aplica actualmente para el proceso contencioso-administrativo, según el artículo 28 inciso 1) del Código Procesal Contencioso-Administrativo dispone: “El tribunal respectivo, el juez o la jueza al disponer la medida cautelar, **podrá** exigir que se rinda caución o cualquier otra medida de contracautela, suficiente y proporcionada para la protección de los derechos e intereses de alguna de las partes, de terceros o del interés público” (Negrita es suplido).

<sup>521</sup> López Camacho, Álvaro. (2012) *Medidas Cautelares. En el Código Procesal Contencioso Administrativo*. Heredia: Corte Suprema de Justicia – Escuela Judicial Édgar Cervantes Villalta: p. 195. <Disponible en: <https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Medidas%20Cautelares.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

colectividad no individualizada, esto implica que, el beneficio no es el del administrado, ni de el la Administración Pública.

Bajo del supuesto de que la actuación pública, objeto del procedimiento administrativo, en verdad se encuentra dirigida a satisfacer el interés público, la *ponderación de intereses* debe considerar debidamente el eventual perjuicio que puede ocasionar para esa satisfacción la concesión de una medida cautelar a favor del administrado, bajo el supuesto de que la actuación pública, además, se presume legítima. Miguel Ángel Cardella explica: “(...) *la presencia del interés público obliga a tener muy presente en qué grado la adopción o no de una medida cautelar se encuentra en la relación del principio de efectividad de la tutela judicial con el de la eficacia administrativa*”<sup>522</sup>.

Nuevamente se presenta como preponderante el valor eficacia y efectividad (riesgo de ineffectividad o infructuosidad), frente al valor demora. En todo caso, todos ellos auspiciados por la noción de *riesgo*. La participación del *interés público* exige ponderar en qué grado la medida cautelar podría afectar la *efectividad* de la actuación pública. Sin embargo, esa valoración no puede estar preconditionada por una suerte de presunción *pro* interés público, amparada en otra presunción, la de legitimidad del acto administrativo. Porque desvirtuar la presunción de legitimidad del acto administrativo es una tarea que le corresponde al administrado disconforme, contrariamente, una validez férrea de esa presunción podría constituir un juicio sobre el fondo del asunto, ejercicio que no debe efectuarse en el *procedimiento cautelar*.

La *ponderación de intereses* es un ejercicio del operador jurídico con base en las alegaciones de las partes, al menos. Esa *ponderación* no puede prejuzgar sobre el éxito del asunto, dentro de lo que se incluye la legalidad o no de la actuación administrativa. En todo caso, la *ponderación* debe considerar como ajena la presunción de legitimidad del acto administrativo, a riesgo de contaminar con el efecto presuntivo la ponderación del interés público. Al respecto, Ernesto Jinesta explica: “*Tal valoración o ponderación comparativa de los intereses de las partes involucradas en el proceso administrativo, no puede implicar una potenciación o prevalencia del interés público (...)*”<sup>523</sup>. En el mismo sentido, Carmen Chinchilla Marín agrega:

*Qué duda cabe que un interés general, capaz de justificar la denegación de una medida cautelar en presencia del periculum in mora y fumus boni iuris, sólo será el que pueda compararse en pie de igualdad con el derecho fundamental a la tutela*

---

<sup>522</sup> Cardella, Miguel Ángel. (2009) “El proceso contencioso administrativo. La necesidad de las medidas cautelares en un código procesal administrativo”. En: Comadira, Juan Pablo; Ivanega, Miriam (Coords.) *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*. 1ª Ed. (479-499). Buenos Aires: Ad-Hoc: p. 488.

<sup>523</sup> Jinesta Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: pp. 136-137.

*cautelar que, como ha quedado dicho, no nace de la apariencia de buen derecho, sino de la necesidad de preservar provisionalmente, ante una situación de periculum in mora, la integridad de la eficacia de la resolución judicial que en su día recaiga. Ese interés general que **debe** referirse, pues, a derechos fundamentales de la colectividad o de terceros, no tiene porqué prevalecer en cualquier caso, pero no puede descartarse que así sea según las circunstancias concretas de cada supuesto. Como tampoco puede excluirse que ese criterio de la ponderación del interés general pueda jugar también en favor de la adopción de medidas cautelares frente al acto administrativo*<sup>524</sup> (Negrita y subrayado son suplidos).

El fragmento de Chinchilla Marín es esclarecedor, aunque parece sugerir una distinción entre *interés público* de rango constitucional (“solo será el que pueda compararse en pie de igualdad con el derecho fundamental a la tutela cautelar”) frente a un *interés público* de mera legalidad. Sin embargo, se trata de una distinción artificiosa y, es criterio de este trabajo, que la distinción propuesta por la autora está, más bien, referida a considerar los beneficios o perjuicios que pueden darse sobre el interés público, inferido de los “derechos fundamentales de la colectividad o de terceros”. Es decir, no se trata de identificar una lesión a un derecho humano, fundamental o constitucional, juicio que solo es de amparo, sino de ponderar el interés público como derivado de esa “colectividad”, según los términos de la Ley No. 6227, aunque pueda ser de mera legalidad.

Miguel Ángel Cardella recoge una cita muy valiosa del profesor Juan Carlos Cassagne, que por dificultad de consultar la fuente original, se reproduce de manera indirecta. El fragmento ofrece parámetros para orientar la *ponderación* del interés público:

*a) La decisión sobre la apreciación de si la medida precautoria afecta o no el interés público corresponde al tribunal, y no a la Administración, en mérito a que esta no puede ser al mismo tiempo juez y parte; b) el interés público a ponderarse no es el del acto en sí mismo, sino el que se conculca con la medida suspensiva, debiendo tratarse -como se ha señalado- de un interés público específico y concreto que exija la ejecución inmediata del acto, la cual no puede fundarse en un interés público de tipo genérico; c) frente a una ilegalidad manifiesta no se puede invocar el interés público para denegar la medida precautoria de suspensión de los efectos; d) el interés público no es siempre el interés que persigue la Administración sino el que representa el interés de la comunidad; y e) en la ponderación hay que hacer un*

---

<sup>524</sup> Chinchilla Marín, Carmen. (1993) “El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 131 (167-189): p. 178. Disponible en: <<http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=-aWQ9MjM4NzAmaWRIPTEwMzcmdXJsPTEmbmFtZT0xOTkzXzEzMV8xNjUuUERGMzpbGU9MTk5M18xMzFfMTY1LIBERiZ0YwWJsYT1BcnRyY3VsbyZjb250ZW50PWFwcGxpY2F0aW9uL3BkZg>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

*balance entre el daño a la comunidad y el que se ocasiona al demandante de la suspensión*<sup>525</sup>.

Por otra parte, este juicio de ponderación tiene un instrumento objetivo de respaldo, que es el análisis previo de *evaluación del riesgo*. Sea la identificación de amenazas, vulnerabilidades y de grado exposición. Con esa base, la *ponderación de intereses* implica un segundo ejercicio de evaluación, ya no de *identificación*, sino de *estimación o ponderación*, denominado como *caracterización* por la técnica de gestión del riesgo.

Como complemento del juicio de ponderación, la técnica de gestión del riesgo permite calificar al fenómeno de riesgo como *aceptable, tolerable o intolerable*, esto es respecto del *objeto procesal*, es decir, frente a todos los *intereses*. Ya se definió en el Capítulo Primero de este trabajo tales términos; sin embargo, para efectos procesales entiéndase por estos lo siguiente:

- **Aceptabilidad:** característica del riesgo cuya incidencia es mínima, sea por poca magnitud de la amenaza o por la poca intensidad de la vulnerabilidad. De modo que no requiere mayor acción de prevención ni mitigación.
- **Tolerabilidad:** característica del riesgo que debe ser gestionado para *ubicar* su incidencia sobre los elementos en riesgo (intereses que integran el objeto procesal) dentro de ciertos límites tolerables.
- **Intolerabilidad:** característica del riesgo que, de ser posible, debe ser evitado (prevención) o suprimido y en su defecto, mitigada su incidencia.

*Caracterizar* el fenómeno de riesgo de una u otra manera tiene implicaciones prácticas: refina el ejercicio de ponderación. A manera de ejemplo, es posible que luego de la *jerarquización* el riesgo se *caracterice* como *aceptable*, es decir, hay incidencia en mayor medida respecto de un interés que respecto de otro; sin embargo, el grado de afectación teneral es *mínimo*, por lo que podría llegarse a la conclusión de denegar la medida cautelar o de imponer una medida de mínima intervención. Este instrumento es lo que Luis Arroyo Jiménez denomina como “elementos valorativos extrasistemáticos” que complementan el juicio de ponderación formal propuesto por Alexy. Con la caracterización del riesgo se abre paso para la fase de *gestión del riesgo per se*, es decir, la determinación de las *medidas de gestión* en función de la caracterización asignada.

---

<sup>525</sup> Cassagne, Juan Carlos. (2001) *Las medidas cautelares en el contencioso administrativo*. LL, 1090, citado por Cardella, Miguel Ángel. (2009) “El proceso contencioso administrativo. La necesidad de las medidas cautelares en un código procesal administrativo”. En: Comadira, Juan Pablo; Ivanega, Miriam (Coords.) *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*. 1ª Ed. (479-499). Buenos Aires: Ad-Hoc: p. 483.

La *caracterización* es un instrumento complementario, considerando el carácter de *summaria cognitio* del procedimiento cautelar. Sin embargo, debe indicarse que en sede administrativa la ventaja recae sobre la Administración Pública, de modo que la información técnica y jurídica se encuentra en su custodia o con potencial para ser obtenida por ella misma. Esto implica que la *caracterización* del riesgo, aunque pueda suponer una operación técnica, está al alcance de la Administración Pública, de manera que este mecanismo se convierte en un instrumento de gran valía para la objetivación de la actuación administrativa, incluso, frente al eventual control jurisdiccional.

#### **f.- Contenido de las medidas cautelares: gestión del riesgo**

La constatación de los *presupuestos procedimentales* genera un resultado positivo para la procedencia de una *medida cautelar*. Del análisis de *summaria cognitio* se extrae una *situación real de riesgo* concreta integrante del *objeto procesal* a gestionar con la *medida cautelar*. El contenido de las medidas cautelares es el efecto jurídico sobre esa situación, para transformarla, ahora, en una *situación jurídica de riesgo*. Esa situación es denominada por algunos como *situación jurídica cautelable*<sup>526</sup>. Esta labor corresponde a la fase de *gestión* del proceso de análisis fenomenológico-jurídico del riesgo, que consiste en:

*Determinar el efecto jurídico genérico que le corresponde a cada relación fáctica para convertirla en una relación jurídica, de modo que sea posible establecer, posteriormente, el efecto jurídico concreto que dé origen a la situación jurídica que permita gestionar el fenómeno de riesgo identificado*<sup>527</sup>.

La *determinación del contenido* o del *efecto jurídico* es una labor de *gestión del riesgo*, entendida esta como la fase del proceso en la que se identifican y seleccionan las opciones de gestión, sea con enfoque *preventivo* o *correctivo*. Las estrategias o medidas de gestión responden a la *evaluación del riesgo* que previamente se efectúa, primero con la identificación del riesgo, amenazas y vulnerabilidades (verificación del *periculum in mora* o *riesgo sobre el objeto procesal*) y, en segundo lugar, con la estimación de la incidencia del riesgo, sea con la *ponderación de intereses*, cuyo resultado es la *jerarquía relativa* de los *intereses* involucrados.

La determinación del efecto jurídico genérico tiene dos niveles: el primero, determinar su orientación *positiva* o *negativa*; el segundo, establecer su coercibilidad, sea como *posibilidad* o *necesidad* jurídica.

---

<sup>526</sup> Jinesta Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: pp. 209-211.

<sup>527</sup> Ver en este trabajo: Capítulo Primero, apartado a) Riesgo y Desastres como fenómenos sociales y jurídicos, acápite a.4) Riesgo y desastres como fenómenos jurídicos.

En cuanto al primer nivel. La orientación *negativa* es *suprimir* el fenómeno de riesgo en su totalidad, por tanto, actúa en su fase causal, eliminando su causa de ocurrencia. La orientación *positiva* es, por un lado, *reducir* la posibilidad de ocurrencia o *mitigar* el impacto de sus efectos. En el primer supuesto, actúa en su fase causal, reduciéndola; en el segundo, actúa en su fase efectual, mitigando los efectos. A este nivel se integran las estrategias de gestión del riesgo: *prevención* y *mitigación*. Según la orientación del efecto, así serán las estrategias a adoptar, lo que puede resumirse en el siguiente cuadro:

**Cuadro No. 20**

Determinación del efecto jurídico genérico. Estrategias de gestión del riesgo

	Orientación	Contenido	Incidencia	Estrategia	Medidas
<b>EFEECTO JURÍDICO GENÉRICO</b>	<b>Negativa</b>	<u>Eliminar</u>	Causal	Prevención del riesgo por eliminación de su causa de ocurrencia	-Eliminación de todas las amenazas y vulnerabilidades presentes.
	<b>Positiva</b>	<u>Reducir</u>	Causal	Prevención del riesgo por reducción de la posibilidad de ocurrencia	-Eliminación de algunas amenazas y vulnerabilidades. -Disminución de la magnitud de las amenazas que no se pueden eliminar.
		<u>Mitigar</u>	Efectual	Mitigación del impacto del resultado	-Disminución de la intensidad de las vulnerabilidades que no se pueden eliminar.

Fuente: Elaboración propia.

El riesgo de desastres es difícilmente eliminable, para no decir que es imposible en su mayoría. Por ello, la estrategia de prevención de tipo negativo es difícilmente aplicable. Sin embargo, existen otros riesgos, que no son de desastre, que sí podrían ser gestionados por eliminación total de las amenazas y vulnerabilidades. En todo caso, debe entenderse que se trata de una propuesta general y por tanto debe contemplar ese supuesto (eliminación del riesgo), aunque sea de difícil aplicación. La orientación positiva solo entra en acción ante la imposibilidad de aplicar la negativa, pero las estrategias de *prevención* y *mitigación* no son incompatibles, por tanto, el contenido puede incluir medidas de ambas.



Respecto del nivel de coercibilidad del efecto, debe indicarse que existen efectos jurídicos de *posibilidad*, en aquellos casos en los que el titular de la situación jurídica puede optar por escoger contenidos o ejecutar el efecto, por ejemplo. Sin embargo, tratándose del efecto jurídico que la *medida cautelar* establezca para la situación jurídica riesgo, este es por regla, de *necesidad*. Excepto que por las circunstancias la *medida cautelar* establezca una suerte de contenido alternativo, por ejemplo.

Esto es así porque la *medida cautelar*, como accesoria a un *procedimiento administrativo*, se ubica al igual que éste último en una *relación de sujeción especial* entre la Administración Pública y el administrado. La *medida cautelar* es un acto de aplicación concreta del *poder general de cautela*, inherente a la potestad que la Administración está ejerciendo frente al administrado en el marco de esa *relación*. La coercibilidad del efecto jurídico debe entenderse como referida a la función que cada parte asume en esa *relación*. Por un lado, la Administración Pública, como titular de la potestad y por el otro, el administrado, como obligado.

En el primer caso, la Administración Pública tiene una potestad de contenido diverso, pudiendo escoger entre varios efectos jurídicos para ordenar la medida cautelar. Se trata de una discrecionalidad administrativa que implica una libertad de escogencia entre opciones preestablecidas o una libertad para la determinación de las opciones (su contenido). En esta circunstancia reside la distinción entre *medidas cautelares* de contenido típico y atípico. Ernesto Jinesta Explica:

*La tipicidad de la medida cautelar debe comprenderse desde dos vertientes: por un lado está predeterminada la especie fáctica objeto de la tutela, comprensiva de la situación jurídica y del tipo de peligro que se teme fundadamente; y desde otro aspecto, resulta expresamente disciplinada la estructura de la cautela, y por lo tanto, el contenido de la medida que el juez tendrá que dictar. (...) La atipicidad de la medida cautelar comprende como “significado mínimo” la falta de predeterminación legislativa del contenido de tales medidas*<sup>528</sup>.

La Administración Pública es titular de una situación jurídica de *posibilidad* (potestad administrativa) en virtud de la cual está facultada para determinar el efecto jurídico *necesario* que será el contenido de la medida cautelar con la cual se configura la situación jurídica de riesgo. Típicamente y dada la carencia de normativa al respecto, la Administración Pública está

---

<sup>528</sup> Jinesta Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: p. 158. Ver en el mismo sentido: López Camacho, Álvaro. (2012) *Medidas Cautelares. En el Código Procesal Contencioso Administrativo*. Heredia: Corte Suprema de Justicia – Escuela Judicial Édgar Cervantes Villalta: pp. 93-95. Disponible en: <<https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Medidas%20Cautelares.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | López González, Jorge. (2014) *Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense. Volumen I*. 1ª Ed. San José: ISOLMA: p. 251. | Artavia Barrantes, Sergio (2015) *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. 1ª Ed. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.: pp. 321-322. | Picado Vargas, Carlos (2015) *Manual de Medidas Cautelares*. 1ª Ed. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.: pp. 49-53 y 61-64.

facultada para ordenar medidas cautelares de contenido típico, por aplicación analógica de las normas que las regulen y de contenido atípico siempre dentro de los límites legales, según lo establecido en los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley General de la Administración Pública.

Por su parte, sobre la esfera del administrado recae un efecto jurídico *necesario*, previamente determinado por la Administración. Esta coercibilidad se encuentra reforzada por la naturaleza propia de los actos administrativos que, además, son ejecutivos y ejecutorios. Excepcionalmente, el acto administrativo de trámite con efecto propio que ordena la medida cautelar podría tener un contenido alternativo por el cual pueda optar el administrado (situación jurídica de posibilidad).

La determinación del efecto jurídico genérico permite tener claridad sobre la estrategia de gestión del riesgo a adoptar, la que puede ser preventiva o mitigadora. En ese marco es posible especificar las *medidas* para su abordaje, tomando como base la *evaluación del riesgo* efectuada en la *ponderación de intereses*, es decir, según que el *riesgo* sea *aceptable*, *tolerable* o *intolerable*. Las medidas de gestión pueden sintetizarse de la siguiente manera:

### Cuadro No. 21

Medidas de gestión conforme a evaluación derivada de la ponderación de intereses

<b>Estrategia</b>	<b>Situación de riesgo derivada de la ponderación de intereses</b>	<b>Medidas de gestión</b>
Prevención	<i>Situación de riesgo aceptable</i>	No es necesaria la mitigación o reducción.
Prevención y mitigación	<i>Situación de riesgo tolerable, con disputa sobre su tolerabilidad-<b>aceptabilidad</b></i>	Debe asegurarse que el riesgo se mantenga de dentro de un nivel <b>aceptable</b> a lo largo del tiempo.
Prevención y mitigación	<i>Situación de riesgo tolerable</i>	El riesgo debe ser reducido a niveles adecuados y permitidos.
Prevención y mitigación	<i>Situación de riesgo tolerable con disputa sobre su tolerabilidad-<b>intolerabilidad</b></i>	Se sugiere adoptar medidas que sustituyan la actividad riesgosa por una alternativa idéntica y de beneficios similares dentro del nivel de <b>tolerabilidad</b> .
Prevención y mitigación	<i>Situación de riesgo intolerable</i>	Cuando sea posible, debe eliminarse la fuente de riesgo o procurar su sustitución por una alternativa tolerable o aceptable. Cuando no sea posible, debe iniciarse una estrategia de prevención y mitigación de

		los factores del riesgo (amenazas y vulnerabilidades)
--	--	---

**Nota:** a fin de simplificar se elimina la primera columna del cuadro identificada bajo el título “calificación del riesgo” y se modifican algunos términos, para facilitar su lectura según el nivel de exposición. **Fuente:** Elaboración propia (2019) a partir del Cuadro No. 9, obtenido de: International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: pp. 40-41.

Determinado el efecto jurídico genérico en los dos niveles apuntados y definido su abordaje conforme a la *evaluación* dada en la ponderación de intereses, corresponde ahora especificar el contenido de las medidas cautelares, sea en medidas (a) *conservativas* o (b) *innovativas*<sup>529</sup>. El criterio de distinción no radica en el tipo de efectos jurídicos, pudiendo ser en ambas efectos de tipo constitutivo, modificativo o inhibitorio, o bien, *positivos* (hacer, dar) o *negativos* (no hacer, no dar), sino en el grado de incidencia sobre el objeto procesal en relación con la tutela definitiva. Sobre este criterio Álvaro López Camacho afirma: “(...) *la modalidad que la tutela cautelar asuma en una situación vital concreta debe guardar razonable coherencia con lo que se pretende tutelar en el proceso principal*”<sup>530</sup>.

Las medidas cautelares (a) *conservativas* tienen por propósito *mantener* en tiempo, espacio, cantidad y calidad un *estado* determinado del objeto procesal. Se trata de *mantener* indemnes las *circunstancias fácticas* que constituyen el *supuesto de hecho* sobre el que el ordenamiento jurídico es finalmente aplicado mediante la decisión final. Su propósito es en el ámbito de la *eficacia*. Garantizan el *efecto jurídico* protegiendo el *supuesto de hecho*. Piero Calamandrei explica este tipo de contenido de manera precisa:

*En todos los casos en que uno se encuentre frente a un estado de hecho de tal naturaleza que, si la providencia principal pudiera ejecutarse inmediatamente, su eficacia se traduciría en frutos prácticos, la providencia cautelar mira a conservar aquel estado de hecho, en espera y con el objeto de que sobre el mismo pueda la providencia principal ejercer sus efectos (...)*<sup>531</sup>.

<sup>529</sup> Jinesta Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: p. 159-161. En sentido similar ver: Picado Vargas, Carlos (2015) *Manual de Medidas Cautelares*. 1ª Ed. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.: pp. 64-65

<sup>530</sup> López Camacho, Álvaro. (2012) *Medidas Cautelares. En el Código Procesal Contencioso Administrativo*. Heredia: Corte Suprema de Justicia – Escuela Judicial Édgar Cervantes Villalta: p. 199. Disponible en: <<https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Medidas%20Cautelares.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | En el mismo sentido se dice: “*También bajo este aspecto la función, conservativa o modificativa, de las medidas cautelares, se orienta sobre la providencia principal y se coordina con ella*”. Calamandrei, Piero. (1984) *Providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina: p. 48.

<sup>531</sup> Calamandrei, Piero. (1984) *Providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina: p. 48. Ver: Jinesta Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: p. 159-161. En sentido similar ver: Picado Vargas, Carlos (2015) *Manual de Medidas Cautelares*. 1ª Ed. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.: pp. 159-160. | López Camacho, Álvaro. (2012) *Medidas Cautelares. En el Código Procesal Contencioso Administrativo*. Heredia: Corte Suprema

A manera de ejemplo: ante una denuncia por supuesta tala ilegal de árboles, la Administración Pública competente realiza una inspección ocular en una finca ubicada en una zona boscosa. Logra constatar que la finca es propiedad privada y está cubierta por bosque, además, se inicia con la tala de unos pocos árboles. Inmediatamente, la Administración emite un acto en el que ordena el inicio de un procedimiento para constatar si los árboles ubicados en esa finca constituyen bosque o no, si el propietario cuenta con permiso de aprovechamiento o bien, si se trata de un aprovechamiento ilegal, si cuenta con un Plan de Manejo Forestal y si la actividad ejecutada es conforme a dicho Plan. Como medida cautelar ordena la suspensión de cualquier tipo de actividad de aprovechamiento.

El procedimiento debe determinar la existencia o no de un derecho del propietario para aprovechar el recurso forestal en su propiedad y, de existir, determinar o ratificar sus condiciones. En tal caso, la medida cautelar ordenada por la Administración tiene como propósito preservar el estado actual (en tiempo, espacio, cantidad y calidad) del recurso forestal protegido por el ordenamiento jurídico. Si la medida no se concede el propietario podrá continuar con la corta de árboles, de la cual se sospecha su ilegitimidad. Por lo que si la decisión final es determinar que no existe permiso para tal aprovechamiento, es claro que se trata de un actividad delictiva sancionada por la Ley Forestal, Ley No. 7575, pero para ese momento es posible que el recurso protegido (bien jurídico tutelado) se encuentre mayormente degradado o, en el peor de los casos, eliminado. La medida cautelar es conservativa de las circunstancias fácticas, para garantizar la eficacia y efectividad de la norma protectora del recurso forestal.

El efecto jurídico de la medida cautelar es *inhibitorio*, es decir, *negativo*, puesto que ordena un *no hacer* al administrado. No por ello constituye una medida cautelar de contenido *innovativo*, puesto que está dirigida directamente a mantener un estado particular de las circunstancias fácticas, en tiempo, espacio, cantidad y calidad.

Por su parte, las medidas cautelares (b) *innovativas* tienen como objetivo incidir sobre las circunstancias, sea en lo fáctico o en lo jurídico, esto es cuando la conservación de las circunstancias fácticas no haya sido posible. La medida cautelar innovativa se constituye como un *correctivo* de la realidad y por ello puede *modificar* o *crear* situaciones fácticas o jurídicas, lo cual se impone como necesario para garantizar que la aplicación del ordenamiento jurídico, mediante la decisión final, sea posible (eficaz y efectiva).

A diferencia de las medidas conservativas, que actúan sobre un estado actual de circunstancias para mantenerlo como tal, las medidas innovativas actúan sobre circunstancias

---

de Justicia – Escuela Judicial Édgar Cervantes Villalta: pp. 199-202. Disponible en: <<https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Medidas%20Cautelares.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

transformadas o *ex novo*<sup>532</sup>. Por ello, estas medidas tienen una incidencia mayor sobre el objeto del proceso, de ahí que algunas veces puedan anticipar provisionalmente la tutela definitiva, satisfaciéndola total o parcialmente. Piero Calamandrei explica:

*(...) cuando se trata de que la futura providencia principal constituye nuevas relaciones jurídicas o bien ordene medidas innovativas del mundo exterior, la providencia cautelar, para eliminar el daño que podría derivar del retardo con el que la providencia principal podrá llegar a constituir tales efectos, debe tender no ya a conservar el estado de hecho existente, sino a operar, en vía provisoria o anticipada, los efectos constitutivos o innovativos que, diferidos, podrían resultar ineficaces o inaplicables (...)*<sup>533</sup>.

A manera de ejemplo: una empresa dedicada a la fabricación de pólvora y fuegos artificiales solicita ante la Municipalidad respectiva una patente comercial. El establecimiento se localiza en las afueras del casco urbano del cantón, cerca del Parque Nacional Santa Rosa, que protege, entre otras cosas, gran parte de la zona de vida denominada como Bosque Seco Tropical (Bs-t)<sup>534</sup>. De conformidad con el Reglamento de Zonificación del Plan Regulador de ese cantón, sí es posible autorizar la realización de actividad de tipo industrial en esa zona. Sin embargo, desde hace dos meses la Comisión Nacional de Emergencias emitió una Declaratoria de Emergencia sobre la provincia de Guanacaste, debido a la falta de precipitaciones, riesgo de sequía y riesgo de incendios forestales. La Municipalidad del cantón considera suspender cautelarmente el curso del procedimiento para la autorización de la actividad mediante patente y licencia comercial durante el plazo de 3 meses, mientras pasa la época seca, esto con el propósito de evitar que la actividad industrial de fabricación de pólvora y fuegos artificiales se convierta en una amenaza latente para los ecosistemas vulnerables. La

---

<sup>532</sup> En este sentido, Álvaro López Camacho explica: “Su efecto consiste básicamente en la modificación de las situaciones jurídicas existentes o en el mantenimiento, realización o tutela de situaciones jurídicas preexistentes; pero innovándolas en otras. Las medidas anticipativas tienen efectos de prevención, mientras que la innovativa, en sentido estricto, crea una nueva situación jurídica o la restaura la situación anterior indebidamente alterada por el acto”. López Camacho, Álvaro. (2012) *Medidas Cautelares. En el Código Procesal Contencioso Administrativo*. Heredia: Corte Suprema de Justicia – Escuela Judicial Édgar Cervantes Villalta: p. 202. Disponible en: <<https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Medidas%20Cautelares.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>533</sup> Id., pp. 48-49. Ver: Jinesta Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica: p. 159-161. En sentido similar ver: Picado Vargas, Carlos (2015) *Manual de Medidas Cautelares*. 1ª Ed. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.: pp. 160-161. | López Camacho, Álvaro. (2012) *Medidas Cautelares. En el Código Procesal Contencioso Administrativo*. Heredia: Corte Suprema de Justicia – Escuela Judicial Édgar Cervantes Villalta: pp. 202-209. Disponible en: <<https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Medidas%20Cautelares.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>534</sup> Quesada Monte, Ruperto. (2007) “Los bosques de Costa Rica”. Ponencia presentada en el IX Congreso Nacional de Ciencias. “Exploraciones fuera y dentro del aula”, organizado por el Instituto Tecnológico de Costa Rica. Cartago: ITCR, 24 y 25 de agosto del 2007: p. 7 Disponible en: <<http://www.cientec.or.cr/exploraciones/ponencias2007/RupertoQuesada.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

Municipalidad suspende el ejercicio de la potestad autorizatoria con base en un componente de gestión del riesgo justificado técnicamente por el Decreto Ejecutivo de Declaratoria de Emergencia. Al cabo del plazo, la Municipalidad puede considerar una denegatoria de la patente como acto administrativo final, aplicando el mismo criterio, incluso, a pesar de estar permitida la actividad industrial en esa zona.

La medida cautelar es de tipo *innovativa* porque crea una situación jurídica en la esfera jurídica del administrado, esto es, por imponer con carácter cautelar un *término suspensivo* del procedimiento administrativo autorizatorio, al considerar que la *actividad* solicitada constituye una *amenaza* para un *objeto* (Bosque Seco Tropical) *vulnerable*, lo que se acentúa por la *amenaza* natural de la época seca que afecta actualmente la zona. La ponderación de intereses ha hecho prevalecer el interés público (seguridad ambiental) frente al particular (realizar la actividad económica) y el de la propia Administración (fomentar la actividad económica para percepción de tributos). Esto es por la vía del control urbanístico, ámbito de competencias de la Municipalidad. Además, debe considerarse el interés económico para el cantón que implica el atractivo turístico del Parque Nacional Santa Rosa, razón adicional (interés público económico) para suspender cautelarmente.

#### **g.- Revisión de la necesidad de las medidas cautelares: control del riesgo**

Las medidas cautelares son por naturaleza *contingentes*, por ser instrumentales, provisionales, flexibles y preliminares. Esa *contingencia* genérica las torna en *revisables* en cualquier momento del procedimiento. La *revisión* de la necesidad de las medidas cautelares proviene, casi que exclusivamente, de su carácter *flexible*, debido a la *variabilidad* de las circunstancias que le dieron lugar: eficacia *rebus sic stantibus*. Bien lo señala Luiz Guilherme Marinoni al afirmar: “(...) *tratando-se de tutela cautelar, não há razão para se faltar em preclusão, já que da essência da tutela de cognição sumária (cautelar ou antecipatória) a modificabilidade e a revogabilidade, por ser inerente a ela a provisoriedade*”<sup>535</sup>. La revisión de la necesidad de medidas cautelares puede ser *ex officio* o a gestión de parte. Pueden enumerarse, sin exhaustividad, algunos de los supuestos por los que la necesidad de medidas cautelares es *revisable*:

1. Por transformaciones en la instrumentalidad y provisionalidad
  - a) Modificación, aclaración, ampliación o supresión de pretensiones (modificación objetiva del objeto procesal).
  - b) Extinción o suspensión del procedimiento principal (cesación de la instrumentalidad).

---

<sup>535</sup> Marinoni, Luiz Guilherme. (2002) “Tutela cautelar, tutela antecipatoria e execução imediata de sentença no direito brasileiro”. En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (381-402). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores: p. 390. Traducción libre: “*Tratándose de la tutela cautelar, no hay razón para la falta de preclusión, ya que la esencia de la cognición sumaria (cautelar o anticipatoria) es la modificabilidad y la revocabilidad, por ser inherente a ella la provisionalidad*”.

- c) Advenimiento de la decisión final que desplaza la medida cautelar. Excepto en el caso de que la decisión final se impugne y se mantenga la medida cautelar en fase recursiva (cesación de la instrumentalidad y provisionalidad)<sup>536</sup>.
2. Por transformaciones en la *summaria cognitio* y el presupuesto de *fumus boni iuris*
    - a) Esclarecimiento del objeto procesal por avance del procedimiento (audiencia de contraprueba, audiencia de evacuación de prueba, incidente de hechos nuevos, prueba para mejor resolver). El operador jurídico considera como innecesaria la medida en razón del fondo del asunto (desvanecimiento de la *summaria cognitio* y del *fumus boni iuris*)<sup>537</sup>.
  3. Por transformaciones en el riesgo sobre el objeto procesal (*periculum in mora*)
    - a) Eliminación del riesgo existente
    - b) Existencia de nuevos riesgos
    - c) Aumento o disminución de la cantidad o magnitud de amenazas presente
    - d) Aumento o disminución de la cantidad o intensidad de vulnerabilidades presentes
  4. Por transformaciones en los intereses involucrados
    - a) Satisfacción extraprocesal
    - b) Solución alternativa de conflictos
    - c) Renuncia de derechos

<sup>536</sup> Al respecto se ha dicho: “(...) la estimación cierta de la inexistencia (o existencia) de un derecho material no se producirá hasta la firmeza de la sentencia definitiva. Así por razones de elemental prudencia, no recomendamos que simplemente se considere de pleno derecho y sin más que el dictado de la sentencia deja sin efecto de forma automática las medidas cautelares adoptadas a lo largo del proceso, sino, recomendamos, por el contrario, que dicho alzamiento de la tutela cautelar debe ser considerado de manera expresa por el tribunal resolutor de instancia para no desvirtuar lo logrado en tutela cautelar, o bien, para configurar con certeza dicha carencia de objeto sobrevenida”. López Camacho, Álvaro. (2012) *Medidas Cautelares. En el Código Procesal Contencioso Administrativo*. Heredia: Corte Suprema de Justicia – Escuela Judicial Édgar Cervantes Villalta: p. 281. Disponible en: <<https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Medidas%20Cautelares.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>537</sup> Sobre esto se dice: “Tendo-se em vista a natureza da tutela cautelar, não há razão para não se admitir a modificação ou a revocação da tutela que, em virtude da marcha do contraditório e do surgimento de novas provas, não se afigura mais justificável. Nesse sentido é correto concluir que se a contestação traz prova que permite ao juiz formar convicção diversa sobre a situação que o levou a deferir a tutela, está ele autorizado a revogá-la ou a modificá-la, ainda que não haja sido interposto o recurso de agravo”. Marinoni, Luiz Guilherme. (2002) “Tutela cautelar, tutela antecipatória e execução imediata de sentença no direito brasileiro”. En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (381-402). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores: pp. 389-390. Traducción libre: “Teniéndose en cuenta la naturaleza de la tutela cautelar, no hay razón para no admitir la modificación o revocación de la tutela que, en virtud de la marcha del contradictorio y del surgimiento de nuevas pruebas, no parece justificable. En ese sentido es correcto concluir que si la contestación trae nueva prueba que permite al juez formar una convicción diversa sobre la situación que lo llevó a conceder la tutela, él está autorizado para revocarla o modificarla, aun cuando no haya sido interpuesta la gestión al respecto”.

- d) Protección del interés por parte de autoridades jurisdiccionales (recurso de amparo, medidas cautelares jurisdiccionales)
- e) Modificación subjetiva del objeto procesal (tercerías, acumulación de procesos)

La *revisión* es un nuevo *procedimiento cautelar*. En virtud del principio de paralelismo de las formas, salvo disposición en contrario, la *revisión* hace que el operador jurídico deba cumplir con el mismo procedimiento seguido para imponer una cautelar, aun cuando el resultado sea ratificar la existente, modificarla, sustituirla o revocarla. No podría pensarse en la sustitución o revocación de una medida cautelar sin la debida audiencia conferida al afectado, por ejemplo.

La *revisión* de la necesidad de medidas cautelares forma parte de la fase de *gestión del riesgo*, pero propiamente la sub-fase de monitoreo, control o revisión de las medidas de gestión adoptadas. Sobre esta ya se dijo que implica una “retroalimentación para la efectividad de las opciones ejecutadas para reducir el riesgo”, además, “*la fase de monitoreo también podría proporcionar información sobre señales tempranas respecto de nuevos riesgos o riesgos antiguos vistos desde una nueva perspectiva*”<sup>538</sup>.

El *control del riesgo* mediante la revisión de la necesidad de medidas cautelares cierra el ciclo de la gestión del riesgo del objeto procesal. Pero, por la naturaleza propia de estas medidas, tanto como por la naturaleza de los fenómenos de riesgo, el ciclo permanece, es decir, un control continuo mientras no sobrevenga la aplicación definitiva del ordenamiento jurídico mediante la decisión final.

## **h.- Algunos institutos y principios jurídicos coadyuvantes de la gestión del riesgo aplicables a la tutela cautelar**

Este último apartado tiene como propósito enunciar algunos institutos o principios jurídicos que coadyuvan a la gestión del riesgo mediante la tutela cautelar. Los institutos o principios fueron seleccionados por su relevancia jurídica general y por su versatilidad, de manera que también fungen como *mecanismos articuladores* para incorporar a través de ellos la gestión del riesgo. Se trata, en orden, de h.1.) los principios preventivo y precautorio y h.2.) el instituto de la discrecionalidad administrativa y el principio de proporcionalidad.

### **h.1.- Principios preventivo y precautorio**

Los principios preventivo y precautorio tienen el mismo *efecto*: prevenir, precaver, anticipar, cautelar, caucionar. La *causa* de ambos es la misma: la existencia de un *fenómeno de riesgo* cuya posibilidad de ocurrencia deba prevenirse o precaverse (efecto). Su *objetivo* es el mismo, proteger los elementos en riesgo. Tales circunstancias los equiparan, por tanto, su rasgo

---

<sup>538</sup> : International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC: p. 43.



diferenciador no reside ni en la causa, ni en el efecto, ni en el objetivo. Ambos principios son mecanismos de gestión del riesgo. Su diferencia radica a nivel epistemológico, sea en la forma en que el riesgo objeto de gestión aparece, se comporta y se analiza: *risk knowledge* (conocimiento sobre el riesgo).

En el Capítulo Primero se analizó el *risk knowledge* como un aspecto transversal en toda la teoría de la gestión del riesgo. Sin necesidad de reiterar, se indicó que el *conocimiento sobre el riesgo* se caracteriza por tres atributos: a) la *complejidad*, definida por la dificultad de determinación de las relaciones entre las causas productoras de un determinado riesgo y sus posibles efectos específicos; b) *incertidumbre* que evidencia una carencia total o parcial de información sobre el fenómeno de riesgo en su conjunto. Incertidumbre que puede estar referida a elementos *epistémicos* o debida a aspectos *aleatorios* y c) la *ambigüedad* como resultado de lo anterior, en el sentido de que la información existente no permite la extracción de conclusiones unívocas, claras o seguras para la toma de decisiones, esta ambigüedad puede estar referida a los hechos (*interpretativa*) o a los valores (*normativa*).

Esa propuesta del *risk knowledge* permite demarcar un ámbito epistemológico del riesgo que oscila entre dos polos generales: lo *conocido* y lo *desconocido*, ambos referidos a las tres características o variables apuntadas. Según ese par dicotómico, el principio *preventivo* se ubica tendencialmente hacia *lo conocido* del fenómeno de riesgo, mientras que el *precautorio* tiende hacia *lo desconocido* del riesgo, pero ambos referidos al riesgo. Sin propósito de definir estos principios, Carolina Medeiros Bahia, en doctrina brasileña, evidencia esta tensión epistemológica:

*Neste ponto, pode-se identificar a diferença entre o princípio da precaução e o da prevenção. (...) o princípio da precaução está voltado para as circunstâncias em que há apenas suspeitas de que a atividade ou a substância poderá causar danos ao meio ambiente ou à saúde humana, como ocorre nos casos da poluição acidental nas atividades perigosas. Já o princípio da prevenção aplica-se quando já há a certeza sobre a causa e os efeitos da atividade ou substância e abrange, sobretudo, o seu controle<sup>539</sup> (Subrayado es suplido).*

---

<sup>539</sup> Bahia, Carolina Medeiros (2012) *Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente: elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental*. Tesis para optar por el grado de Doctorado en Derecho, Centro de Ciencias Jurídicas de la Universidad Federal de Santa Catarina: p. 133. Disponible en: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99316/302182.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “En este punto, se puede identificar la diferencia entre el principio de precaución y el de prevención. (...) el principio de precaución está dirigido a las circunstancias en que hay apenas sospechas de que la actividad o la sustancia podría causar daños al medio ambiente o a la salud humana (...). El principio de prevención se aplica cuando hay certeza sobre la causa de los efectos de la actividad o sustancia y alcanza, sobre todo, su control”. Ver en el mismo sentido: Cafferatta, Néstor. (2004) *Introducción al Derecho Ambiental*. 1ª Ed. México: Instituto Nacional de Ecología: p. 166. | Cafferratta, Néstor (2004) “El principio

El conocimiento, a partir de la información disponible sobre el fenómeno de riesgo en gestión (*risk knowledge*) determina, por la *complejidad, incertidumbre y ambigüedad*, la condición epistemológica, es decir, la tendencia hacia lo *conocido* para aplicar el principio *preventivo*; o por el contrario, la tendencia hacia lo *desconocido*, para aplicar el principio *precautorio*. Los principios, en rigor, responden a supuestos de aplicación contrarios, a pesar de sus similitudes. En este sentido, se comparte la propuesta analítica de Adam Carter y Martin Peterson, al explicar:

*As a decision rule, the precautionary principle can be understood as composed of three central elements: a damage condition (D), an epistemological condition (E), and a suggested remedy (R), such that: if D and E are satisfied, the R is prescribed, or activated. On this line of thinking: if there is sufficient epistemic confidence that an activity under consideration will bring about a damage of a certain degree of severity, then this is sufficient grounds for regulating (in some way) the activity*<sup>540</sup>.

Este análisis del principio precautorio es moderado. Como complemento de lo anterior, Julian Morris señala dos concepciones de ese principio, la fuerte y la débil, las explica de la siguiente manera: *“the strong PP [Principio precautorio], which says basically, take no action unless you are certain that it will do no harm; and second, the weak PP, which says that lack of full certainty is not a justification for preventing an action that might be harmful*<sup>541 y 542</sup>.

---

precautorio”. En: *Gaceta Ecológica*, No. 73 (5-21): pp. 9-10. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/539/53907301.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Leite, José Rubens; Belchior, Germana (2012) “Dano ambiental na sociedade de risco: uma visão introdutória” En: *Dano Ambiental na Sociedade de Risco*. São Paulo: Saraiva: p. 16. | Lloret, Elsa María (2011) “El principio preventivo y precautorio en el Derecho Ambiental. ¿A qué principio responde la evaluación de impacto ambiental?”. En: *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, No. 21: p. 14. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4283316.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. | Gorosito Zuluaga, Ricardo (2017) “Los principios en el Derecho Ambiental”. En: *Revista de Derecho. Universidad Católica del Uruguay*, 13(16) (101-136): pp. 118-121. Disponible en: <<https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1471/1477>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>540</sup> Carter, Adam; Peterson, Martin. (2015) “On the epistemology of the precautionary principle”. En: *Erkenntnis*, Vol. 80(1), (1-13): p. 3. Disponible en: < <https://www.jstor.org/stable/24734972>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “*Como una regla de decisión, el principio precautorio puede ser entendido como compuesto de tres elementos centrales: una condición de daño (D), una condición epistemológica (E) y una propuesta de remedio (R), así se tiene: si se verifican D y E, entonces R se prescribe. En esa línea de pensamiento: si existe suficiente confianza epistémica de que una actividad considerada puede suponer un daño de cierto grado de severidad, entonces, hay suficientes bases para regular (de alguna manera) la actividad*”.

<sup>541</sup> Morris, Julian. (2000) “Defining the precautionary principle”. En: *Rethinking Risk and the Precautionary Principle*. Oxford: Butterworth-Heinemann: p. 1. Traducción libre: “*El principio precautorio en sentido fuerte, según el cual, básicamente, no se actúa si no se está seguro de que no habrá daño; el segundo, en sentido débil, según el que la falta de certeza absoluta no es justificación para prevenir una acción que podría ser peligrosa*”.

<sup>542</sup> En Costa Rica, los principios preventivo y precautorio se encuentran regulados en el artículo 11 de la Ley de Biodiversidad, Ley No. 7788 del 30 de abril del 1998. El inciso 1) de dicha norma, define el principio preventivo como: “*anticipar, prevenir y atacar las causas de la pérdida de la biodiversidad o sus amenazas*”. Mientras que el principio precautorio es entendido en su versión débil, el inciso 2) de la misma norma establece: “*Cuando exista*

Estas consideraciones llevan a concluir que la aplicación de uno u otro principio no se define por el tipo de medidas preventivas, puesto que ambos tienen el mismo propósito, sino por la determinada configuración de una *situación real de riesgo*. Por ello, se comparte la posición moderada sobre el principio precautorio, la cual a su vez ubica en su lugar al principio preventivo, toda vez que las opciones de gestión están en función del grado de certeza que se tenga, en la medida en que el conocimiento sobre el riesgo disponible permita vincular los efectos de las medidas de gestión sobre las causas conocidas del riesgo, con lo cual se busca incidir, en mayor o menor medida, en los efectos ulteriores del riesgo.

Aaron Wildawsky propone el principio de la *incertidumbre irreductible* y el principio de la *conectividad*. En simple, el primero afirma que no todo se puede conocer y que todo lo que se hace genera consecuencias que podrían no conocerse; el segundo, señala que cualquier acto u objeto puede valorarse en términos de seguridad-riesgo<sup>543</sup>. Con base en esas premisas,

---

*peligro o amenaza de daños graves o inminentes a los elementos de la biodiversidad y al conocimiento asociado con estos, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces de protección*". | En cuanto al **principio preventivo**, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha señalado, lacónicamente, que "(...) se refiere a la proyección sobre las consecuencias perjudiciales ciertas de algunas actividades. El tratar de evitarlas con anticipación es el propósito de este principio (...)" Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV. Sentencia No. 41 del 30 de abril del 2013. Sentencia No. 83 del 16 de setiembre del 2013. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018. En una sentencia posterior, en ese Tribunal, en otra Sección, agregó: "El principio preventivo se enmarca en aquellos supuestos en los cuales la información disponible permite prever ambas variables y disponer de medidas para minimizar el peligro o para reducir el impacto en caso de que se materialice. Opera en el marco clásico del ejercicio del poder de policía por motivos de salud pública, donde la Administración ha actuado de cara a actividades donde se tiene certeza científica acerca de su peligrosidad". Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Sentencia No. 102 del 17 de agosto del 2017. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018. | En relación con el **principio precautorio**, la jurisprudencia constitucional señala lo siguiente, lo cual se acerca más a un sentido fuerte de este principio: "(...) las actividades económicas con impacto ambiental deben ser autorizadas cuando exista certeza científica de que ese impacto no implique un riesgo o amenaza de daño permanente e irreversible al ambiente". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 1888 del 15 de febrero del 2011. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018. En sentido similar se dice en otra sentencia: "(...) el principio precautorio obliga a la Administración Ambiental a ponderar cuidadosamente si, la actividad del hombre compromete el medio, y a no conceder la autorización si las evaluaciones demuestran que la actividad puede producir consecuencias nocivas o irreparables al ambiente". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 9122 del 21 de mayo del 2010. Sentencia No. 12261 del 20 de julio del 2010. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018. Por su parte, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha dicho, con mayor precisión que: "Por su parte, el principio precautorio supera el marco tradicional de tutela y se enmarca en la esfera de la incertidumbre científica, que se produce cuando hay carencia de información o la misma resulte contradictoria entre sí (...)". Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Sentencia No. 102 del 17 de agosto del 2017. Ver: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 368 del 30 de setiembre del 2011. Sentencia No. 394 del 14 de octubre del 2011. Sentencia No. 112 del 5 de mayo del 2012. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

<sup>543</sup> Wildawsky, Aaron. (1988) *Searching for Safety*. New Brunswick: Transaction Books, Social Philosophy and Policy Center: p. 4. Literalmente, este autor explica: "El principio de la incertidumbre irreductible se basa no solo en la premisa evidente de que una persona no lo sabe todo, sino también la consideración ligeramente menos obvia de que incluso los seres humanos al actuar en el ambiente están generando consecuencias de las cuales no están completamente conscientes. (...) [El principio de conectividad] establece que lo bueno y lo malo (seguridad y peligro) están entrelazados en los mismos actos y objetos". (Id., p. 4. Traducción libre).

Wildawsky concluye que los viejos riesgos no pueden ser reducidos sin incurrir en nuevos, por lo tanto: “*The trick is to discover not how to avoid risk, for this is impossible, but how to use risk to get more of the good and less of the bad. The search for safety is a balancing act*”<sup>544</sup>.

Entonces, los principios preventivo y precautorio son instrumentos jurídicos que permiten realizar gestión del riesgo en dos niveles, primero en la *evaluación del riesgo* y segundo en la *gestión del riesgo per se* (selección de medidas de gestión). Según esta función, estos principios fungen como parámetros, primero, para la valoración del *riesgo sobre el objeto procesal (periculum in mora)*; luego, como criterios en la determinación del contenido de las medidas cautelares, con el establecimiento de las *medidas de gestión*, según el *conocimiento sobre el riesgo* disponible a ese momento procesal.

Respecto de la *evaluación del riesgo sobre el objeto procesal*. El operador jurídico deberá, con la información disponible y de la que válidamente pueda disponer, configurar la *situación real de riesgo* (sujetos, objetos, hechos y actos), para luego determinar su función activa (factores de riesgo) o pasiva (elementos en riesgo). Verificado lo anterior, se efectúa un análisis *prima facie* de la intensidad o magnitud de tales factores (amenazas y vulnerabilidades), así como la determinación de la *exposición* de los elementos en riesgo y su capacidad de respuesta ante el riesgo.

Este panorama fáctico se conforma de todos los insumos que a ese momento procesal se obtiene para conformar un *diagnóstico preliminar*, mejor dicho, un *conocimiento preliminar sobre el riesgo*. A partir de ello, es posible determinar si ese conocimiento se caracteriza por su *complejidad* (dificultad para identificar relaciones de causa y efectos entre los elementos de la situación real de riesgo), por su *incertidumbre* (falta información para conocer factores de riesgo, elementos en riesgo, para estimar la intensidad de los factores, la magnitud de los efectos, la frecuencia de las causas, entre otros indicadores) o por su *ambigüedad*, la información disponible permite extraer simultáneamente conclusiones contradictorias y equívocas, sea por interpretación de los hechos o por la ponderación de los elementos axiológicos.

Luego de ese tamiz, es posible determinar cuáles elementos del fenómeno de riesgo como conjunto son conocidos y cuáles desconocidos, lo cual permite una aplicación correcta del *principio preventivo* para lo conocido con certeza y, una aplicación del *principio precautorio* respecto de lo no conocido. Se termina este apartado con un fragmento de una sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo.

---

<sup>544</sup> Id., p. 5. Traducción libre: “*El truco no está en descubrir como evitar el riesgo, lo que es imposible, sino en usar el riesgo para obtener más beneficio que perjuicio. La búsqueda de la seguridad es un acto de balanceo*”.

Se trata de un razonamiento interesante e inusual, a saber:

*La distinción entre el preventivo y el precautorio se halla en el **grado de riesgo ambiental** que se pretende gestionar, recordando que éste se encuentra compuesto de dos variables esenciales a prever o medir: la probabilidad de materialización de un peligro y la magnitud del impacto ambiental potencial, en la hipótesis de que éste se llegara a manifestar; siendo que para ambas, el grado de información científica disponible resulta crítica<sup>545</sup> (Negrita y subrayado son suplidos).*

El fragmento es inusual, por cuanto es de las pocas veces en que el Tribunal explica con detalle aspectos relacionados con la *gestión del riesgo* aplicada a un caso concreto, sin que el tema haya estado referido a las competencias de la Comisión Nacional de Emergencia, lo que sí es usual. El texto evidencia que el Tribunal, al aplicar el principio precautorio, efectúa *gestión del riesgo* en el caso concreto. Si bien, no existe una completa exposición sobre el riesgo y la técnica de gestión, es claro que subyacen esas nociones, incluso, al considerar como variables la “probabilidad de materialización de un peligro” y la “magnitud del impacto ambiental potencial”. Finalmente, llama la atención que el fragmento ubique el principio preventivo y precautorio en un análisis epistemológico como el propuesto, es decir, la aplicación de uno y otro depende del “*grado de información científica disponible*”.

## **h.2.- Discrecionalidad administrativa y principio de proporcionalidad**

En el caso de las medidas cautelares atípicas la discrecionalidad de la Administración Pública se constituye en un instrumento útil para la determinación final de su contenido. La *discrecionalidad administrativa* es de especial relevancia tratándose de la *gestión del riesgo*, debido a que este tipo de fenómenos, por su contingencia y complejidad, exigen respuestas versátiles no prefijadas en las normas.

En labor de creación normativa, la creación de ámbitos controlados de discrecionalidad es una técnica recomendable para dotar de instrumentos a la Administración Pública, de modo que la aplicación de estos instrumentos no es un procedimiento automático de subsunción sino de gestión de la realidad mediante tales *mecanismos operativos*. Con todo, el ordenamiento jurídico no se queda en la fase de eficacia (verificación del supuesto de hecho normativo en la realidad), sino en la de efectividad, por incidir realmente en la realidad.

En el Derecho Administrativo es generalmente aceptada la tesis finalista para sustentar el origen de las potestades administrativas. Se trata de un cambio que migra del paradigma causalista proponente de la habilitación legal expresa en todo caso (principio de legalidad

---

<sup>545</sup> Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Sentencia No. 102 del 17 de agosto del 2017. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018.

positiva), hacia un nuevo paradigma de corte finalista que considera como suficiente la previsión normativa de los fines y objetivos a los que aspira la función pública, sin perjuicio de los apoderamientos normativos específicos. Daniel Ramírez Escudero explica:

*(...) la potestad administrativa solo puede entenderse como una figura ligada, mediante un relación de confianza a los fines. (...) la potestad administrativa se desarrolla y torna en potestad fiduciaria. La potestad fiduciaria se diferencia de su figura matriz, la potestad como genus, en razón de un especial vínculo con el objetivo que la justifica*<sup>546</sup>.

Este cambio de paradigma permite justificar la incorporación y desarrollo de la *discrecionalidad administrativa*, que desde un punto de vista fáctico se justifica por la diversa, compleja y dinámica actividad a la que la Administración Pública se encuentra obligada, ya no como mera controladora negativa de los excesos de la voluntad privada, sino como agente de actuación positiva para garantizar condiciones de bienestar multidimensional (social, político, económico, urbano-territorial, ambiental, cultural, entre otras)<sup>547</sup>.

La discrecionalidad administrativa es: *“(...) una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (...) no incluidos en la Ley y remitidos al*

---

<sup>546</sup> Ramírez-Escudero, Daniel. (2004) *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia: Tirant Lo Blanch: p. 287. En el mismo sentido Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández explican: “*Es esta circunstancia [vinculación de la potestad a sus fines] la que determina la calificación de las potestades administrativas como poderes fiduciarios, esto es, poderes en los que se disocia la titularidad formal del ejercicio y el beneficiario último del mismos*”. García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón. (2000) *Curso de Derecho Administrativo I*. 10ª Ed. Madrid: Editorial Cívitas: p. 446. En Costa Rica, don Eduardo Ortiz Ortiz señala: “*No hay en la vida de la Administración poderes sin finalidad determinada. Un poder con fin indeterminado no debe existir, y de darse, la jurisprudencia queda obligada a asignarle un fin en lugar de la ley*”. Ortiz Ortiz, Eduardo. (1998) *Tesis de Derecho Administrativo I*. 1ª Ed. San José: Editorial Stradtman: p. 35.

<sup>547</sup> Bien lo explica Miguel Sánchez Morón, en el marco de la evolución del Estado Liberal al Estado Social de Derecho: “*El Estado social es, a diferencia del Estado liberal, necesariamente intervencionista, cualquiera que sean las formas de intervención que se elijan, pues la evolución histórica ha demostrado sobradamente que determinados fines de interés social no pueden ser alcanzados por el libre juego de las relaciones sociales. De ahí que nuestra Constitución [la española], como otras, imponga a los poderes públicos una pluralidad de tareas de política económica y social, medioambiental y cultural*”. Sánchez Morón, Miguel. (1994) *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.: p. 99. Actualmente, se ha propuesto la idea de un “Estado Ecológico de Derecho”, que parte de una idea biocéntrica y se sustenta en principios como el de la sustentabilidad, en este paradigma subyace “*(...) uma compreensão de que a proteção dos sistemas ecológicos é essencial para a redução de riscos e para a garantia da qualidade de vida, vinculada à conscientização do valor intrínseco da natureza, independentemente de sua utilidade ou da valoração humana atribuída, na adoção de uma ética biocêntrica*”. Leite, José Rubens; Silveira, Paula; Bettega, Belisa. (2017). “O Estado de Direito para a natureza: fundamentos e conceitos”. En: Leite, José Rubens; França, Flávia (Orgs.) *Estado de Direito Ecológico. Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza*. São Paulo: Instituto O Direito por Um Planeta Verde: p. 68. Traducción libre: “*(...) una comprensión de que la protección de los sistemas ecológicos es esencial para la reducción de riesgos y para la garantía de la calidad de vida, vinculada a la concientización del valor intrínseco de la naturaleza, independientemente de su utilidad o de la valoración humana atribuida, en la adopción de una ética biocéntrica*”.

*juicio subjetivo de la Administración*<sup>548</sup>. El instituto se *justifica por el fin* al que está preordenada la potestad administrativa<sup>549</sup> (aun cuando es implícita) y su *supuesto de aplicación es fáctico*. No se trata de que existan elementos jurídicos que ocasionan discrecionalidad (conceptos jurídicos intederminados), sino de *elementos fácticos* fuera de los supuestos de hecho normativos que exigen ser gestionados por parte de la Administración Pública. En esa perspectiva, el vacío o la insuficiencia del ordenamiento evidencian fenómenos (sujetos, objetos, hechos y actos) no regulados por la ley, pero que por un determinado fin público (el que justifica la potestad) requieren de ser gestionados, *so pena* de menoscabar ese fin.

Esa causa fáctica llama la atención de la Administración y esta responde con el ejercicio de potestades discrecionales, es decir, estudiando la mejor manera de gestionar tal o cual fenómeno y decidiendo, finalmente, entre un elenco de soluciones autoproducidas por la estudio previo.

En tal sentido, la *discrecionalidad administrativa* funge como un *mecanismo articulador*, según se definió al inicio de este Capítulo, que permite la incorporación de elementos extrajurídicos para complementar el funcionamiento interno del ordenamiento jurídico. Concretamente en el marco del procedimiento cautelar, la *discrecionalidad* habilita a la Administración Pública para analizar el *fenómeno de riesgo* que incide sobre el *objeto procesal*, de manera tal que se generen alternativas para su adecuada gestión (prevención o mitigación). Bien lo señala Miguel Sánchez Morón: “(...) *la discrecionalidad comporta, como se reconoce por doquier, la necesidad de tomar en cuenta criterios políticos, técnicos o de mera oporturtunidad o conveniencia (económica, social organizativa), según los casos*”<sup>550</sup>.

La Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227, señala en su artículo 15 inciso 1) que “*la discrecionalidad podrá darse incluso por ausencia de ley en el caso concreto, pero estará sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable*”. La misma Ley reconoce la posibilidad de que la Administración Pública recurra a criterios técnicos para lograr de mejor forma la satisfacción del interés público y la fundamentación de sus actuaciones. El artículo 16 inciso 1) de la misma Ley se constituye como norma-habilitante y como norma-limitante, al establecer que: “*En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la*

---

<sup>548</sup> García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón. (2000) *Curso de Derecho Administrativo I*. 10ª Ed. Madrid: Editorial Cívitas: p. 458. | En el mismo sentido, don Eduardo Ortiz señaló: “*la discrecionalidad radica en la posibilidad de escoger entre diversas conductas posibles*”. Ortiz Ortiz, Eduardo. (1998) *Tesis de Derecho Administrativo I*. 1ª Ed. San José: Editorial Stradtman: p. 53.

<sup>549</sup> Eduardo García de Enterría indica: “*En efecto, las autoridades administrativas pueden contar y cuentan, con toda normalidad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso, de la finalidad pública, de la utilidad o interés general*”. García de Enterría, Eduardo. (1983) *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. 3ª Ed. Madrid: Editorial Cívitas S.A.: p. 27.

<sup>550</sup> Sánchez Morón, Miguel. (1994) *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.: p. 114.

*ciencia o la técnica (...)*”. En materia ambiental, este recurso a la técnica se denomina como *principio de objetivación de la tutela ambiental o vinculación entre la ciencia y la técnica*<sup>551</sup>.

La Administración Pública debe actuar apegada al ordenamiento jurídico y justificar sus decisiones jurídicamente y, técnicamente, cuando la naturaleza de los hechos lo requiera. En particular, tratándose de *fenómenos de riesgo de desastre* la actuación pública, aunque pueda ser urgente, no puede ser antojadiza y vacua, sino objetiva y defendible técnicamente. Por ello, se propone que la *técnica de gestión del riesgo* se incorpore, en la medida de lo posible, mediante institutos jurídicos (mecanismos articuladores) como lo es la *tutela cautelar* y, dentro de ese procedimiento de urgencia, mediante la *discrecionalidad administrativa* para determinar el contenido atípico de las medidas a adoptar.

Esta discrecionalidad se concreta, para efectos de este trabajo, con el acto administrativo que ordene, modifique o revoque una medida cautelar. Tal acto no es típico o nominado, debido a la carencia de régimen jurídico de la tutela cautelar en sede administrativa, pero por ser un acto administrativo, su régimen jurídico general se encuentra normado (principio de legalidad administrativa en vertiente positiva). Esta circunstancia hace que el acto administrativo cautelar posea, como es normal, elementos normados y discrecionales, no siendo del todo discrecional<sup>552</sup>.

---

<sup>551</sup> En otro momento, el autor de este trabajo, expone que el principio de objetivación de la tutela ambiental consiste en: “*contar con la mayor cantidad posible de información científica que permita, entre otras cosas: a) diagnosticar ex ante el estado del ecosistema (SES) [Sistema Ecológico-Social] que podría ser afectado por una actividad humana, b) determinar si la actividad humana pretendida puede o no alterar el equilibrio del ecosistema y, si lo puede afectar, determinar en qué grado, c) proponer medidas de intervención menos invasivas como alternativas de la actividad humana propuesta, d) fijar criterios para la intervención y forma de realizar la actividad humana pretendida, cuando sea viable autorizarla, e) generar información suficiente e idónea que justifique el motivo de la actuación pública, en virtud de la cual se adopta un acto administrativo, sea favorable o desfavorable a la gestión particular, f) establecer criterios de compensación en caso de que se pueda autorizar la actividad pretendida, g) establecer obligaciones de seguimiento y control de la actividad pretendida a la Administración Pública y a los interesados*”. Jiménez Sanabria, Santiago; Peralta Montero, Carlos. (2019) “Sustentabilidad como principio orientador de la gestión del riesgo de desastres. Tensión entre paradigmas: resiliencia o anticipación”. En: Benjamin, Antonio; Nusdeo, Ana María (Orgs.) (2019) *Mudanças Climáticas. Conflitos ambientais e respostas jurídicas*. Volume 2. São Paulo: Instituto O Direito por Um Planeta Verde: p. 497. Disponible en: <[http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo\\_20190813095306\\_4410.pdf](http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20190813095306_4410.pdf)> Accesado el: 27 de agosto del 2019. | Ver: Peña Chacón, Mario (2013) “Los principios de objetivación de la tutela ambiental e irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección y su relación con la prohibición de retroceso”. En: *Revista Judicial*, No. 108 (125-143). Disponible en: <[https://escuelajudicial.poderjudicial.go.cr/Archivos/documentos/revs\\_juds/revista%20108/PDFs/08-objetivacion.pdf](https://escuelajudicial.poderjudicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/revista%20108/PDFs/08-objetivacion.pdf)> Accesado el : 1 de noviembre del 2018.

<sup>552</sup> Al respecto señala Eduardo García de Enterría: “(...) en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos”. García de Enterría, Eduardo. (1983) *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. 3ª Ed. Madrid: Editorial Cívitas S.A.: p. 25. Este autor también ha dicho que: “(...) la discrecionalidad (...) no es un supuesto de libertad de la Administración frente a la norma; más bien, por el contrario, la discrecionalidad es un caso típico de remisión legal: la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, solo que no realizada (...) por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, realizable a



El acto administrativo cautelar es *externo* por tener como destinatario a un administrado<sup>553</sup>, es un acto de *trámite*, por estar incardinado en el procedimiento administrativo y coadyuvar con el mantenimiento del objeto procesal, mientras el asunto no se decide por el fondo con el acto final. Posee un “*efecto propio*”, porque a pesar de su carácter eminentemente procesal repercute en la esfera del administrado, por su naturaleza cautelar, por ello es impugnabile separadamente del acto final<sup>554</sup>, es de *contenido desfavorable* por imponer obligaciones, por limitar o suspender derechos y general por incidir sobre la esfera del particular<sup>555</sup>. Según García de Enterría<sup>556</sup>, al menos cuatro son los elementos reglados del acto discrecional: 1) la existencia de la potestad (aunque pueda ser implícita); 2) su extensión; 3) la competencia (atribuida en concreto a un sujeto de derecho público) y 4) el fin. Es decir, al menos los *elementos subjetivos* (órgano-ente<sup>557</sup>, competencia<sup>558</sup>, investidura<sup>559</sup>) y *formales* (forma de manifestación<sup>560</sup>, motivación<sup>561</sup>, procedimiento administrativo<sup>562</sup>) están normados por la Ley General de la Administración Pública.

En el caso del acto administrativo cautelar, la cuestión sobre la discrecionalidad recae usualmente sobre dos *elementos objetivos* (motivo y contenido), puesto que el fin debe estar regulado siempre (principio de vinculación mínima)<sup>563</sup>. Este es el caso del acto administrativo cautelar: es discrecional, debido a que el *motivo* no se encuentra regulado y el *contenido* se encuentra parcialmente regulado o de manera imprecisa. Sobre esto, don Eduardo Ortiz Ortiz señala:

*El acto discrecional es aquel cuyo motivo o contenido, o ambos al mismo tiempo han sido imprecisamente regulados por la Ley, sea porque ésta no ha determinado del todo uno de ellos, sea porque los ha definido empleando conceptos indeterminados de valor, de apreciación subjetiva para el funcionario*<sup>564</sup>.

Primero, en cuanto al motivo, que corresponde a las circunstancias de hecho o de derecho que impulsan el actuar administrativo. Considerando que no existe una regulación sobre las

---

*la vez que procede el proceso aplicativo*”. García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón. (2000) *Curso de Derecho Administrativo I*. 10ª Ed. Madrid: Editorial Cívitas: p. 454.

<sup>553</sup> Artículo 120 inciso 1) de la Ley General de la Administración Pública.

<sup>554</sup> Artículo 163 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública.

<sup>555</sup> Artículos 14 inciso 2) y 136 inciso 1), sub-inciso a) de la Ley General de la Administración Pública.

<sup>556</sup> García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón. (2000) *Curso de Derecho Administrativo I*. 10ª Ed. Madrid: Editorial Cívitas: p. 454. Ver en el mismo sentido: García de Enterría, Eduardo. (1983) *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. 3ª Ed. Madrid: Editorial Cívitas S.A.: pp. 25-26.

<sup>557</sup> Artículos 1, 2, 3, 59 incisos 2) y 3), 103 y 129 de la Ley General de la Administración Pública.

<sup>558</sup> Artículos 59-98 de la Ley General de la Administración Pública.

<sup>559</sup> Artículos 111 y 129 de la Ley General de la Administración Pública.

<sup>560</sup> Artículos 130, 134, 137, 138 de la Ley General de la Administración Pública.

<sup>561</sup> Artículos 130 y 136 de la Ley General de la Administración Pública.

<sup>562</sup> Artículo 129 y Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública.

<sup>563</sup> En sentido análogo ver artículo 12 inciso 1) y el artículo 131 de la Ley General de la Administración Pública.

<sup>564</sup> Ortiz Ortiz, Eduardo. (2000) *Tesis de Derecho Administrativo II*. 1ª Ed. San José: Editorial Stradtman: p. 394.

medidas cautelares en sede administrativa, el *motivo* de este acto no se encuentra regulado. Sin embargo, esto no es razón para considerar nulo en abstracto el acto administrativo cautelar por carecer de un *motivo regulado*, que no es lo mismo que carecer, en el caso concreto, de motivo<sup>565</sup>.

La determinación del motivo es insoslayable frente al caso concreto. La falta de regulación legal de este traslada la carga de la *motivación* a la Administración Pública, no existiendo excusa alguna para omitir dicha argumentación. El motivo del acto administrativo cautelar es la determinación de la *situación real de riesgo*. Por ello cobra relevancia el instrumental propuesto en este trabajo, para analizar el *riesgo* desde un punto de vista *fenomenológico-jurídico* y, en el procedimiento cautelar, como *riesgo sobre el objeto procesal*. Este es, precisamente, el ejercicio propuesto en el análisis del presupuesto del usualmente denominado *periculum in mora*, que permite obtener un *diagnóstico preliminar del riesgo*. Ese diagnóstico determina el motivo del acto administrativo cautelar.

En segundo lugar: el *contenido* del acto, el cual se refiere al “*efecto del acto, considerado como resultado jurídico inmediato del mismo*”<sup>566</sup>. El contenido se encuentra regulado de manera imprecisa en los artículos 14 inciso 2) y 148 de la Ley General de la Administración Pública, que contempla efectos cautelares típicos (suspensión de eficacia del acto administrativo). Pero en virtud del artículo 14 inciso 1) de la misma Ley, la tutela cautelar (poder general de cautelar) es un contenido implícito en las potestades administrativas, por ello, el contenido atípico de los actos administrativos cautelares está, en este momento, circunscrito a criterios discrecionales, mas no arbitrarios. El artículo 132 incisos 1) y 3) de la Ley de cita señalan:

*1.- El contenido deberá ser lícito, posible, claro, preciso y abarcar todas las cuestiones de hecho y de derecho surgidas del motivo, aunque no hayan sido debatidas por las partes interesadas; (...) 2.- Su adaptación al fin se podrá lograr mediante la inserción discrecional de condiciones, términos y modos, siempre que, además de reunir las notas del contenido arriba indicadas, estos últimos sean legalmente compatibles con la parte reglada del mismo. (Subrayado es suplido).*

La técnica de gestión del riesgo estudiada en el Capítulo Primero y retomada en el apartado f) de este Capítulo viene a constituir un instrumento objetivo al alcance del operador jurídico para determinar el contenido impreciso del acto administrativo cautelar. Conforme al artículo 158 inciso 4) de la Ley General de la Administración Pública, se trata de criterios técnicos que, una vez considerados, se integran al ordenamiento jurídico para establecer y delimitar los efectos jurídicos de este acto cautelar. No obstante, a esto debe integrarse toda la doctrina

<sup>565</sup> Artículos 158 y 166 de la Ley General de la Administración Pública.

<sup>566</sup> Ortiz Ortiz, Eduardo. (2000) *Tesis de Derecho Administrativo II*. 1ª Ed. San José: Editorial Stradtman: p. 323.

general de la tutela cautelar y las normas en carácter supletorio del Código Procesal Contencioso Administrativo.

La determinación de una medida cautelar de tipo *conservativa* o *innovativa*, con efectos *positivos* o *negativos*, con eficacia vinculante *ex nunc*, pero sujeta a condiciones (provisionalidad, variabilidad), puede convertirse, por medio de la discrecionalidad, en una medida de gestión para *prevenir* o *mitigar* el fenómeno de riesgo. De modo que el *contenido* estará referido al *motivo*, sea gestionar las *vulnerabilidades* y *amenazas* identificadas en el *diagnóstico preliminar*. La discrecionalidad funge como *mecanismo articulador* entre la gestión del riesgo y la *tutela cautelar* y, esta última incardinada en los procedimientos de implementación de la planificación urbana o territorial, incorpora este componente técnico a la *gestión urbanística* o territorial. La operación de articulación es jurídica, como lo señala, Miguel Sánchez Morón: “El *ejercicio de la potestad discrecional* no es, pues, un mero proceso *intelectivo de aplicación de la ley (y del derecho)* (...) sino que es también, al mismo tiempo, un *proceso volitivo de decisión que ha de tener en cuenta otros elementos*”<sup>567</sup>. La discrecionalidad en el procedimiento cautelar es, como propone Sánchez Morón, una especie de discrecionalidad táctica que permite a la Administración “*adoptar una decisión rápida y eficaz ante situaciones de hecho que lo requieren*”<sup>568</sup>.

Como complemento de lo anterior, debe retomarse lo dispuesto por el artículo 15 inciso 1) de la Ley General de la Administración Pública que exige un ejercicio “razonable” de la discrecionalidad administrativa, así como lo dispuesto en el artículo 17 de la misma Ley al señalar que la discrecionalidad “*estará limitada por los derechos del particular frente a ella*”, tanto como lo dispuesto en el artículo 132 inciso 2) de esa Ley que establece como requisito del contenido del acto estar “*proporcionado al fin legal y correspondiente al motivo*” y, correlativamente, el motivo cuando no está regulado deberá ser “*proporcionado al contenido*”, según el inciso 2) del artículo 133. La discrecionalidad exige, como contrapartida, una férrea aplicación del principio de proporcionalidad<sup>569</sup>.

El principio de proporcionalidad, también llamado como razonabilidad, se compone de tres sub-principios cuyo análisis en orden acumulativo constituye el *test* de proporcionalidad<sup>570</sup>. La

---

<sup>567</sup> Sánchez Morón, Miguel. (1994) *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.: p. 114.

<sup>568</sup> Id., p. 130.

<sup>569</sup> Craig, Paul. (2010) “Proportionality, Rationality and Review”. En: *New Zealand Law Review; Oxford Legal Research Paper Series*, No. 5: p. 269. Disponible en: <<https://ssrn.com/abstract=1756271>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>570</sup> La jurisprudencia constitucional reconoce este principio, al que denomina “razonabilidad o proporcionalidad” y su *test* compuesto. Según la Sala Constitucional este principio aplica en casos de restricción a derechos de particulares, es decir, “(...) *esta regla impone el deber de que dicha limitación se encuentre justificada, por una razón de peso suficiente para legitimar su contradicción con el principio general de igualdad*”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 8858 del 15 de diciembre de 1998. Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> Accesado el: 14 de octubre del 2018. En esa misma sentencia la Sala analiza el *test* de proporcionalidad y explica: “*Un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una*

aplicación de este *test* en sede cautelar administrativa tiene dos funciones, a saber: la primera, el principio es una herramienta de gestión administrativa, puesto que su resultado negativo (irrazonabilidad) obliga a la Administración a optar por una medida que sí sea razonable; la segunda, tiene una función normativo-limitante, en tanto obliga que la discrecionalidad administrativa se ciña previamente al ordenamiento jurídico, con lo cual se protegen los derechos del administrado y la legalidad de la actuación pública antes de ser adoptada cualquier decisión.

En el análisis del presupuesto *ponderación de intereses* se aplica parcialmente el principio para establecer una *jerarquización de los intereses involucrados*; sin embargo, a ese momento del análisis únicamente se requiere para verificar la procedencia de la medida cautelar. Contrariamente, a esta altura de la exposición, se parte del supuesto de que los presupuestos procedimentales se verifican, por tanto, la medida es procedente y lo que ahora se requiere es la determinación de su contenido. Es en esa operación que la *discrecionalidad* adquiere relevancia. El *test* de proporcionalidad se efectúa una vez determinada la opción de gestión del riesgo contenido de la medida cautelar, esto con el propósito de verificar su razonabilidad o proporcionalidad, previo a ser ordenada. Para tales efectos, considérese de manera complementaria los parámetros sugeridos por el *International Risk Governance Council* insertados en el Cuadro No.: 8 “Criterios para la evaluación de las opciones de gestión del riesgo”, en el Capítulo Primero de este trabajo. A continuación se analizan los tres sub-principios y su aplicación directa en el caso de las medidas cautelares:

a.- Adecuación o idoneidad. El *juicio de idoneidad* se efectúa en *abstracto* sobre la medida de gestión del riesgo propuesta únicamente para valorar si esa medida es suficiente y adecuada para proteger el interés con máximo potencial de afectación, es decir, para *eliminar*

---

*triple condición: debe ser (1) necesario, (2) idóneo y (3) proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad - o de un determinado grupo - mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados” (Números entre paréntesis y negrita sons suplidos). (Id.) Ver en el mismo sentido: Sentencia No. 16202 del 28 de setiembre del 2010. Sentencia No. 1081 del 28 de enero del 2011. Sentencia No. 14137 del 29 de agosto del 2018, (accesadas el: 14 de octubre del 2018) y Sentencia No. 19487 del 21 de noviembre del 2018 (accesada el: 27 de agosto del 2019). Disponible en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>>*

o *reducir* el riesgo, o bien, para *mitigar* su impacto<sup>571</sup>. Robert Alexy señala sobre la *idoneidad* que “*precludes the adoption of means that obstruct the realization of at least one principle without promoting any principle or goal for which it has been adopted*”<sup>572</sup>.

El análisis en *abstracto* quiere decir que este criterio no implica un análisis comparativo, como dice Daniel Ramírez-Escudero, “*no entraña la posibilidad de incorporar elementos de comparación, pues la adecuación se predica únicamente del medio con el fin*”<sup>573</sup>. No obstante, la valoración de la idoneidad sí puede contemplar los otros intereses ya jerarquizados, con el propósito de verificar si la medida, de la cual se predica su idoneidad para proteger el interés con máximo potencial de afectación, agrava o no la situación de los otros intereses con menor grado de afectación potencial. Esto es lo que Alexy denomina como aplicación de la “*eficiencia de Pareto*”, es decir, “*one position can be improved without detriment to the other*”<sup>574</sup>.

Si se llegase a comprobar que la medida es idónea para satisfacer el interés con el máximo potencial de afectación, pero al mismo tiempo agrava la situación del otro interés, no necesariamente deja de ser idónea; sin embargo, esta circunstancia exige pasar al análisis de la *necesidad*, para cotejar si otra medida es menos gravosa. Si de ese análisis de *necesidad* se concluye que la medida sigue siendo *idónea*, entonces, se justifica la adopción de una *contracautela* para compensar el agravamiento potencial de la medida a adoptar.

b.- Necesidad. La medida en análisis es idónea para proteger el interés con máximo potencial de afectación, pero puede ocurrir que existan otras medidas cuya efectividad o idoneidad sean la misma, pero más eficientes, es decir, con menor grado de afectación o de externalidad, si se quiere el término. En tal caso, se prefiere, según el principio de “*eficiencia de Pareto*”, adoptar la medida menos gravosa pero igualmente idónea.

---

<sup>571</sup> Según los “Criterios para la evaluación de las opciones de gestión del riesgo” descritos en el Cuadro No. 8, la *idoneidad* es denominada por el *International Risk Governance Council* como *efectividad* y responde a la siguiente interrogante: ¿La (s) opción (es) de gestión, logró el efecto deseado?

<sup>572</sup> Alexy, Robert. (2014) “Constitutional Rights and Proportionality”. En: *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, No. 22, (51-65): p. 52. Disponible en: < <http://journals.openedition.org/revus/2783>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “(...) excluye la adopción de medios que obstruyan la realización de al menos un principio, esto es, sin promover cualquier otro principio u objetivo por el cual hayan sido adoptados”.

<sup>573</sup> Ramírez-Escudero, Daniel. (2004) *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia: Tirant Lo Blanch: p. 319.

<sup>574</sup> Alexy, Robert. (2014) “Constitutional Rights and Proportionality”. En: *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, No. 22, (51-65): p. 52. Disponible en: < <http://journals.openedition.org/revus/2783>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018. Traducción libre: “Una posición puede ser mejorada sin el detrimento de la otra”.

El análisis de necesidad es comparativo, no de idoneidad, sino de eficiencia: se compara el grado de afectación sobre los intereses sacrificados que generan las diversas medidas de gestión del riesgo para la satisfacción plena del interés con mayor potencial de perjuicio. Robert Alexy lo explica de manera clara en la siguiente cita:

*This principle requires that of two means promoting  $P^1$  that are, broadly speaking, equally suitable, the one that interferes less intensively with  $P_2$  has to be chosen. If there exists a less intensively interfering and equally suitable means, one position can be improved at no costs to the other<sup>575</sup>.*

En el contexto del procedimiento cautelar, dada su sumariedad, es claro que la búsqueda de alternativas no puede ser exhaustiva, pero tampoco, por regla, inexistente. Al menos debe considerarse las opciones que el interesado proponga, cuando haya contradictorio y sean puestas en conocimiento de la Administración. Si no, la Administración está en la obligación de considerar al menos una alternativa. En el Cuadro No. 8 se contemplan los siguientes criterios para valorar las opciones de gestión del riesgo, mismos que están relacionados con el análisis de la necesidad, a saber:

### Cuadro No. 22

Criterios para la evaluación de las opciones de gestión del riesgo relacionados con el análisis de la necesidad de la medida

Criterio	Interrogante
Eficiencia	¿La (s) opción (es) de gestión logra el efecto deseado con el menor consumo de recursos?
Minimización de efectos colaterales	¿La (s) opción (es) de gestión vulnera algún otro recurso, bienes o beneficios relevantes como competitividad, salud pública, calidad ambiental, cohesión social, entre otros?
Sustentabilidad	¿La (s) opción (es) de gestión contribuye con el objetivo general de sustentabilidad? ¿Coadyuva en mantener las funciones ecológicas vitales, la prosperidad económica y la cohesión social?

**Nota:** todos los términos e interrogantes fueron traducidas libremente al español. Para corroborar la veracidad, consultar fuente original en idioma inglés. **Fuente:** versión reducida elaborada a partir de: International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC:

<sup>575</sup> Id., p. 53. Traducción libre: “Este principio requiere de dos medios que, en sentido amplio, son igualmente idóneos para promover  $P_1$ ; el que interfiera con menor intensidad sobre  $P_2$  debe ser elegido. Si existe un medio que interfiera con menor intensidad e igualmente idóneo, una posición debe ser mejorada sin costos a cuenta de la otra”. Ver en el mismo sentido: Ramírez-Escudero, Daniel. (2004) *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia: Tirant Lo Blanch: pp. 334-342.

p. 42. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance_reprinted_version_3.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

Si la medida de gestión calificada como *idónea* es además *necesaria*, cumple con los requisitos para analizar, finalmente, su *proporcionalidad*. En el caso de que el análisis de la *necesidad* sea negativo, el principio se convierte en una herramienta de gestión administrativa que permite descartar objetivamente la medida inicialmente adoptada, pero simultáneamente brinda información sobre otras *alternativas* de gestión. Si dichas alternativas fueron bien ponderadas, entonces, son igualmente idóneas, por tanto, la Administración podrá optar por alguna de esas alternativas sin mayor esfuerzo. En tal caso, el resultado negativo de *necesidad* implica el descarte de la medida original y su sustitución por la alternativa, será con esta última que se continúe con el análisis de la *proporcionalidad*.

c.- Proporcionalidad. El análisis de la proporcionalidad complementa la ponderación efectuada anteriormente en el presupuesto *ponderación de intereses*. A este nivel, el análisis no es para determinar una *jerarquía*, sino para estimar la proporción entre la afectación de los intereses sacrificados generada por el *medio* seleccionado (medida cautelar) y el *fin* ulterior a garantizar con ese medio, cual es la *protección provisional anticipada* del objeto procesal.

Con el estudio de la *ponderación de intereses* se inserta un fragmento del análisis que Víctor Orozco Solano efectúa de la regla de ponderación de Robert Alexy (sub-principio de proporcionalidad) y se indica que definir el grado de no satisfacción de un interés, como la estimación de la importancia de satisfacción del otro interés, son pasos que corresponden a esa fase de verificación de presupuestos procedimentales.

Por su parte, el tercer paso que es “*establecer si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro*”<sup>576</sup>, corresponde a la proporcionalidad en sentido estricto, ya en fase de determinación de contenido de la medida cautelar.

Considerando la *jerarquía relativa de intereses*, un análisis inverso permite con mayor precisión estimar la *proporcionalidad*. Se puede tomar el *interés con menor potencial o grado de afectación* y valorar su *plena satisfacción*. Esto es para explorar si la satisfacción plena de ese interés es equivalente, *prima facie* (en costos, medios, recursos, tiempo, entre otros aspectos), a la *insatisfacción plena* del interés con el *máximo potencial de menoscabo*. Así, los resultados preliminares darían cuenta sobre lo siguiente: a) satisfacer plenamente el interés

---

<sup>576</sup> Orozco Solano, Víctor. (2013) “La ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derecho fundamentales: una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Español en materia de libertad religiosa”. En: *Revista Judicial*, No. 109, (25-41): p. 32. Disponible en: <[https://escuelajudicialj.poderjudicial.go.cr/Archivos/documentos/revs\\_juds/Revista%20109/PDFs/03\\_ponderacion.pdf](https://escuelajudicialj.poderjudicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/Revista%20109/PDFs/03_ponderacion.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

menos afectado podría ser igual o más gravoso que no satisfacer el interés con máxima afectación; b) satisfacer plenamente el interés con máxima afectación podría ser igual o menos gravoso para el interés con menor afectación; c) satisfacer los intereses en la misma medida podría ser más gravoso para el interés con máxima afectación que para el interés con mínima afectación. La certeza y razonabilidad de los resultados dependen de la correcta estimación del grado o potencial de afectación, por ende, de la jerarquización generada.

En todo caso, no debe perderse de vista que esta regla de ponderación no es matemática, sino tan solo aproximativa, “optimizadora”, probable, razonable. Bien lo señala Luis Arroyo Jiménez, a manera de “correctivo”, al decir que *“la ley de la ponderación no es un punto de llegada sino de partida”* y que requiere ser complementada con *“elementos valorativos extrasistemáticos”*<sup>577</sup>, pero en todo caso, permite indicar *“la proporcionalidad de la relación entre el grado de perjuicio del principio desplazado y el grado de satisfacción del principio de mayor peso”*<sup>578</sup>.

Con todo, es claro para esa estimación de proporcionalidad intervienen elementos valorativos extrasistemáticos (elementos técnicos, por ejemplo), como también elementos jurídicos, como podrían ser valores constitucionalmente protegidos. En todo caso, la *proporcionalidad* contribuye a *“analizar si el acto impugnado [en este caso el acto a ser emitido] puede ser susceptible de un ‘balance’ entre medios y fines, donde podrán ser valorados los beneficios del interés público [no siempre será el interés público, entiéndase el interés con máximo potencial de afectación] y el coste del sacrificio individual [intereses con menor grado de perjuicio]”*<sup>579</sup>.

Si la opción de gestión del riesgo propuesta como contenido de la medida cautelar es proporcional con respecto a su objetivo-fin, entonces, supera el *test* de proporcionalidad, por tanto, su contenido es razonable y se justifica su emisión.

---

<sup>577</sup> Arroyo Jiménez, Luis. (2009) “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”. En: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*: p. 12. Disponible en: <[http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1252&pdf=621\\_es.pdf](http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1252&pdf=621_es.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

<sup>578</sup> Id., p. 12.

<sup>579</sup> Ramírez-Escudero, Daniel. (2004) *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia: Tirant Lo Blanch: p. 347.



### III.- CONCLUSIONES

1. El *riesgo* es la *posibilidad de ocurrencia de algo no deseado*. A nivel fáctico-ontológico, es *ideal* y se encuentra causado por sus *factores* (amenazas y vulnerabilidades), dimensionados en tiempo y espacio, materiales o inmateriales. A nivel axiológico-epistemológico, el riesgo es un valor de carga negativa aprehendido como tal (valoración) por parte de los sujetos cognoscentes que interactúan con él.
2. El riesgo es un fenómeno producido desde la sociedad misma, en diferentes niveles (industrial, comercial, económico, científico-técnico, ambiental, entre otros) e intensidades. El riesgo de mayor intensidad es el de *desastre* que en muchos casos es impredecible, pero sus efectos (el desastre) siempre son de máximas proporciones, con lo cual provoca graves alteraciones en el orden existente inmediatamente antes de su acaecimiento. El *desastre* es siempre un resultado, un efecto de su causa: el riesgo. El *desastre* es social, no por el tipo de causa (natural, antrópica o socio-ambiental), sino por la significación de su impacto en la sociedad como conjunto.
3. El riesgo y el desastre son fenómenos de relevancia jurídica y exigen del Derecho un tratamiento idóneo y efectivo. Sin embargo, por la complejidad de estos fenómenos, el paradigma tradicional de regulación normativa (fijación de hechos de la realidad en la norma jurídica para adecuarlos al deber ser deseado por la persona legisladora mediante la imposición efectos jurídicos) se torna insuficiente e inidóneo.
4. El riesgo es futuro, variable, abstracto, inminente o latente, en general, *incierto*. La incertidumbre que rodea al riesgo no compatibiliza con la certidumbre o seguridad que el ordenamiento jurídico ofrece: la estabilidad de las normas.
5. Los riesgos extra-sistemáticos (fuera del ordenamiento jurídico) producen (i) efectos perjudiciales en la realidad que el ordenamiento regula y (ii) en el sistema normativo mismo. En el primer caso, porque el ordenamiento jurídico no puede responder adecuadamente para gestionar tales riesgos y prevenir o mitigar la posibilidad de ocurrencia de ese riesgo, por tanto, hay afectación de bienes e intereses.
6. En el segundo caso, ese fenómeno extra-sistemático genera riesgos intra-sistemáticos, como riesgo de ineficacia de supuestos de hecho normativos, inefectividad de las aplicaciones concretas de normas, ineficiencia en el uso de los medios jurídicos, desuso de normas vigentes, desaplicación de normas ineficaces frente al caso concreto desplazadas por otros criterios jurídicos preferibles (principios generales del derecho),

inequidad por la aplicación diferenciada de normas sin criterios objetivos en aras de compensar los efectos nocivos de los fenómenos de riesgos que no se gestionaron adecuadamente, entre otros.

7. El riesgo en general y el de desastre en particular exigen del ordenamiento jurídico una regulación flexible y no ser esculpidos en la norma *ad perpetuam memoriam*. El ordenamiento jurídico debe enfrentar el riesgo de desastres regulando mecanismos que gestionen los efectos materiales perdurables del desastre, como las causas potenciales de los riesgos.
8. El ordenamiento jurídico debe identificar al *riesgo* y al *desastre* como fenómenos diferentes estructurados en una relación de causa-efecto. La técnica normativa no puede fijar pautas valorativas para un hecho que existe como *posibilidad de ocurrencia* y cuya resolución es incierta, “a riesgo” de errar en la atribución valorativa (ineficacia jurídica)<sup>580</sup>.
9. “Regular el *riesgo* es influir sobre la *posibilidad de ocurrencia* y no regular anticipadamente los efectos de su materialización, que se sabe pueden ocurrir, pero no necesariamente bajo qué circunstancias. La regulación normativa debe ser de mecanismos y no de *hechos*. Por lo que el efecto de la positivización no es ya la fijación de la realidad en la norma, sino la gestión de la realidad por la norma. Se pasa de una imagen de la realidad, captada por la norma, a una actividad de la norma sobre la realidad, mediante mecanismos capaces de diagnosticar, analizar y gestionar la realidad”<sup>581</sup>.
10. La técnica de gestión del riesgo se convierte en un instrumento extra-jurídico de suma utilidad para el Derecho en general, a partir del cual se puede gestionar los riesgos extra e intra-sistemáticos (exógenos o endógenos al sistema u ordenamiento jurídico). Sin embargo, esta técnica debe ser incorporada adecuadamente, por ello, deben estudiarse *mecanismos articuladores* que son institutos jurídicos con la posibilidad de incorporar al sistema contenidos extra-jurídicos para mejorar y optimizar su funcionamiento interno, como su aplicación en la realidad.

---

<sup>580</sup> Jiménez Sanabria, Santiago. (2019) “Eficacia de las normas de ordenamiento territorial frente a escenarios de riesgo. El caso de la Reserva Nacional Río Reventado, Cartago Costa Rica”. En: Nusdeo, Ana María (Coord). *Mudanças Climáticas: Conflitos ambientais e repostas jurídicas*. Série Prêmio José Bonifacio de Andrada e Silva. Volumen 5. São Paulo: Instituto O Direito Por Um Planeta Verde: p. 18 (paráfrasis). Disponible en: <[http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo\\_20190722140813\\_2618.pdf](http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20190722140813_2618.pdf)> Accedido el: 27 de agosto del 2019.

<sup>581</sup> Id., p.19.

11. Para ello se propuso un análisis fenomenológico-jurídico del riesgo, en virtud del cual se le considera como un *estado transitorio de cambio*, es decir, una *situación real de riesgo* compuesta por *sujetos, objetos, hechos y actos*. De modo que se establezcan *relaciones de riesgo* entre esos elementos, unos en función activa (factores de riesgo) y otros en función pasiva (elementos en riesgo). Así, la situación real de riesgo surge cuando a) preexiste un elemento en riesgo y sobreviene un factor de riesgo; b) preexiste un factor de riesgo y sobreviene un elemento en riesgo y c) concurren elementos en riesgo y factores de riesgo. Desde el punto de vista jurídico, esa situación fáctica se transforma en una *situación jurídica compleja de riesgo*, mediante la determinación del efecto jurídico genérico (estrategia de gestión del riesgo, contenidos positivos o negativos, posibles o necesarios).

Conforme al problema de investigación, en el Capítulo Segundo se explora teóricamente la razón por la cual las normas de planificación urbana o territorial no reaccionan de manera eficaz frente a un espacio transformado por un desastre, esto es, porque el *Plan Regulador* como instrumento normativo y de planificación estratégica puede incurrir en el riesgo de ineficacia e ineffectividad. Hallazgos significativos se encontraron en la propia Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240. Este cuerpo normativo posee diversas debilidades que generan dificultades para que el *Plan Regulador* pueda funcionar como un instrumento flexible y no solo como reservorio de normas. Entre esas debilidades se encuentran:

12. La Ley de Planificación Urbana no contempla en su literalidad criterios para ordenar el territorio de manera integral, ni tampoco para incorporar el componente ambiental. A pesar de ese vacío, la definición de su *objeto* es ambigua, por lo que la *planificación* del espacio pretendida por esa Ley parece reducirse solo a lo urbano. Esa imprecisión permite interpretar armónicamente la Ley No. 4240 con otras Leyes conexas, como la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo y la Ley Orgánica del Ambiente, de manera tal que la *planificación urbana y territorial* sea extensiva de todo el territorio cantonal, contemple la variable ambiental e incorpore el componente de la gestión del riesgo.
13. El esquema legal de la *planificación urbana o territorial* en Costa Rica, implantado por la Ley No. 4240, es de una base puramente espacial (nacional-regional-local). En la práctica, la Ley privilegia lo espacial en demérito de lo jurídico-administrativo, de modo que no efectúa una adecuada distribución orgánico-territorial de la *potestad de planificación urbana*. La consecuencia es que existen niveles territoriales de planificación sin estructura orgánica correlativa competente para ejercer dicha *potestad*, como el caso del territorio nacional y regional.

14. Por lo anterior, la planificación nacional y regional solo es de tipo *política y programática*, por lo que no existen instrumentos normativos que puedan ordenar el territorio nacional o regional, excepto, los criterios legales generales dispersos en algunas leyes. No existe para tales niveles de planificación un instrumento de planificación como el *Plan Regulador* establecido para el nivel local.
15. El nivel local es el único cuya circunscripción territorial coincide con la *jurisdicción espacial* del ente público competente para ejercer la potestad de planificación urbana. El *Plan Regulador* local es el único instrumento de planificación de tipo normativo, fuera de los cuerpos legales.
16. La Ley de Planificación Urbana establece un sistema de planificación en cascada, pero los niveles superiores (nacional-regional) no vinculan normativamente el nivel inferior (local), el único que tiene normatividad. La armonización del sistema es voluntaria, en aplicación del principio de coordinación administrativa y por el ejercicio de control *ex ante* ejercido por el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo a la hora de aprobar los *Planes Reguladores* locales.
17. La Ley No. 4240 no regula un *proceso* de planificación (elemento dinámico), sino un *procedimiento* para la emisión de instrumentos (elemento estático): *Plan Regulador*. Esto hace que la *planificación* pierda perspectiva en tiempo y espacio, ya que termina siendo una acumulación de planes sin un proceso macro que los unifique.
18. La Ley de Planificación Urbana establece que el *Plan Regulador* tiene un doble contenido: el plan y los reglamentos. Esta formulación permite conceptualizarlo como un instrumento de naturaleza dual: como *proceso* (fase dinámica) y como *producto* (fase estática), como *plan* y como *norma*, destinado a *planificar* y *regular*.
19. La Ley de Planificación Urbana posee normas cuya aplicación tiende a ubicarla dentro de un *paradigma normativo de la planificación como técnica*, tornándola en *impositiva, racionalista, rígida, tecnocrática*. Gran parte de ello se debe a la imprecisión o insuficiencia de la regulación de su objeto, por las debilidades en la distribución de la potestad de planificación urbana a nivel orgánico y por carecer de una regulación integral del *proceso* que no lo reduzca al *procedimiento* o *protocolo* de emisión de *productos*.
20. A pesar de que el *Plan Regulador* es conceptualizado como un instrumento con naturaleza dual, al estar elaborado por un *procedimiento* sin *proceso* macro, el *plan-producto* obtenido no es más que la terminación del procedimiento, pero nunca el

cumplimiento de un ciclo del proceso. En ese sentido, el *Plan Regulator* queda reducido a su fase estática, desvinculándolo al *plan-proceso* que deja de existir al momento de ser promulgado el *plan-producto*. La realidad en transformación no es atendida por un *plan-proceso* posterior y paralelo a la vigencia de un determinado *plan-producto*, por tanto, la vigencia del *plan-producto* actual corre el riesgo de incurrir en ineficacia e ineffectividad.

21. Sin perjuicio de lo anterior, es posible que la Ley de Planificación Urbana sea aplicada de manera tal que se oriente hacia un *paradigma estratégico* que sea objetivo, pero no racionalista, que sea técnico, pero no tecnocrático, que sea orientador de la realidad a partir de los intereses involucrados, pero no impositiva. Que incida sobre la realidad de manera efectiva por su carácter de norma jurídica y por su legitimidad democrática, pero que al mismo tiempo mantenga su eficacia, por ser flexible.

22. A este nivel, se vislumbra una limitación de tipo jurídico-política, en tanto que una “mejor interpretación y aplicación” de la Ley No. 4240, con el propósito de fomentar su actualización y eficacia, sin necesidad de reforma legal, implica esfuerzos, no ya del legislador, sino de los jueces y los estudiosos del Derecho. Esto, a su vez, puede reñir con algunas tradiciones judiciales implantadas en la jurisprudencia. En todo caso, y a un nivel jurídico puramente, la interpretación y aplicación de la Ley No. 4240 en el sentido apuntado, depende de la oficiosidad del juez y de las barreras del principio dispositivo, *so pena* de incurrir en un vicio de incongruencia, *ultra* o *extra petita*. Además, es claro que ninguna interpretación puede ser *contra legem*, excepto que se trate de temas de inconstitucionalidad o de conflictos normativos puros, motivo que podría limitar *ab initio* un esfuerzo hermenéutico ingenioso. No se omite indicar que la propuesta de una “mejor interpretación o aplicación” es más razonable que una propuesta de reforma legal, lo cual no implica que dicha reforma no sea necesaria. Mientras tanto, se debe trabajar con los recursos normativos existentes, a pesar de las debilidades apuntadas.

Por su parte, la hipótesis de investigación está formulada para explorar si la *tutela cautelar en sede administrativa* puede fungir como un *mecanismo articulador*, que permita incorporar la técnica de *gestión del riesgo de desastres* en los procedimientos de implementación o ejecución de la planificación urbana o territorial (gestión territorial o urbanística).

23. La tutela cautelar es un mecanismo típicamente procesal, por ello, la articulación propuesta está delimitada al ámbito del *plan-producto*, esto es, a raíz de los procedimientos administrativos que apliquen las normas de planificación urbana en los casos concretos.

24. En perspectiva, debe considerarse que la *tutela cautelar administrativa* funge principalmente como un instrumento de gestión del *plan-producto* vigente, pero de manera simultánea incide en las circunstancias sobre las cuales se está efectuando el *plan-proceso* paralelo que concluye con la actualización del *plan-producto* vigente. Aun cuando la *tutela cautelar* no actúe directamente en la fase del *plan-proceso* como tal, sus efectos sí lo alcanzan de manera indirecta.
25. La tutela cautelar puede fungir como un mecanismo que coadyuve al mantenimiento de la eficacia jurídica de las normas vigentes, por transformación de la realidad sobre las que deben ser aplicadas y, ante la imposibilidad o insuficiencia de lo anterior, estas medidas pueden conservar, modificar, extinguir, rehabilitar, entre otros efectos posibles, ciertas situaciones jurídicas y estados materiales en aras de gestionar el riesgo que las influyen y, con ello, garantizar el interés público y la afectación de los demás intereses involucrados.
26. Concebir la *tutela cautelar en sede administrativa* como *mecanismo articulador* entre la técnica de la gestión del riesgo de desastres y la planificación urbana requiere de una re-conceptualización del instituto desde su formulación dogmática tradicional, para ello debe considerarse, principalmente lo siguiente: a) el fundamento: objeto, objetivo y fin; b) características estructurales, c) presupuestos para la procedencia de medidas cautelares y d) determinación del contenido de las medidas cautelares.
27. **(a)** La tutela cautelar es un *poder general de cautela* inherente (potestad implícita) al ejercicio de poderes públicos, como el jurisdiccional y las potestades administrativas. Su ejercicio concreto en sede administrativa se manifiesta con la emisión de *medidas cautelares*, que son actos administrativos cautelares de trámite con efecto propio. Su *objeto* es el mismo que el del *procedimiento administrativo* que le da causa, es decir, una determinada configuración fáctico-jurídica de circunstancias. Su *objetivo* es la gestión de los riesgos que inciden sobre el objeto procesal. Su *fin* es garantizar la aplicación eficaz y efectiva del ordenamiento jurídico, es la búsqueda de la seguridad jurídica mediante la gestión razonable y posible de los riesgos existentes.
28. **(b)** Las medidas cautelares son (i) *instrumentales* por ser accesorias al procedimiento principal. Pero no son un instrumento del instrumento. La instrumentalidad no es una relación de medio a fin, sino una relación de existencia condicionada: si dado un P (procedimiento principal) expuesto a riesgos tales R, entonces, se justifica M (medidas cautelares). Estas medidas son (ii) *provisionales* en atención a la duración temporal de los riesgos que afectan el objeto procesal, más precisamente, los efectos provisionales de una medida cautelar duran lo que dure la *exposición* del objeto procesal a los riesgos

existentes. Las medidas cautelares son (iii) *flexibles* en atención a variabilidad de los fenómenos de riesgo, lo que exige su constante revisión para una eventual modificación o revocación de las medidas existentes o la emisión de una nueva si no fue inicialmente concedida. Las medidas cautelares son de (iv) *summaria cognitio*, se basan siempre sobre un escenario de riesgo preliminar y mínimo, construido sobre la apreciación de los presupuestos procedimentales, esto es, para garantizar una respuesta ágil y eficaz frente a un fenómeno contingente.

29. Si bien, las características estructurales de las *medidas cautelares* permiten una relación estrecha con la técnica de la gestión del riesgo, también establecen limitaciones de tipo estructural, es decir, por naturaleza existen aspectos que están fuera del alcance de su funcionamiento. En tal sentido, debe observarse que la *instrumentalidad* les confiere una existencia precaria y subordinada a la *existencia* del procedimiento principal. Aunque permiten anticipar la protección del objeto del proceso, lo que no es más que procurar la eficacia y efectividad de la aplicación definitiva del ordenamiento jurídico, lo cierto es que una gestión del riesgo plena es conveniente por parte del procedimiento principal, es decir, siempre que el riesgo siga existiendo como parte de los elementos del objeto procesal. En ese caso, habría que reconceptualizar el procedimiento, no solo como medio de solución de controversias y aplicación de la ley, sino como un instrumento de gestión del riesgo. En el mismo sentido puede señalarse la *provisionalidad*, debido a que la interinidad cesa por el advenimiento de la decisión final, por tanto, si esa decisión que aplica definitivamente el ordenamiento jurídico no gestiona el riesgo derivado del proceso, en vano se hizo una aplicación de la medida cautelar como instrumento para manejar el riesgo. Por su parte, la *summaria cognitio* establece la limitación estructural más intensa, por reducir las posibilidades de captación de información del proceso cautelar. Por ello, en este trabajo se indica que solamente son dos de cuatro fases del proceso de gestión del riesgo las que pueden efectuarse con el proceso cautelar, sea la evaluación y la gestión *per se* del riesgo. La fase de control es una sub-etapa de la gestión. Esto hace que la medida cautelar no gestione de manera plenaria, mas sí adecuada, el riesgo. Se trata de una limitación que requiere ser solventada con la implementación de otras opciones, como concebir al proceso principal como instrumento para la gestión del riesgo, por ejemplo.

30. (c) Las medidas cautelares se emiten si se verifican sus tres presupuestos, a saber:

- (i) El *riesgo sobre el objeto procesal* (usualmente conocido como *periculum in mora*) implica una labor de **evaluación del riesgo**. Esto es para obtener un *diagnóstico preliminar del riesgo sobre el objeto procesal* según la fenomenología-jurídica del riesgo. Para ello debe construirse la *situación real de riesgo* con los siguientes pasos: 1) Identificar los sujetos, objetos, hechos o actos que constituyan *peligros o amenazas*. Sea como parte de los

elementos del objeto del procedimiento o externos a él; 2) Estimar, *prima facie*, la *magnitud* esperable del daño que tales *amenazas* pudieran producir sobre el objeto del procedimiento y estimar la *frecuencia* o *probabilidad* con que dichos peligros se materializan en el pasado en casos similares (jurisprudencia) si es posible y 3) Identificar cuáles elementos del objeto del procedimiento son *vulnerables*. Determinar el tipo de vulnerabilidad que presentan y, cuando sea posible, apreciar la intensidad de dicha vulnerabilidad, tomando como referencia, al menos, la exposición, la intensidad de las amenazas y la capacidad de respuesta de los elementos en riesgo.

- (ii) El *fumus boni iuris* no implica un juicio de la probabilidad de éxito de las pretensiones, *so pena* de incurrir en un adelanto de criterio. Es un juicio negativo que implica determinar a partir de una *apariencia* si el objeto procesal es *legítimo*, por cuando no es evidentemente contrario a Derecho, es *razonable*, por cuanto no se vislumbra un abuso del derecho y un ejercicio arbitrario del poder público por algunos de los sujetos involucrados, es *viabile*, por cuanto no se evidencia su imposibilidad material y es *atendible*, por tratarse de un asunto que típicamente le corresponde conocer a ese órgano o ente y no existe, *prima facie*, motivo alguno por el cual rechazarlo *ad portas*.
- (iii) La *poderación de intereses* corresponde a una labor de **estimación del riesgo**. Posee dos niveles, el *fáctico* en el que se identifican todos los intereses involucrados en el procedimiento y el *axiológico* en el que se jerarquizan para efectos de protección cautelar, únicamente. Se efectúa un *juicio de ponderación* basado en la intensidad o grado de afectación de los intereses involucrados, para luego jerarquizarlos de mayor a menor grado de perjuicio. La afectación se estima con base en la información recopilada en el *diagnóstico preliminar del riesgo*, es decir, según la intensidad de las amenazas sobre los elementos en riesgo, su vulnerabilidad, exposición y capacidad de respuesta. La ponderación de intereses termina con una *caracterización del riesgo*, indicando si es *aceptable*, *tolerable* o *intolerable*.

31. La determinación del contenido de las medidas cautelares (fijación de efectos jurídicos) es una operación de **gestión del riesgo**. El contenido se determina, primero, según su orientación negativa (nivel causal), es decir, la *eliminación* de la causa del riesgo o por su orientación positiva, mediante la *reducción* de la posibilidad de ocurrencia del evento no deseado (nivel causal) o por la *mitigación* del impacto de sus efectos (nivel efectual). Determinando lo anterior, se procede con la selección de las medidas de gestión, según la *estrategia* y la *caracterización* del riesgo. Procesalmente, las medidas cautelares pueden tener efectos constitutivos, modificativos o inhibitorios y en cualquier caso



pueden ser *conservativas* del estado actual de las circunstancias de hecho existentes, o pueden ser *innovativas* de las circunstancias fáctico-jurídicas, en cuyo caso operan sobre circunstancias ya transformadas o *ex novo*.

32. Una vez que las medidas cautelares son emitidas, en virtud de la variabilidad y flexibilidad, es necesario revisar su necesidad conforme transcurre el proceso, lo cual implica una operación de **control del riesgo**. En general, la revisión puede deberse a: (i) transformaciones en la instrumentalidad y provisionalidad; (ii) transformaciones en la *summaria cognitio* y el presupuesto de *fumus boni iuris*; (iii) transformaciones en el riesgo sobre el objeto procesal (*periculum in mora*) y (iv) transformaciones en los intereses involucrados.
33. La revisión de la necesidad de medidas cautelares puede considerar los siguientes momentos procesales: (1) Punto de referencia inicial: determinado por la existencia de un *fenómeno de riesgo*. Sea por a) preexistencia de un elemento en riesgo y sobreviniencia de un factor de riesgo; b) preexistencia de un factor de riesgo y sobreviniencia de un elemento en riesgo y c) concurrencia de elementos en riesgo y factores de riesgo. Esto puede ser antes del procedimiento, durante, con el acto final, en fase recursiva o en ejecución. (2) Primera resolución cautelar: primer acto administrativo que concede o deniega una medida cautelar. (3) Ejecución de la primera resolución cautelar. (4) Inicio del procedimiento. (5) Circunstancias sobrevinientes: cualquier sujeto, objeto, hecho o acto que incida sobre el *objeto* del procedimiento y lo altere o pueda alterar (*variación de la situación real de riesgo*). (6) Revisión de las cautelares ordenadas: emisión, modificación o revocación de *medidas cautelares*. (7) Fin del procedimiento e impugnación de acto final (fase de eficacia). (8) Ejecución de la decisión administrativa (fase de efectividad).
34. Existe multiplicidad de institutos y principios de Derecho que coadyuvan a la gestión del riesgo, por tanto, fungen como *mecanismos articuladores*. En particular y en auxilio de la aplicación de medidas cautelares, se valora la utilidad de los principios preventivo y precautorio para la *evaluación del riesgo* y la determinación del contenido de las medidas (estrategias de gestión). Adicionalmente, se considera el instituto de la discrecionalidad administrativa como medida para valorar el fenómeno de riesgo, producir medidas de gestión, optar por las medidas producidas y por ejecutarse. Correlativamente, se analiza el principio de proporcionalidad como parámetro previo de control en la emisión de actos administrativos cautelares, de modo que la medida de gestión sea *idónea, necesaria y proporcional*.
35. Conforme al punto anterior, es importante señalar que la hipótesis de investigación tiene un carácter fragmentario, esto es que de todos los institutos posibles, la propuesta de solución al problema de investigación proviene de solo uno de ellos. Este aspecto, lejos

de desautorizar el planteamiento, fomenta el debate para explorar las funcionalidades del resto de institutos jurídicos, cuya función de gestión del riesgo podría ser, hasta ahora, inusitada. En todo caso, el carácter fragmentario debe impulsar a la construcción de propuestas integrales, para lo cual queda abierta la palestra. Claro está, que desde el punto de vista metodológico no es correcto amplificar la hipótesis indiscriminadamente. En el mismo sentido, es importante prevenir que el problema de investigación es complejo, por lo que un abordaje integral de este hubiera contemplado la multiplicidad de variables, como la económica, la política y la cultural. Sin embargo, el buen método sugiere una delimitación del problema de investigación, razón por la cual quedan expuestos flancos de análisis que enriquecen el planteamiento de este trabajo.

La planificación urbana en Costa Rica tiende a ser formalista y rígida, caracteres que impregnan la dinámica de aplicación de normas jurídicas, las que por un paradigma tradicional de elaboración de normas, fijan la realidad en la norma, por tanto, la aplicación del ordenamiento se vuelve inflexible y anquilosada, aumentando el riesgo de ineficacia e inefectividad de las normas de planificación urbana y territorial sobre el objeto de planificación. Esto se agrava si se considera que la realidad puede ser transformada por un fenómeno contingente como el riesgo de desastres.

Por ello, incorporar la gestión del riesgo de desastres en los procedimientos administrativos de implementación del *plan-producto* (Plan Regulador), mediante el *mecanismo articulador* de la *tutela cautelar en sede administrativa* es deseable para procurar dotar de flexibilidad al Plan, al tiempo que se contribuye a reducir el *riesgo de ineficacia e inefectividad*, por gestionar una de las *vulnerabilidades* del Plan (su rigidez) y *potenciar su capacidad de respuesta* (medidas cautelares), debido a que las *amenazas* son diversas y la *exposición* a riesgos extra o intra-sistemáticos inevitable.

## IV.- BIBLIOGRAFÍA

### A.- Obras de Derecho

#### a.1- Libros

1. Artavia Barrantes, Sergio (2015) *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. 1ª Ed. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.
2. Bacigalupo, Mariano. (1999) *La tutela cautelar en el contencioso-administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
3. Brewer Carías, Allan. (2013) *Tratado de Derecho Administrativo*. 1ª Ed. Madrid: Thomson Reuters – Editorial Cívitas S.A.
4. Cafferatta, Néstor. (2004) *Introducción al Derecho Ambiental*. 1ª Ed. México: Instituto Nacional de Ecología.
5. Calamandrei, Piero. (2002) “Introducción al estado sistemático de las medidas cautelares”. En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (471-484). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
6. Calamandrei, Piero. (1984) *Providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
7. Cardella, Miguel Ángel. (2009) “El proceso contencioso administrativo. La necesidad de las medidas cautelares en un código procesal administrativo”. En: Comadira, Juan Pablo; Ivanega, Miriam (Coords.) *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*. 1ª Ed. (479-499). Buenos Aires: Ad-Hoc.
8. Chiovenda, Giuseppe (1989) *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. México: Cárdenas Editor y Distribuidor.
9. Damacena, Fernanda. (2019) *Direito dos desastres e compensação no Brasil: limites e potencialidades*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris.
10. De Mello, Marcos Bernardes. (2019) *Teoria do fato jurídico. Plano da Existência*. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva.
11. Falzea, Angelo (2009) *Eficacia Jurídica*. 3a Ed. San José: Investigaciones Jurídica S.A.
12. Fernández, Tomás Ramón. (1990) *Manual de Derecho Urbanístico*. 14a Ed. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.
13. Fraga, Gabino. (2000) *Derecho Administrativo*. 40ª Ed. México: Editorial Porrúa.
14. García de Enterría, Eduardo. (1983) *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. 3ª Ed. Madrid: Editorial Cívitas S.A.
15. García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón. (2000) *Curso de Derecho Administrativo I*. 10ª Ed. Madrid: Editorial Cívitas.

16. García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón. (2002) *Curso de Derecho Administrativo II*. 8ª Ed. Madrid: Editorial Cívitas.
17. García Pullés, Fernando. (2006) *Medidas cautelares autónomas en el contencioso administrativo*. 1ª Ed. Buenos Aires: Hammurabi.
18. Garrone, José Alberto. (2004) *Diccionario Manual Jurídico Abeledo-Perrot*. 2ª Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A.
19. González Pérez, Jesús (1964). *El Procedimiento Administrativo*. Madrid: Publicaciones Abella-El Consultor de los Ayuntamientos.
20. Gordillo, Agustín. (2014) *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. 10ª Ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
21. Gordillo, Agustín. (2011) *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 3. 10ª Ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
22. Gordillo, Agustín. (2013) *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 8. 1ª Ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
23. Guasp, Jaime. (1961) *Derecho Procesal Civil*. 2ª Ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
24. Haba Müller, Pedro. (2016) *Axiología Jurídica fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico*. 3ª Ed. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica.
25. Hernández Valle, Rubén. (2008) *El Derecho de la Constitución*. Volumen II. 1ª Ed. San José: Editorial Juricentro.
26. Jinesta Lobo, Ernesto. (2009) *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. 2ª Ed. San José: Editorial Jurídica Continental.
27. Jinesta Lobo, Ernesto (1996) *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica.
28. Kelsen, Hans (2000) *La teoría pura del Derecho*. 2ª Ed. México: Ediciones Gernika S.A.
29. Kielmanovich, Jorge. (2002) "Teoría del proceso cautelar". En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (307-351). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
30. Leite, José Rubens Morato (Coord.) (2012) *Dano ambiental na sociedade de risco*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva.
31. Leite, José Rubens; França, Flávia (Orgs.) *Estado de Direito Ecológico. Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza*. São Paulo: Instituto O Direito por Um Planeta Verde.
32. Leite, José Rubens Morato; Melo, Melissa Ely; Ribeiro, Heidi Michalsky (Orgs.). *Innovations in the Ecological Rule of Law*. Disponible en: <[www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo\\_20180807153924\\_7633.pdf](http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20180807153924_7633.pdf)> Accesado el: 27 de agosto del 2019.

33. López Camacho, Álvaro. (2012) *Medidas Cautelares. En el Código Procesal Contencioso Administrativo*. Heredia: Corte Suprema de Justicia – Escuela Judicial Édgar Cervantes Villalta. Disponible en: <<https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Medidas%20Cautelares.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
34. López González, Jorge. (2014) *Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense. Volumen I*. 1ª Ed. San José: ISOLMA.
35. Marinoni, Luiz Guilherme. (2002) “Tutela cautelar, tutela antecipatória e execução imediata de sentença no direito brasileiro”. En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (381-402). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
36. Marinoni, Luiz Guilherme. (2002) “Tutela anticipatoria”. En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (403-413). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
37. Muñoz Machado, Santiago, López Benítez, Mariano. (2009) *El Planeamiento Urbanístico*. 2ª Ed. Madrid: Iustel Portal Derecho S.A.
38. Ortiz Ortiz, Eduardo. (1998) *Tesis de Derecho Administrativo I*. 1ª Ed. San José: Editorial Stradtman.
39. Ortiz Ortiz, Eduardo. (2000) *Tesis de Derecho Administrativo II*. 1ª Ed. San José: Editorial Stradtman.
40. Ortiz Ortiz, Eduardo. (2017) *La Municipalidad en Costa Rica*. 2ª Ed. San José: Editorial Jurídica Continental.
41. Parejo Alfonso, Luciano. (1986) *Derecho Urbanístico. Instituciones Básicas*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
42. Pérez Vargas, Víctor. (1991) *La jurisprudencia de intereses*. 2ª Ed. San José: Litografía e Imprenta LIL S.A.
43. Pérez Vargas, Víctor. (2013) *Derecho Privado*. 4ª Ed. San José: Litografía e Imprenta LIL S.A.
44. Picado Vargas, Carlos (2015) *Manual de Medidas Cautelares*. 1ª Ed. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
45. Posner, Richard. (2004) *Catastrophe. Risk and Response*. 1st Ed. Oxford: Oxford University Press.
46. Procuraduría General de la República de Costa Rica. (2006) *Manual de Procedimiento Administrativo*. 1ª Ed. San José: PGR. Disponible en:

<<https://www.pgr.go.cr/publicaciones/manual-de-procedimiento-administrativo/>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

47. Quirós Coronado, Roberto. (1996) *Ley General de la Administración Pública, concordada y anotada con el debate legislativo y la jurisprudencia constitucional*. 1ª Ed. San José: Editorial ASELEX S.A.

48. Radbruch, Gustav. (1951) *Introducción a la filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.

49. Ramírez-Escudero, Daniel. (2004) *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

50. Real Academia Española. (2017) *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Volumen I. Madrid: Santillana Educación S.L.

51. Rojas Morales, Iris Rocío. (2010) *Derecho Urbanístico Costarricense*. 1ª Ed. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.

52. Saborío Valverde, Rodolfo (2002) *Eficacia e invalidez del acto administrativo*. 3ª Ed. Editorial Juricentro.

53. Sáenz Carbonell, José Francisco. (2012) *Los sistemas normativos en Historia de Costa Rica: Ordenamientos indígenas, Derecho Indiano y Derecho Nacional*. 1ª Ed. San José: Editorial ISOLMA.

54. Sánchez Morón, Miguel (1994) *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.

55. Seijas, Gabriela. (2009) “La ejecutoriedad del acto administrativo”. (2009) En: *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*. Volumen I. 1ª Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc.

56. Tarzia, Giuseppe. (2002) “La tutela cautelar”. En: *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (Coord.), (485-496). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

57. Zenteno Trejo, Blanca; Osorno Sánchez, Armando. (2015) *Elementos para el diseño de investigaciones jurídicas. Una perspectiva multidimensional*. 1ª Ed. México: Benémerita Universidad Autónoma de Puebla-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Piso 15 Editores.

## **a.2.- Artículos académicos en el área del Derecho**

58. Acedo Penco, Ángel. (1997) “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia”. En: *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, No. 14-15 (323-392). Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/119367.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

59. Albaladejo García, Manuel. (1955) “El hecho jurídico”. En: *Revista de la Facultad de Derecho* de la Universidad de Oviedo, III(73), (346-381). Disponible en: <[http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/5225/1/1189601\\_140.pdf](http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/5225/1/1189601_140.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

60. Alexy, Robert. (2014) "Constitutional Rights and Proportionality". En: *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, No. 22, (51-65). Disponible en: <<http://journals.openedition.org/revus/2783>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
61. Arroyo Jiménez, Luis. (2009) "Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo". En: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. Disponible en: <[http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1252&pdf=621\\_es.pdf](http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1252&pdf=621_es.pdf) > Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
62. Bassols Coma, Martín (2004) "La planificación urbanística y su contribución al desarrollo urbanístico sostenible". En: *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, 2004 (677-709). Disponible en: <[http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1132/medio\\_ambiente\\_38\\_bassols.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1132/medio_ambiente_38_bassols.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
63. Bernal Gómez, Beatriz. (2014) "El Derecho Indiano, concepto, clasificación y características". Conferencia impartida en el marco de XI Congreso de Historia del Derecho Mexicano en la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato. 12 de noviembre de 2014. En: *Revista Ciencia Jurídica*, No. 7(4) (183-193). Disponible en: <<http://www.ddpg.ugto.mx/images/stories/revistas/cienciajuridica/no7.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
64. Cafferratta, Néstor (2004) "El principio precautorio". En: *Gaceta Ecológica*, No. 73 (5-21). Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/539/53907301.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
65. Chinchilla Marín, Carmen. (1993) "El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales". En: *Revista de Administración Pública*, No. 131 (167-189). Disponible en: <<http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjM4NzAmaWRIPTEwMzcmdXJsPTEmbmFtZT0xOTkzXzEzMV8xNjUuUERGJmZpbGU9MTk5M18xMzFfMTY1LIBERiZ0YWJsYT1BcnRpY3VsbyZjb250ZW50PWFwcGxpY2F0aW9uL3BkZg>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
66. Craig, Paul. (2010) "Proportionality, Rationality and Review". En: *New Zealand Law Review; Oxford Legal Research Paper Series*, No. 5. Disponible en: <<https://ssrn.com/abstract=1756271>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
67. Cruz Covarrubias, Armando (2008) *¿Cómo hacer un protocolo o proyecto de investigación jurídica?*. En: *Revista DEJURE de Investigación y Análisis*, 3ª Época, Vol. 1, (65-87). Disponible en: <<http://dejure.uco.mx/descarga.php?archivo=355>> Accesado el: 27 de agosto del 2019.
68. Damacena, Fernanda; de Carvalho, Délton. (2013). "O Estado Democrático de Direito Ambiental e as catástrofes ambientais: evolução histórica e desafios". En: *Pensar*, Vol. 18(2), (470-494). Disponible en: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2701/pdf> > Accesado el: 27 de agosto del 2019.
69. De Carvalho, Délton. (2013) "As mundaças climáticas e a formação do direito dos desastres". En: *Novos Estudos Jurídicos*, Vol. 18(3), (397-415). Disponible en:

<<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5130/2690>> Accesado el: 27 de agosto del 2019.

70. De Carvalho, Délton. (2015) “Instrumentos de prevenção a desastres: as medidas não estruturais e a construção de ciudades resilientes”. En: *Novos Estudos Jurídicos*, Vol. 20(5), (34-58). Disponible en: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7194/4090>> Accesado el: 27 de agosto del 2019.

71. De Carvalho, Délton. (2007) “O Direito e o Gerenciamento dos Riscos Ambientais”. En: *Revista Gestão e Desenvolvimento*, Vol. 4(1), (101-107). Disponible en: <<https://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistagestaoedesenvolvimento/article/download/866/1106>> Accesado el: 27 de agosto del 2019.

72. Farber, Daniel. (2011) “Navigating the Intersection of Environmental Law and Disaster Law”. En: *BYU Law Review*, Vol. 2011 (6), (1783-1820). Disponible en: <<https://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2622&context=lawreview>> Accesado el: 27 de agosto del 2019.

73. Farber, Daniel. (2012) “Disaster Law and emerging issues in Brazil”. En: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 4(1), (2-15). Disponible en: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.41.01/932>> Accesado el: 27 de agosto del 2019.

74. García Bernaldo de Quirós, Joaquín (2007) “Interacción entre planificación territorial y planificación urbanística”. En: *Claves del Gobierno Local*, No. 5 (105-148). Disponible en: <[http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/840/claves05\\_07\\_garcia.pdf?sequence=1&isAll owed=y](http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/840/claves05_07_garcia.pdf?sequence=1&isAll owed=y)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

75. García de Enterría, Eduardo. (1991) “Nuevas medidas cautelares ‘positivas’: la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 126 (297-307). Disponible en: <<http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjM3NzZMmaWRIPTEwMzcmbXJsPTEmbmFtZT0xOTkxXzEyNi8yOTcuUERGJmZpbGU9MTk5MV8xMjZfMjk3LIBERiZ0YWJsYT1BcnRyY3VsbyZjb250ZW50PWFwcGxpY2F0aW9uL3BkZg=>>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

76. Garrido Falla, Fernando. (1953) “Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 11 (11- 31). Disponible en: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&DN=11&IDA=21773>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

77. Garrido Falla, Fernando. (1959) “Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 28 (11-50). Disponible en: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&DN=28&IDA=22055>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.



78. González-Varas Ibáñez, Santiago. (2005) “La gestión territorial”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 166 (257-279): pp. 257-258. Disponible en: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=409&IDA=25921>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
79. Gorosito Zuluaga, Ricardo (2017) “Los principios en el Derecho Ambiental”. En: *Revista de Derecho. Universidad Católica del Uruguay*, 13(16) (101-136). Disponible en: <<https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1471/1477>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
80. Guasp, Jaime (1052) “La pretensión procesal”. En: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 1 (7-61). Disponible en: <[https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-1952-10000700061](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1952-10000700061)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
81. Jiménez Sanabria, Santiago; Peralta Montero, Carlos. (2019) “Sustentabilidad como principio orientador de la gestión del riesgo de desastres. Tensión entre paradigmas: resiliencia o anticipación”. En: Benjamin, Antonio; Nusdeo, Ana María (Orgs.) (2019) *Mudanças Climáticas. Conflitos ambientais e respostas jurídicas*. Volume 2. São Paulo: Instituto O Direito por Um Planeta Verde. Disponible en: <[http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo\\_20190813095306\\_4410.pdf](http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20190813095306_4410.pdf)> Accesado el: 27 de agosto del 2019.
82. Jurado Fernández, Julio. (2009) “La potestad pública de planificación urbana y la jurisprudencia constitucional”. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 123 (13-30). Disponible en: <<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13510>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
83. Lloret, Elsa María (2011) “El principio preventivo y precautorio en el Derecho Ambiental. ¿A qué principio responde la evaluación de impacto ambiental?”. En: *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, No. 21. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4283316.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
84. López Ramón, Fernando. (2005) “Introducción a los significados de la ordenación del territorio en Europa”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 166 (213-230). Disponible en: <<http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjU5MTkmaWRIPTEwMzcmdXJsPTUxJm5hbWU9UkFQMTY2LjA4LnBkZiZmaWxIPTY5MjA5MzkyNjUxMjA1MS5wZGYmdGFibGE9QXJ0aWN1bG8mY29udGVudD1hcHBsaWNhdGlvbi9wZGY=>>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
85. Nieto, Alejandro. (1976) “Algunas precisiones sobre el concepto de policía”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 81 (35-75). Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1098617.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
86. Obando León, Juan José. (2011) “Planificación urbana sostenible en Costa Rica”. En: López González, Silvia; Fernández Ruíz, Jorge, (Coords.) *Derecho Urbanístico*, 1ª Ed. México:

Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3052/10.pdf>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

87. Orozco Solano, Víctor. (2013) “La ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derecho fundamentales: una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Español en materia de libertad religiosa”. En: *Revista Judicial*, No. 109, (25-41). Disponible en: <[https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs\\_juds/Revista%20109/PDFs/03\\_ponderacion.pdf](https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/Revista%20109/PDFs/03_ponderacion.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

88. Ortiz Ortiz, Eduardo (1971) “Suspensión del acto impugnado en la vía contencioso-administrativa en Costa Rica”. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 17 (227-267). Disponible en: <<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/16705/16208>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

89. Peña Chacón, Mario (2013) “Los principios de objetivación de la tutela ambiental e irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección y su relación con la prohibición de retroceso”. En: *Revista Judicial*, No. 108 (125-143). Disponible en: <[https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs\\_juds/revista%20108/PDFs/08-objetivacion.pdf](https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/revista%20108/PDFs/08-objetivacion.pdf)> Accedido el : 1 de noviembre del 2018.

90. Pérez Andrés, Antonio Alfonso. (1998) “La ordenación del territorio una encrucijada de competencias planificadoras”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 147 (97- 138). Disponible en: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=145&IDA=24198>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

91. Ulate Chacón, Enrique. (2007) “Derecho a la tutela judicial efectiva: medidas cautelares en el ámbito constitucional, comunitario e internacional”. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 114 (137-174). Disponible en: <<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13628/12940>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

### **a.3.- Tesis de Derecho**

92. Bahia, Carolina Medeiros (2012) *Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao medio ambiente: elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental*. Tesis para optar por el grado de Doctorado en Derecho, Centro de Ciencias Jurídicas de la Universidad Federal de Santa Catarina. Disponible en: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99316/302182.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

93. Pérez Andrés, Antonio Alfonso. (1997) *La planificación territorial en el Estado compuesto (la función pública de ordenación del territorio)*. Tesis para obtener el grado de Doctorado en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla. Disponible en: <[https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/23969/B\\_TD-256.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/23969/B_TD-256.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

94. Reza Calvo, Ricardo Pablo. (1998) *El Estado y el Ordenamiento Territorial*. Tesis para optar por el grado de Doctorado en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Madrid: UCM. Disponible en: < <https://eprints.ucm.es/2221/1/T23604.pdf> > Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

95. Ribeiro de Almeida, Ursula. (2014) *Tutela de urgência no direito ambiental: instrumento de efetivação do princípio da precaução*. Tesis para optar por el grado de Maestría, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponible en: <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-09022015163958/publico/Ursula\\_Ribeiro\\_de\\_Almeida\\_dissertacao.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-09022015163958/publico/Ursula_Ribeiro_de_Almeida_dissertacao.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

#### **a.4.- Otras publicaciones**

96. Jinesta Lobo, Ernesto. (2008) “Planificación urbanística local en la jurisprudencia constitucional”. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Urbanístico organizado por la Universidad de Guadalajara. Guadalajara: IJJ, UNAM, AIMDA, 15-17 mayo 2018.

97. Poder Judicial de la República de Costa Rica (2019). *Diccionario Usual del Poder Judicial*. Disponible en: <https://digesto.poder-judicial.go.cr/index.php/dicc>. Accesado el 2 de julio del 2019.

### **B.- Obras en otras disciplinas**

#### **b.1.- Libros**

98. Ander Egg, Ezequiel. (2007) *Introducción a la planificación estratégica*. 1ª Ed. Buenos Aires: Lumen.

99. Aristóteles. (1994) *Metafísica*. 1ª Ed. Madrid: Editorial Gredos S.A..

100. Antillón Montealegre, Walter. (2001) *Teoría del Proceso Jurisdiccional*. 1a Ed. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.

101. Beck, Ulrich (1998) *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A.

102. Bravo Carrasco, Juan. (2009) *Gestión de procesos*. Santiago: Editorial Evolución S.A.

103. Cardona, Omar Darío (1996) “Evaluación de la amenaza, la vulnerabilidad y el riesgo. Elementos para el Ordenamiento y la Planeación del Desarrollo”. En: *Los desastres no son naturales*, compilado por Andrew Maskrey, (45-65). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (La Red). Disponible en: [http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER\\_todo\\_ene-7-2003.pdf](http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER_todo_ene-7-2003.pdf)

104. Cardona, Omar Darío. (1996) “El manejo de riesgos y los preparativos para desastres: Compromiso institucional para mejorar la calidad de vida”. En: *Desastres. Modelo para Armar. Colección de Piezas de un Rompecabezas Social*, editado por Elizabeth Mansilla, (128-147). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (La Red). Disponible

en: <<http://www.desenredando.org/public/libros/1996/dma/DesastresModeloParaArmar-1.0.0.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

105. Castells, Manuel (1999) *La cuestión urbana*. 3a Ed. México: Grupo Editorial Siglo XXI.

106. De Cerdán, Nelly. (2007) "Articulación del ordenamiento territorial y la gestión del riesgo". En: *Tiempo para entregar el relevo: reducción del riesgo de desastres desde la perspectiva de gestión ambiental, ordenamiento territorial, finanzas e inversión pública*. San José: Grupo de Recursos del Sur. Disponible en: <<http://www.cridlac.org/digitalizacion/pdf/spa/doc16823/doc16823.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

107. Duarte, Fábio. (2013) *Planejamento Urbano*. 1ª Ed. Curitiba: IBPEX. Disponible en: <[https://www.passeidireto.com/arquivo/17035497/planejamento\\_urbano\\_-fabio-duarte?utm-medium=link](https://www.passeidireto.com/arquivo/17035497/planejamento_urbano_-fabio-duarte?utm-medium=link)> Accesado el: 21 de agosto del 2019.

108. Hessen, Johannes. (1992) *Teoría del Conocimiento*. México: Editorial Porrúa S.A.

109. Bazant, Jan. (1984) *Manual de Criterios de Diseño Urbano*. 2ª Ed. México: Editorial Trillas.

110. Kafka, Franz. (2015) *La Metamorfosis y El Proceso*. México: Editorial Porrúa S.A.

111. Knight, Frank. (1964) *Risk, Uncertainty and Profit*. New York: Augustus M. Kelly, Bookseller.

112. Lavell, Allan (1996) "Degradación ambiental, riesgo y desastre urbano. Problemas y conceptos: hacia la definición de una agenda de investigación". En: *Ciudades en riesgo. Degradación ambiental, riesgos urbanos y desastres*, compilado por María Augusta Fernández, (12-42). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (La Red). Disponible en: <[http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER\\_todo\\_ene-7-2003.pdf](http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER_todo_ene-7-2003.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

113. Lavell, Allan et. Al. (2003) *La gestión local del riesgo: Nociones y precisiones en torno al concepto y la práctica*. 1a Ed. Panamá: CEPREDENAC-PNUD. Disponible en: <[http://www.preventec.ucr.ac.cr/sites/default/files/lavell\\_-\\_nociones\\_y\\_precisiones.pdf](http://www.preventec.ucr.ac.cr/sites/default/files/lavell_-_nociones_y_precisiones.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

114. Le Corbusier. (2000) *Planejamento Urbano*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A.

115. Lefèbvre, Henri. (2002) *A revolução urbana*. Belo Horizonte: Editora UFMG.

116. Lefèbvre, Henri. (1976) *Espacio y Política. El Derecho a la ciudad II*. 1ª Ed. Barcelona: Ediciones Península.

117. Lefèbvre, Henri. (1996). *Writings on Cities*. 1ª Ed. Oxford: Blackwell Publishers Ltd.

118. Llorente, Marta (2015) *La ciudad: huellas en el espacio habitado*. 1ª Ed. Barcelona: Acantilado.

119. López de Lucio, Ramón. (1993) *Ciudad y Urbanismo a finales del siglo XX*. Valencia: Servei de Publicacions Universitat de València.

120. Luhmann, Niklas. (1998) *Sociología del Riesgo*. 1ª Ed. México: Triana Editores; Universidad Iberoamericana.
121. Mansilla, Elizabeth. (2000) *Riesgo y Ciudad*. México: UNAM. Disponible en: <<https://desenredando.org/public/libros/2000/ryc/RiesgoYCiudad-1.0.1.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
122. Maskrey, Andrew. (1993) "Vulnerabilidad y mitigación de desastres". En: *Los desastres no son naturales*, compilado por Andrew Maskrey, (93-110). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (La Red). Disponible en: <[http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER\\_todo\\_ene-7-2003.pdf](http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER_todo_ene-7-2003.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
123. Matus Romo, Carlos. (1988) *Estrategia y plan*. 8ª Ed. México D.F.: Siglo XXI Editores S.A.
124. Morris, Julian. (2000). *Rethinking Risk and the Precautionary Principle*. Oxford: Butterworth-Heinemann.
125. Motet, Gilles; Bieder, Corinne (Eds.) *The Illusion of Risk Control. What Does it Take to Live With Uncertainty?* Switzerland: Springer.
126. Müller-Mahn, Detlef; Everts, Jonathan. (2013) "Riskscapes: the spatial dimensions of risk". En: Müller-Mahn, Detlef, Ed. *The Spatial Dimension of Risk. How geography shapes the emergence of riskscapes*, (1-21). Oxfordshire: Routledge.
127. Pichardo Muñoz, Arlette. (2008) *Planificación y programación social: bases para el diagnóstico y la formulación de programas y proyectos sociales*. 2ª Ed. Buenos Aires: Lumen.
128. Quarantelli, Enrico Louis (1996) "Desastres y catástrofes: condiciones y consecuencias para el desarrollo social". En: *Desastres. Modelo para Armar. Colección de Piezas de un Rompecabezas Social*, editado por Elizabeth Mansilla, (30-43). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (La Red). Disponible en: <<http://www.desenredando.org/public/libros/1996/dma/DesastresModeloParaArmar-1.0.0.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
129. Real Academia Española (2019). *Diccionario de la Lengua Española. Edición del Tricentenario*. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=DglqVCc>. Accesado el 2 de julio del 2019.
130. Renn, Ortwin, Klinke, Andreas (2013) "Space matters! Impacts for risk governance". En: Müller-Mahn, Detlef, Ed. *The Spatial Dimension of Risk. How geography shapes the emergence of riskscapes*, (1-21). Oxfordshire: Routledge.
131. Sierra Bravo, Restituto (1992) *Técnicas de Investigación Social. Teoría y Ejercicios*. 8ª Ed. Madrid: Editorial Paraninfo S.A.
132. Vallejos, Sheily; Picado, Carlos. (2014) *Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias: Institución rectora de la gestión para la reducción del riesgo de desastre*. 1ª Ed. San José: CNE. Disponible en: <<https://www.bvs.sa.cr/AMBIENTE/folletoCNE.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
133. Vargas Monge, William (2012) "Vulnerabilidades de los sistemas vitales de Costa Rica: infraestructura vial, energía eléctrica y telecomunicaciones". En: *Desastres: Costa Rica en el*

tercer milenio. *Desafíos y propuestas para la reducción de vulnerabilidad*. 1a Ed., editado por Marcos Adamson Bonilla y Federico Castillo, (75-126). San José: Contrastes Vivos de Costa Rica.

134. Wilches-Chaux, Gustavo. (1993) "La vulnerabilidad global". En: *Los desastres no son naturales*, compilado por Andrew Maskrey, (11-44). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (La Red). Disponible en: <[http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER\\_todo\\_ene-7-2003.pdf](http://www.desenredando.org/public/libros/1996/cer/CER_todo_ene-7-2003.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

135. Wildawsky, Aaron. (1988) *Searching for Safety*. New Brunswick: Transaction Books, Social Philosophy and Policy Center.

136. Willet, Allan. (1951) *The Economic Theory of Risk and Insurance*. Illinois: The S.S. Huebner Foundation for Insurance Education.

## **b.2.- Artículos académicos de otras disciplinas**

137. Aguilar Martínez, Adrián. (1989) "Las bases del Ordenamiento Territorial. Algunas evidencias de la experiencia cubana". En: *Revista Geográfica*, No. 109 (87-111). Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/40992583>> Accesado el: 26 de agosto del 2019.

138. Althaus, Catherine. (2005) "A disciplinary Perspective on the Epistemological Status of Risk". En: *Risk Analysis*, Vol. 25, No. 3 (567-588). Disponible en: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1539-6924.2005.00625.x>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

139. Aven, Terje; Renn, Ortwin; Rosa, Eugene. (2011) "On the ontological status of the concept of risk". En: *Safety Science*, No. 49 (1074-1079). Disponible en: >[https://www.academia.edu/attachments/54487853/download\\_file?st=MTU1NzI1NjlxMywyMDAuOS41OS4yNDgsMTEwODQ3MzEw&s=swp-toolbar](https://www.academia.edu/attachments/54487853/download_file?st=MTU1NzI1NjlxMywyMDAuOS41OS4yNDgsMTEwODQ3MzEw&s=swp-toolbar)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

140. Aven, Terje. (2011) "On How to Conceptualise and Describe Risk". En: *RT&A*, (1)20, Vol. 2 (28-37). Disponible en: <<http://hdl.handle.net/11250/181876>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

141. Baas, Stephan, Ramasamy, Selvaraju, Dey de Pryck, Jennie, Battisata, Federica (2009) *Análisis de Sistemas de Gestión del Riesgo de Desastres*. Roma: Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. Disponible en: <<http://www.fao.org/3/a-i0304s.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

142. Barrantes, Gustavo; Márquez, Rodrigo. (2011) "De la atención de desastres a la gestión del riesgo; una visión desde la geografía". En: *Revista Geográfica de América Central*, No. 47, (15-38). Disponible en: <[https://www.researchgate.net/publication/278018458\\_De\\_la\\_atencion\\_del\\_desastre\\_a\\_la\\_gestion\\_del\\_riesgo\\_un\\_vision\\_desde\\_la\\_geografia?\\_sg=vrl-rslbtuxXxO25u5csNYeJmsNJFzre0IlfJ8zru8Rgf2M99POo7suNJ9xCk6yJzDsf2bl0B4K Pzr2LF5MFV3Jrd2L7tT9UHwI2fEu1.cP\\_1nMDyrYckyFlvtBZtm46ikHvgO6PnxTRLF](https://www.researchgate.net/publication/278018458_De_la_atencion_del_desastre_a_la_gestion_del_riesgo_un_vision_desde_la_geografia?_sg=vrl-rslbtuxXxO25u5csNYeJmsNJFzre0IlfJ8zru8Rgf2M99POo7suNJ9xCk6yJzDsf2bl0B4K Pzr2LF5MFV3Jrd2L7tT9UHwI2fEu1.cP_1nMDyrYckyFlvtBZtm46ikHvgO6PnxTRLF)>

flo3OhByvxj86kiXF5DI-rTOiTvygv0h2J0MXo0p9J9gqXz8g> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

143. Batty, Michael, Marshall, Stephen. (2009) "The evolution of cities: Geddes, Abercrombie and the new physicalism". En: *Town Planning Review*, Vol. 80(6) (551- 574). Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.3828/tpr.2009.12>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

144. Beck, Ulrich. (2000) "Retorno a la Teoría de la Sociedad del Riesgo". *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, No. 30, (9-20). Disponible en: <<https://www.age-geografia.es/ojs/index.php/bage/article/view/383/354>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

145. Boholm, Åsa; Corvellec, Hervé. (2011) "A relational theory of risk". En: *Journal of Risk Research*, 14(2), (175-190). Disponible en: <[https://www.researchgate.net/publication/233233175\\_A\\_relational\\_theory\\_of\\_risk](https://www.researchgate.net/publication/233233175_A_relational_theory_of_risk)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

146. Briceño Ávila, Morella; Gómez Rosales, Luz. (2011) "Proceso de Diseño Urbano - Arquitectónico". En: *Provincia*, No. 25. (93-116). Disponible en: <<http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/33959/articulo5.pdf?sequence=1&isAllo wed=y>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

147. Brinkmann, Johannes. (2010) "Combining Risk and Responsibility Perspectives: First Steps". En: *Journal of Business Ethics*, Vol. 112, No. 4, (567-583). Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/23433668>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

148. Carter, Adam; Peterson, Martin. (2015) "On the epistemology of the precautionary principle". En: *Erkenntnis*, Vol. 80(1), (1-13). Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/24734972>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

149. Contreras Ortiz, Yency (2018) "Ordenamiento territorial e instrumentos para el desarrollo urbano". En: *Revista Ciudades, Estados y Política*, Vol. 5(1), (11-16). Disponible en: <<https://revistas.unal.edu.co/index.php/revcep/article/view/74640/67434>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

150. De Mattos, Carlos (s.f.) "La Gestión Urbano-Regional en un escenario globalizado: nuevos retos para su enseñanza". En: *Revista Proyección*, 1(2) (22p). Disponible en: <[http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos\\_digitales/3109/mattosproyeccion2.pdf](http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/3109/mattosproyeccion2.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

151. De Terán Troyano, Fernando. (1996) "Evolución del planeamiento urbanístico (1846-1996)". En: *Ciudad y Territorio Estudios Territoriales*, XXVIII (107-108) (167-184). Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=177374>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

152. Fischhoff, Baruh. (1984) "Defining Risk". En: *Policy Sciences*, Vol. 17, No. 2, (123-139). Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/4532016>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

153. Folke, Carl; carpenter, Stephen, et al. (2010) "Resilience Thinking: Integrating Resilience, Adaptability and Transformability". *Ecology and Society*, 15(4). Disponible en:

<[https://www.fs.fed.us/pnw/pubs/journals/pnw\\_2010\\_folke.pdf](https://www.fs.fed.us/pnw/pubs/journals/pnw_2010_folke.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

154. Gallopín, Gilberto. (2006) "Linkages between vulnerability, resilience, and adaptive capacity". En: *Global Environmental Change*, Vol. 16, No. 3, (293-303). Disponible en: <[https://www.researchgate.net/profile/Gilberto\\_Gallopín/publication/280232726\\_Linkages\\_between\\_vulnerability\\_resilience\\_and\\_adaptive\\_capacity/links/55ae344208aed614b0990c55/Linkages-between-vulnerability-resilience-and-adaptive-capacity.pdf?origin=publication\\_detail](https://www.researchgate.net/profile/Gilberto_Gallopín/publication/280232726_Linkages_between_vulnerability_resilience_and_adaptive_capacity/links/55ae344208aed614b0990c55/Linkages-between-vulnerability-resilience-and-adaptive-capacity.pdf?origin=publication_detail)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

155. Gunderson, Lance. (2000) "Ecological Resilience in Theory and Application". *Annual Review of Ecology and Systematics*, Vol. 31, (425-439). Disponible en: <<https://www.uv.mx/personal/tcarmona/files/2010/08/Gunderson-2000.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

156. Hamilton, Craig; Adolphs, Svenja; Nerlich, Brigitte. (2007) "The meanings of 'risk': a view from corpus linguistics". En: *Discourse & Society*, Vol. 18, No. 2, (163-181). Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/42889114>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

157. Haynes, John. (1895) "Risk as an Economic Factor". En: *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 9, No. 4, (409-449). Disponible en: <<https://ia801700.us.archive.org/22/items/jstor-1886012/1886012.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

158. Head, George. (1967) "An Alternative to Defining Risk as Uncertainty". En: *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 34, No. 2, (205-214). Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/251319>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

159. Holling, Crawford. (1973) "Resilience and Stability of Ecological Systems". *Annual Review of Ecology and Systematics*, Vol. 4, (1-23). Disponible en: <<http://www.jstor.org/stable/2096802>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

160. Lopera Medina, Mónica. (2014) "Aspectos históricos y epistemológicos de la planificación para el desarrollo". En: *Revista de Gerencia y Políticas en Salud*, 13(26) (28-43). Disponible en: <[www.scielo.org.co/pdf/rgps/v13n26/v13n26a03.pdf](http://www.scielo.org.co/pdf/rgps/v13n26/v13n26a03.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

161. Massiris, Ángel. (2008) "Gestión del ordenamiento territorial en América Latina". En: *Proyección*, No. 4. Disponible en: <<http://bdigital.uncu.edu.ar/3238>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

162. Massiris, Ángel. (2002) "Ordenación del territorio en América Latina". En: *Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, Vol. VI, No. 125. Disponible en: <<http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-125.htm>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

163. Molano Camargo, Frank. (2016) "El derecho a la ciudad: de Henri Lefebvre a los análisis sobre la ciudad capitalista contemporánea". En: *Folios*, No. 44 (3-19). Disponible en: <<https://revistas.pedagogica.edu.co/index.php/RF/article/view/3954/3433>> Accesado el: 21 de agosto del 2019.

164. Mora, Sergio (2010) "Disasters should not be the protagonists of Disaster Risk Management". En: Williams, Arthur. *Geologically Active: Proceedings of the 11<sup>th</sup> IAEG Congress. Auckland, New Zealand, 5-10 September 2010*, (89-110). London: Taylor & Francis



- Group: p. 91. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/profile/Sergio\\_Mora\\_Castro/publication/275970692\\_Disasters\\_should\\_not\\_be\\_the\\_protagonists\\_of\\_Disaster\\_Risk\\_Management/links/554cf9670cf29f836c9cd4ae/Disasters-should-not-be-the-protagonists-of-Disaster-Risk-Management.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Sergio_Mora_Castro/publication/275970692_Disasters_should_not_be_the_protagonists_of_Disaster_Risk_Management/links/554cf9670cf29f836c9cd4ae/Disasters-should-not-be-the-protagonists-of-Disaster-Risk-Management.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
165. Paulus, Nelson. (2004) "Del Concepto de Riesgo: Conceptualización en Luhmann y Beck". *Revista Mad*, No. 10, (95-160). Disponible en: <<https://revistamad.uchile.cl/index.php/RMAD/article/view/14786/15125>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
166. Pimm, Stuart. (1984) "The complexity and stability of ecosystems". *Nature*, Vol. 307, No. 5949, (321-326). Disponible en: <[https://www.researchgate.net/profile/Stuart\\_Pimm/publication/202000100\\_The\\_Complexity\\_and\\_Stability\\_of\\_Ecosystems/links/582716cf08ae950ace6c9e68/The-Complexity-and-Stability-of-Ecosystems.pdf?origin=publication\\_detail](https://www.researchgate.net/profile/Stuart_Pimm/publication/202000100_The_Complexity_and_Stability_of_Ecosystems/links/582716cf08ae950ace6c9e68/The-Complexity-and-Stability-of-Ecosystems.pdf?origin=publication_detail)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
167. Prince, Tiago; Guizzardi, Giancarlo; Araujo, Fernanda; Almeida, João. (2018) "The Common Ontology of Value and Risk". Ponencia presentada en 37<sup>th</sup> International Conference on Conceptual Modeling (ER 2018). Xi'an, China, 22-25 de octubre 2018. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/publication/325995105\\_The\\_Common\\_Ontology\\_of\\_Value\\_and\\_Risk](https://www.researchgate.net/publication/325995105_The_Common_Ontology_of_Value_and_Risk)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
168. Renn, Ortwin. (1992) "Concepts of Risk: A classification". En: *Social theories of risk*. Krimsky, Sheldon (Ed.). Westport: Praeger, pp. 53-79. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/publication/309010237\\_Concepts\\_of\\_risk\\_A\\_classification/download](https://www.researchgate.net/publication/309010237_Concepts_of_risk_A_classification/download)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
169. Sanabria Pérez, Soledad. (2014) "La ordenación del territorio: origen y significado". En: *Terra Nueva Etapa*, Vol. XXX, No. 47 (13-32). Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/721/72132516003.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
170. Ulrich Beck. (2008) "World at risk: The New Task of Critical Theory". En: *Development and Society*, Vol. 37, No. 1, (1-21). Disponible en: <<http://s-space.snu.ac.kr/bitstream/10371/86706/1/1.%20WORLD%20AT%20RISK%20%20THE%20NEW%20TASK%20OF%20CRITICAL%20THEORY%20%20%5DULRICH%20BECK.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
171. Walker, Brian; Holling, Crawford; carpenter, Stephen. (2004) "Resilience, Adaptability and Transformability in Social-Ecological Systems". *Ecology and Society*, 9(2). Disponible en: <<https://www.ecologyandsociety.org/vol9/iss2/art5/print.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
172. Wood, Oliver. (1964) "Evolution of the Concept of Risk". En: *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 31, No. 1, (83-91). Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/251211>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

173. Zoido Naranjo, Florencio (1998) "Geografía y ordenación del territorio". En: *Íber. Didáctica de las ciencias sociales. Geografía e Historia*, No. 16 (19-31). Disponible en: <<http://ri.uaemex.mx/bitstream/handle/20.500.11799/31344/secme-16705.pdf?sequence=1>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

### **b.3.- Otras publicaciones**

174. Astorga, Allan (2011) *Ordenamiento territorial en Costa Rica, 2010. Informe Final. Decimoséptimo Informe Estado de la Nación (2010)*. <https://estadonacion.or.cr/>. Disponible en: <[http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca\\_virtual/017/Astorga\\_Allan\\_Ordenamiento\\_territorial\\_en\\_Costa\\_Rica\\_2010.pdf](http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/017/Astorga_Allan_Ordenamiento_territorial_en_Costa_Rica_2010.pdf)>

175. Betrano, Sonia. (2017) "*Evolución sobre la legislación sobre uso del suelo en Costa Rica (1949-2016)*". Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible 2017. <https://estadonacion.or.cr/>. Disponible en: <[https://estadonacion.or.cr/files/biblioteca\\_virtual/023/Ambientales/Betrano\\_S\\_2017.pdf](https://estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/023/Ambientales/Betrano_S_2017.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

176. Comisión Nacional de Emergencias (2014) *Normas y elementos básicos de gestión municipal del riesgo de desastre con énfasis en prevención, control y regulación territorial*. 1a Ed. San José: CNE.

177. Comisión Nacional de Emergencias. (2016) *Plan Nacional de Gestión del Riesgo 2016-2020*. Aprobado mediante acuerdo No. 041-03-2016 de sesión ordinaria No. 04-03-16 del 2 de marzo del 2016. Disponible en: <<https://drive.google.com/open?id=0ByA2trMWnTn4d2tycTdsZmVyclU>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

178. Conseil de l'Europe. (1983) *Charte Européene de l'aménagement du territoire. Charte de Torremolinos*. Conference Européene des Ministres Responsables de l'Amenagement du Territoire. Adoptée le 20 mai 1983 à Torremolinos (Espagne). Disponible en: <[https://www.are.admin.ch/dam/are/de/dokumente/internationales/dokumente/bericht/european\\_regionalspatialplanningchartertorremolinoscharter.pdf.download.pdf/european\\_regionalspatialplanningchartertorremolinoscharter.pdf](https://www.are.admin.ch/dam/are/de/dokumente/internationales/dokumente/bericht/european_regionalspatialplanningchartertorremolinoscharter.pdf.download.pdf/european_regionalspatialplanningchartertorremolinoscharter.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

179. Cuervo González, Luis Mauricio. (2017) *Ciudad y territorio en América Latina. Bases para una teoría multicéntrica, heterodoxa y pluralista*. Santiago: Organización de Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social. Disponible en: <[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41943/S1700481\\_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41943/S1700481_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

180. Estrategia Internacional de las Naciones Unidas para la Reducción de los Desastres (2007). *Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres*. Ginebra: EIRD. Disponible en: <<https://www.eird.org/cdmah/contenido/hyogo-framework-spanish.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

181. International Risk Governance Council. (2005) *White Paper on Risk Governance. Towards an integrative approach*. Geneva: IRGC. Disponible en: <[https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC\\_WP\\_No\\_1\\_Risk\\_Governance\\_\\_reprinted\\_version\\_3.pdf](https://irgc.org/wp-content/uploads/2018/09/IRGC_WP_No_1_Risk_Governance__reprinted_version_3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
182. Internazionale per lo Sviluppo dei Popoli (CISP), Centro di Intervento per la Cooperazione (CRIC), Terra Nuova (TN). (2005) *Orientaciones para la prevención y atención de desastres: cómo incorporar la gestión del riesgo en la planificación territorial, cómo formular planes de emergencia y operaciones de respuesta, cómo comunicar en emergencias*. 1a Ed. Portoviejo: CISP-CRIC-TN. Disponible en: <<http://developmentofpeoples.org/uploads/analysis/analysis1-CISP-biblioteca-progetti.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
183. Narváez, Lizardo, Lavell, Allan, Pérez Ortega, Gustavo. (2009) *La gestión del riesgo de desastres: Un enfoque basado en procesos*. 1a Ed. Lima: Comunidad Andina-PREDECAN. Disponible en: <[http://www.comunidadandina.org/predecana/doc/libros/procesos\\_ok.pdf](http://www.comunidadandina.org/predecana/doc/libros/procesos_ok.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
184. Oficina de Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres. (2015) *Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030*. Ginebra: UNISDR. Disponible en: <[https://www.unisdr.org/files/43291\\_spanishsendaiframeworkfordisasterri.pdf](https://www.unisdr.org/files/43291_spanishsendaiframeworkfordisasterri.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
185. Oficina de Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres. (2004) *Vivir con el Riesgo: Informe mundial sobre iniciativas para la reducción de desastres*. Geneva: UN Publicaciones. Disponible en: <[http://www.unisdr.org/files/657\\_lwrsp.pdf](http://www.unisdr.org/files/657_lwrsp.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
186. Organización de Naciones Unidas. (2018) *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe*. Santiago: ONU. Disponible en: <[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141_es.pdf)> Accesado el: 27 de agosto del 2019.
187. Plan Regional de Desarrollo Urbano del Gran Área Metropolitana, Decreto Ejecutivo No. 13583-MIVAH-OFIPLAN del 3 de mayo de 1982. Disponible en: <[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=28056&nValor3=0&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=28056&nValor3=0&strTipM=TC)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
188. Plan Regional de Ordenamiento Territorial del Gran Área Metropolitana, Decreto Ejecutivo No. N° 38145-PLAN-MINAE-MIVAH-MOPT-S-MAG, del 21 de enero del 2014. Disponible en: <[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=77099&nValor3=96496&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=77099&nValor3=96496&strTipM=TC)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
189. Plan Regional Urbano del Gran Área Metropolitana, Directriz Presidencial No. 35-MIVAH-PLAN. Disponible en: <[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1)>

=NRTC&nValor1=1&nValor2=73101&nValor3=89657&strTipM=TC> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

190. Política Nacional de Gestión del Riesgo 2016-2030, oficializada mediante Decreto Ejecutivo No. 39322 del 15 de octubre del 2015. Publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 232 del 30 de octubre del 2015. Disponible en: <[http://www.pgrweb.go.cr/docsdescargar/Normas/No%20DE-39322/Version1/POLITICA\\_NACIONAL\\_GESTIÓN\\_RIESGO.pdf](http://www.pgrweb.go.cr/docsdescargar/Normas/No%20DE-39322/Version1/POLITICA_NACIONAL_GESTIÓN_RIESGO.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre.

191. Quesada Monte, Ruperto. (2007) “Los bosques de Costa Rica”. Ponencia presentada en el IX Congreso Nacional de Ciencias. “Exploraciones fuera y dentro del aula”, organizado por el Instituto Tecnológico de Costa Rica. Cartago: ITCR, 24 y 25 de agosto del 2007. Disponible en: <<http://www.cientec.or.cr/exploraciones/ponencias2007/RupertoQuesada.pdf>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

192. Massiris, Ángel. (2013) “Cambios recientes en las políticas de ordenamiento territorial en América Latina”. Ponencia presentada en III WorkShop de la Red Iberoamericana de Observación Territorial -RIDOT- “Planificación y gestión territorial en Iberoamérica: avances, tendencias y experiencias” (Memorias), organizado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi y la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Bogotá: 9-11 de octubre del 2013. Disponible en: <[http://www.uptc.edu.co/export/sites/default/eventos/2013/cf/pgtiate/memorias/documentos/cambios\\_recientes\\_polxticas.pdf](http://www.uptc.edu.co/export/sites/default/eventos/2013/cf/pgtiate/memorias/documentos/cambios_recientes_polxticas.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

193. Normas de planes de preparativos y respuesta ante emergencias para centros laborales o de ocupación pública, Decreto Ejecutivo No. 39502 del 10 de octubre del 2015, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 48 del 9 de marzo del 2016. Disponible en: <[https://www.cne.go.cr/preparativos\\_respuestas/documentos/manuales\\_procedimientos/Norma\\_Planes\\_Preparativos\\_y\\_Respuesta\\_final.pdf](https://www.cne.go.cr/preparativos_respuestas/documentos/manuales_procedimientos/Norma_Planes_Preparativos_y_Respuesta_final.pdf)> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

194. United Nations Disaster Relief Organization (1980) *Natural Disaster and Vulnerability Analysis. Report of Expert Group Meeting (9-12 July 1979)*. Geneva: UNDRO: p. iv. Disponible en: <https://archive.org/details/naturaldisasters00offi/page/n5>. Accedido el 6 de noviembre del 2018

195. Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo. (2018) *Manual de Planes Reguladores como Instrumento de Ordenamiento Territorial*. San José: INVU. Disponible en: <<https://www.invu.go.cr/documents/20181/32857/Manual+de+Planes+Reguladores+como+Instrumento+de+Ordenamiento+Territorial>> Accedido el: 1 de noviembre del 2018.

196. Smith, Neil. (2006) “There’s No Such Thing as a Natural Disaster”. Disponible en: <<http://understandingkatrina.ssrc.org/Smith>> Accedido el: 27 de agosto del 2019.

#### **b.4.- Tesis**

197. Cardona, Omar. (2001) "Estimación holística del riesgo sísmico utilizando sistemas dinámicos complejos". Tesis de doctorado. Departamento de Ingeniería del Terreno, Cartográfica y Geofísica. Universidad Politécnica de Cataluña. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/profile/Omar\\_Cardona/publication/277163871\\_Estimacion\\_holistica\\_del\\_riesgo\\_sismico\\_utilizando\\_sistemas\\_dinamicos\\_complejos/links/57b28ddc08ae15c76cbb40a3.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Omar_Cardona/publication/277163871_Estimacion_holistica_del_riesgo_sismico_utilizando_sistemas_dinamicos_complejos/links/57b28ddc08ae15c76cbb40a3.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

198. De Querioz Barboza, Eliana Rosa. (2019) *De la norma a la forma. Urbanismo contemporáneo y la materialización de la ciudad*. 1ª Ed. Electrónica. Tesis para optar por el grado de doctorado. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <[https://www.puec.unam.mx/pdf/publicaciones\\_digitales/tesis/de\\_la\\_norma\\_a\\_la\\_forma\\_libroel\\_electronico.pdf](https://www.puec.unam.mx/pdf/publicaciones_digitales/tesis/de_la_norma_a_la_forma_libroel_electronico.pdf)> Accesado el: 21 de agosto del 2019.

199. Wamsler, Christine. (2007) *Managing Urban Disaster Risk. Analysis and Adaptation Frameworks for Integrated Settlement Development Programming for the Urban Poor*. Tesis Doctoral, Housing Development & Management, Architecture and Built Environment, Lund University. Disponible en: <[http://www.hdm.lth.se/fileadmin/hdm/Wamsler\\_Managing\\_Urban\\_Disaster\\_Risk.PhD.2007.pdf](http://www.hdm.lth.se/fileadmin/hdm/Wamsler_Managing_Urban_Disaster_Risk.PhD.2007.pdf)> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

#### **C.- Normativa**

\* Toda la normativa, salvo que se indique lo contrario, se encuentra disponible en:  
< <http://www.pgrweb.go.cr/scij/main.aspx>> \*

200. Código Municipal, Ley No. 4574 del 4 de mayo de 1970.

201. Código Municipal, Ley No. 7794 del 30 de abril de 1998.

202. Constitución Política de la República de Costa Rica, del 7 de noviembre de 1949.

203. Estatuto del Servicio Civil, Ley No. 1581 del 20 de mayo de 1953.

204. Ley de Aguas, Ley No. 276, del 27 de agosto de 1942.

205. Ley de Biodiversidad, Ley No. 7788 del 30 de abril de 1998.

206. Ley de Construcciones, Ley No. 833 del 2 de noviembre de 1949.

207. Ley de Expropiaciones, Ley No. 7495 del 3 de mayo de 1995.

208. Ley de Patrimonio Histórico Arquitectónico de Costa Rica, Ley No. 7555, del 20 de octubre de 1995.

209. Ley de Planificación Nacional, Ley No. 5525 del 2 de mayo de 1974.

210. Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240 del 15 de noviembre de 1968.

211. Ley del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, Ley No. 7509, del 9 de mayo de 1995.

212. Ley del Sistema Nacional para la Calidad, Ley No. 8279 del 2 de mayo del 2002.

213. Ley especial para la transferencia de competencias: atención plena y exclusiva de la red vial cantonal, Ley No. 9329 del 15 de octubre del 2015.
214. Ley General de Caminos Públicos, Ley No. 5060, del 22 de agosto de 1972.
215. Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227 del 2 de mayo de 1978.
216. Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, Ley No. 8488 del 22 de noviembre del 2005.
217. Ley Orgánica del Ambiente, Ley No. 7554 del 4 de octubre de 1995.
218. Ley Orgánica del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, Ley No. 1788 del 24 de agosto de 1954.
219. Ley de Regulación y Comercialización de bebidas con contenido alcohólico, Ley No. 9047, del 25 de junio del 2012.
220. Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, Ley No. 6043 del 2 de marzo de 1977.
221. Ordenanzas Municipales, Ley No. 20 del 24 de julio de 1867.
222. Plan Regulador Urbano del Cantón Central de Cartago. Acuerdo No. 3, acta No. 190-12 sesión ordinaria del 13 de noviembre del 2012 del Concejo Municipal de la Municipalidad de Cartago. Publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 246 del 20 de diciembre del 2012.
223. Reglamento a la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo. Decreto Ejecutivo No. 34361 del 21 de noviembre del 2007.
224. Reglamento del Estatuto del Servicio Civil, Decreto Ejecutivo No. 21 del 14 de diciembre de 1954.
225. Reglamento General del Sistema Nacional de Planificación, Decreto Ejecutivo No. 37735 del 6 de mayo del 2013.
226. Reglamento Orgánico del Poder Ejecutivo, Decreto Ejecutivo No. 34582 del 4 de junio del 2008.
227. Reglamento para las contrataciones por el régimen de excepción y funcionamiento de la proveeduría institucional de la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 168 del 2 de setiembre del 2014.
228. Reglamentos de Desarrollo Urbano del Cantón de San José. Publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 29 del 11 de febrero del 2014. Disponible en: <<https://www.msj.go.cr/MSJ/DatosAbiertos/SiteAssets/RDU2014/Reformas%20PDU.pdf>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.
229. Rey Carlos II. (1681) *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*. Tomo II. Madrid: Ivlian de Paredes. Disponible en: <<http://fondosdigitales.us.es/fondos/libros/752/descargar/recopilacion-de-leyes-de-los-reynos-de-las-indias/>> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

## **D.- Jurisprudencia**

\* Toda la jurisprudencia, salvo que se indique lo contrario, se encuentra disponible en:  
<<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>> \*

### **d.1.- Jurisprudencia judicial**

230. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 1739 del 1 de julio de 1992.
231. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 13131 del 11 de noviembre del 2003.
232. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 7190 del 6 de diciembre de 1994.
233. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 3929 del 18 de julio de 1995.
234. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 6224 del 25 de mayo del 2005.
235. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 9570 del 5 de julio del 2006.
236. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 6482 del 11 de mayo del 2007.
237. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 11499 del 10 de agosto del 2007.
238. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 10290 del 21 de setiembre del 2004.
239. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 715 del 3 de febrero de 1995.
240. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 4599 del 26 de abril del 2005.
241. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 898 del 31 de enero del 2001.
242. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 5201 del 7 de abril del 2017.
243. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 4283 del 27 de marzo del 2015.
244. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 12730 del 28 de julio del 2010.

245. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 17306 del 19 de noviembre del 2008.
246. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 1577 del 3 de febrero del 2017.
247. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 8675 del 1 de julio del 2005.
248. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 11928 del 9 de julio del 2010.
249. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 4205 del 20 de agosto de 1996.
250. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 4957 del 18 de setiembre de 1996.
251. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 6706 del 21 de diciembre de 1993.
252. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 15712 del 27 de octubre del 2016.
253. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 5445 del 14 de julio de 1999.
254. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 10971 del 26 de julio del 2006.
255. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 7856 del 31 de mayo del 2007.
256. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 9120 del 26 de junio del 2007.
257. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 6304 del 18 de abril del 2008.
258. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 11397 del 8 de octubre del 2003.
259. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 13330 del 6 de setiembre del 2006.
260. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 5575 del 25 de abril del 2007.
261. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 7212 del 30 de mayo del 2012.
262. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 18438 del 11 de diciembre del 2008.



263. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 401 del 20 de febrero de 1991.
264. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 1441 del 2 de junio de 1992.
265. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 6579 del 9 de noviembre de 1994.
266. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 3410 del 10 de noviembre de 1992.
267. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 16202 del 28 de setiembre del 2010.
268. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 1081 del 28 de enero del 2011.
269. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 14137 del 29 de agosto del 2018.
270. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 19487 del 21 de noviembre del 2018.
271. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 1888 del 15 de febrero del 2011.
272. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 9122 del 21 de mayo del 2010.
273. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 12261 del 20 de julio del 2010.
274. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 2153 del 21 de mayo de 1993.
275. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 199 del 4 de febrero del 2010.
276. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 802 del 5 de julio del 2010.
277. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 90 del 3 de febrero del 2011.
278. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II. Sentencia No. 425 del 22 de octubre del 2009.
279. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 10 del 18 de enero del 2019.
280. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 112 del 5 de mayo del 2012.

281. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 126 del 15 de abril del 2011.
282. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 141 del 26 de abril del 2012.
283. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 164 del 19 de mayo del 2011.
284. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 112, del 9 de marzo del 2018.
285. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 2801 del 29 de julio del 2010.
286. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 231 del 22 de julio del 2005.
287. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 2412 del 24 de junio del 2010.
288. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 368 del 30 de setiembre del 2011.
289. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 394 del 14 de octubre del 2011.
290. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 479 del 28 de octubre del 2016.
291. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 416 del 8 de febrero del 2010.
292. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 4516 del 30 de noviembre del 2010.
293. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 410 del 31 de octubre del 2011.
294. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 541 del 11 de noviembre del 2015.
295. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 542 del 11 de noviembre del 2015.
296. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia No. 73 del 18 de marzo del 2011.
297. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV. Sentencia No. 41 del 30 de abril del 2013.
298. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV. Sentencia No. 45 del 6 de mayo del 2016.

299. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV. Sentencia No. 83 del 16 de setiembre del 2013.

300. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IX. Sentencia No. 53 del 30 de junio del 2009.

301. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Sentencia No. 102 del 17 de agosto del 2017.

302. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Sentencia No. 1166 del 28 de noviembre del 2008.

303. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Sentencia No. 172 del 8 de octubre del 2015.

304. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Sentencia No. 18 de 1 de febrero del 2012.

305. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Sentencia No. 236 del 25 de octubre del 2012.

306. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Sentencia No. 37 del 22 de marzo del 2017.

307. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Sentencia No. 39 del 10 de marzo del 2016.

308. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Sentencia No. 43 del 17 de febrero del 2011.

309. Tribunal Contencioso Administrativo. Sentencia No. 2150 del 23 de setiembre del 2016.

310. Tribunal Contencioso Administrativo. Sentencia No. 2199 del 29 de setiembre del 2016.

311. Tribunal Contencioso Administrativo. Sentencia No. 2752 del 29 de noviembre del 2017.

312. Tribunal Contencioso Administrativo. Sentencia No. 563 del 11 de marzo del 2016.

#### **d.2.- Jurisprudencia administrativa**

313. Procuraduría General de la República. Dictamen No. C-213-2014 del 1 de julio del 2014. Disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=18218&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=18218&strTipM=T) Accesado el: 1 de noviembre del 2018.

#### **d.3.- Jurisprudencia extranjera**

314. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección I. Auto del 14 de octubre de 1991. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/03b2a9e7cb644c03/20150804> Accesado el: 1 de noviembre del 2018.