

Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho

Acuerdos Conciliatorios
en el Tribunal Ambiental Administrativo.

Tesis para optar por el grado de licenciatura.

Alumno:
Bernardo Mata Soto.
Carnet: 98-2174.

2008.

INTRODUCCION

Ha sido de conocimiento público que varios de los casos sometidos al conocimiento del Tribunal Ambiental Administrativo han finalizado anormalmente por medio de la adopción de acuerdos conciliatorios, en los cuales los sujetos denunciados proponen y se obligan al cumplimiento de ciertos compromisos como forma alterna a la sanción. Si bien las formas alternativas de resolución de conflictos la gran mayoría de las veces representan amplios beneficios, es necesario tener en cuenta que sus características y aplicación pueden variar en relación con la materia de que se trate. El medio ambiente es un bien que se encuentra en una situación jurídica sui generis. La progresiva comprensión de la importancia que tiene para el ser humano como especie ha llevado a considerarlo desde una perspectiva de solidaridad, que sobrepasa los conceptos tradicionales del derecho. Lo que suceda al medio importa a todas las personas, sean afectadas directamente o no, pues representa un interés difuso. Ello conlleva un replanteamiento de la noción de disponibilidad necesaria para someter un conflicto a un método de resolución alterna. De esta consideración surgió la inquietud principal que movió la investigación, y empezaron a aparecer las dudas sobre el fundamento legal, la fortaleza del soporte técnico con que cuenta el Tribunal, su legitimación para aprobar los acuerdos, y en general la conciliabilidad de la materia ambiental. Si cualquier ciudadano se encuentra legitimado para accionar y defender su derecho, ¿Podría arrogarse además la facultad de atenuar las consecuencias de la vulneración mediante la adopción de un acuerdo? ¿Qué garantía existe de que la conciliación no sea un portillo para la irresponsabilidad? ¿Qué control existe sobre el cumplimiento y la efectiva

puesta en práctica de los compromisos adquiridos? Ello se pretende abordar mediante el presente trabajo, estableciendo la naturaleza jurídica del Tribunal, su relación con otras instancias competentes para conocer los asuntos bajo su conocimiento, la susceptibilidad de la materia para ser objeto de conciliación a la luz de los principios del derecho ambiental, etc.

A partir del contexto esbozado, la hipótesis que se plantea es que el marco jurídico que regula la realización e implementación de acuerdos conciliatorios originados en procesos seguidos ante el Tribunal Ambiental Administrativo es insuficiente, y no otorga las garantías procesales y sustantivas suficientes para proteger el ambiente.

Para el desarrollo del trabajo se planteó como objetivo general el analizar las consecuencias e implicaciones de los acuerdos conciliatorios llevados a cabo en el TAA, particularmente a nivel jurídico, en relación con otras instancias competentes en la materia. Asimismo, los objetivos específicos fueron: 1) analizar la particularidad de la resolución alterna de conflictos sobre materia ambiental; 2) analizar el fundamento jurídico que respalda la resolución alterna de conflictos puesta en práctica en el TAA; 3) analizar la legitimación para suscribir los acuerdos; 4) analizar la forma en que se toman los acuerdos conciliatorios; 5) determinar la firmeza de los acuerdos conciliatorios adoptados en el TAA respecto a otras instancias competentes en la materia; y 6) analizar los medios coercitivos para hacer valer los acuerdos.

Por otra parte, la metodología utilizada comprende la investigación bibliográfica, acerca de los principios del Derecho Ambiental, los valores que lo informan y los intereses que protege. Igualmente esta base teórica incluye la investigación sobre el Derecho Administrativo Sancionador en materia ambiental, sus alcances y su fundamento, las facultades otorgadas a la Administración para conciliar y el fundamento jurídico con que lo hace. Para ello se acudirá al Sistema de Bibliotecas de la Universidad de Costa Rica, a la biblioteca de la Corte Suprema de Justicia, así como a la biblioteca de la Asamblea Legislativa.

Por su parte, se analizará jurisprudencia administrativa del TAA, mediante la revisión de tres expedientes representativos en se ha llegado a acuerdos conciliatorios.

Es importante advertir que el presente trabajo, por el momento en que fue iniciado, planteado y desarrollado, no contempla la futura entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica, Centroamérica, Republica Dominicana y Estados Unidos.

El trabajo se encuentra estructurado en tres secciones. La primera trata sobre el Derecho administrativo sancionador en materia ambiental. En ella se analizan las instituciones y órganos administrativos con tal competencia, la relación existente entre ellos, los principios que rigen su actividad, entre otros. Luego, en la sección segunda trata propiamente el Tribunal Ambiental Administrativo, su competencia y sus atribuciones. Por último, se trata en la sección tercera la conciliación en el Tribunal Ambiental Administrativo, analizando tres casos resueltos de esa forma.

Sección I
Derecho Administrativo Sancionador
y la materia ambiental.

La necesidad de intervenir las actividades privadas o públicas para proteger al medio ha sido un tema de histórica controversia. La intensidad de la preocupación ambiental ha sido fluctuante, y esto ha sido aprovechado por las ideologías predominantes para influir en protección de determinados intereses. Es por ello que se pueden encontrar diversas posiciones al respecto, tal como veremos de seguido.

A) NO INTERVENCION EN MATERIA AMBIENTAL.

La no intervención en materia ambiental, en su carácter puro, es prácticamente cosa del pasado. Actualmente la doctrina acepta en forma casi unánime la necesidad de que la intervención ocurra. Sin embargo, esta situación no siempre ha permanecido. Por ello conviene hacer una breve mención a la denominada solución de mercado o modelo liberal, tendencia completamente anacrónica pero cuya influencia aún se asoma.

Esta solución considera al ambiente como un bien más, sujeto a las fuerzas de la oferta y la demanda, y se manifestó con especial vigor en el auge del liberalismo. Se consideraba a los recursos naturales como bienes inagotables, y esto daba pie a los liberales para promover un modelo contractual de carácter privado e individualista, que excluía toda intervención de carácter público o equiparable que fuera más allá de la protección de los derechos de propiedad y libertad contractual. No fue sino hasta que se empezó

a reconocer que los recursos representan intereses comunes y que el daño al ambiente afecta al ser humano como especie, que se hizo imperativo un cambio de paradigma. Los recursos naturales son agotables, las especies pueden extinguirse y las condiciones atmosféricas variar por causas humanas y en perjuicio de las colectividades. Los elementos que conforman el medio ambiente no son objetos disponibles por el ser humano en su afán conquistador de la naturaleza. Son el sustrato necesario para el desarrollo y mantenimiento de la vida y la salud. Con el desarrollo de los Derechos Humanos de Tercera Generación, reseñado anteriormente, la balanza se empezó a inclinar con mayor fuerza hacia la intervención.

B) INTERVENCION EN MATERIA AMBIENTAL.

Podemos encontrar la intervención en dos formas. Puede ser estatal – como en la mayoría de los casos- o no estatal.

1. Intervención no Estatal

La expresión más relevante de intervención no estatal es la denominada autorregulación ambiental, mediante la cual el sujeto intervenido es quien voluntariamente se somete a fiscalización. En estos casos el ordenamiento jurídico común siempre es requerido, pero en una forma secundaria o auxiliar. Este es el caso de los denominados instrumentos económicos de protección al ambiente. Uno de los ejemplos reconocidos es el de las normas ISO, denominadas con las siglas de la organización que las controla: International Standard Organization. Mediante estas normas – la denominada ISO 14000 particularmente - las empresas se someten voluntariamente al cumplimiento

de una cierta estandarización de procesos productivos, con el fin de garantizar y certificar públicamente determinadas cualidades del producto elaborado o del servicio prestado. En forma similar actúan otros mecanismos, como los establecidos por la Federación Internacional de Movimientos de Agricultura Orgánica (IFOAM), la Responsabilidad Social 8000 (SA 8000), o el Forrest Stewardship Council (FSC).¹

Este tipo de iniciativas privadas son una muestra de la creciente conciencia ambiental que se está desarrollando entre el común de la gente. El denominado consumidor “verde”, cada vez más informado, está incorporando la protección del ambiente dentro de sus exigencias, y está prefiriendo los productos elaborados en estas condiciones. Sin duda es una forma sencilla y efectiva de colaborar con la causa.

2. Intervención Estatal

Por otro lado, tenemos la intervención propiamente estatal, ejercida a través de los denominados mecanismos de comando y control, a la cual nos dedicaremos en forma más extensa por encontrarse directamente relacionada con el tema de la investigación.

En primera instancia, no hay lugar a dudas de que este tipo de intervención es generalizada e indispensable. Es evidente que la comunidad jurídica tiene un indiscutible interés en que el medio ambiente se proteja y se conserve, para garantizar la vida, la salud y el desarrollo sostenible para esta y

¹ A mayor abundamiento sobre el tema remitimos a CABRERA MEDAGLIA, Jorge. Manual de Legislación Ambiental. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica, 2006.

las futuras generaciones. Por ello el Estado está obligado a proteger el bien jurídico medio ambiente, defendiendo el interés público que representa.

Podemos notar las manifestaciones de esta intervención dentro del Poder Judicial y el Poder Ejecutivo:

2.1 Intervención jurisdiccional

Este mandato es patente en el artículo 50 de nuestra Constitución Política así como en el artículo 153, que señala:

“Artículo 153.- Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso-administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.”

Así tenemos por ejemplo lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley de Biodiversidad:

Artículo 108.- Competencia jurisdiccional

En materia de biodiversidad y mientras no exista una jurisdicción ambiental, toda controversia será

competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa.

Como excepciones de la regla anterior, los delitos contra la biodiversidad serán juzgados por la jurisdicción penal; de igual modo, las controversias que se susciten entre particulares, donde no medie un acto administrativo ni del dominio público, serán competencia de la jurisdicción agraria.

Tiene así el Poder Judicial la potestad de aplicar la legislación ambiental y establecer las sanciones e indemnizaciones que conforme a derecho corresponda, mediante procesos como:

- Acción de inconstitucionalidad.
- Recurso de amparo.
- Proceso civil.
- Proceso agrario.
- Proceso Penal.
- Proceso contencioso administrativo

Por estas vías es posible tanto cuestionar la constitucionalidad de normas o actos administrativos, como solicitar indemnizaciones o la imposición de sanciones penales por daños al ambiente.²

2.2 Intervención administrativa

² Sobre el tema puede verse ZELEDON ZELEDON Ricardo. “El acceso a la justicia ambiental en Costa Rica” En: Seminario sobre daño ambiental, San José, Costa Rica, 1999 y 2000. Memoria. San José, Costa Rica, Procuraduría General de la República, 2002. P.226.

Este tipo de intervención tiene una importante multiplicidad de formas. Recordemos que el tratamiento que antecedió al Derecho Ambiental moderno fue evidentemente sectorial en el campo administrativo. Esto se mantiene en gran medida, aún cuando las tendencias actuales promueven una regulación ordenada y sistemática de la materia.

La intervención administrativa se puede manifestar en distintos campos. Podemos encontrar por ejemplo el sistema de tributos ecológicos, mediante el cual el Estado cobra determinada suma a las empresas que arrojan desechos en un río, por ejemplo, como forma de desincentivar el vertido de esas sustancias. Otro ejemplo es la ordenación territorial, que se encarga de administrar determinada zona geográfica para darle un uso adecuado, y evitar interferencias entre las áreas residenciales, las zonas protegidas, las actividades industriales, comerciales o agrarias.

3. Entes Administrativos Interventores.

En nuestro país la intervención administrativa en materia ambiental es ejercida por una compleja e intrincada red de órganos, con competencias superpuestas en muchos casos. Ciertamente, la multiplicidad de entes es causa de confusión y de ineficiencia. Entre los órganos más relevantes podemos encontrar los siguientes:

3.1 Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE)

Este Ministerio fue renovado en el año 1990, mediante la Ley Número 7152 del 21 de julio. Por medio de esta ley se convirtió al antiguo Ministerio de Recursos Naturales Energía y Minas (MIRENEM) en el MINAE, otorgándole una nueva estructura y replanteando sus funciones. Dentro de las más relevantes a nuestros propósitos podemos encontrar las siguientes:

“Artículo 2.- Serán funciones del Ministerio del Ambiente y Energía las siguientes:

- a) Formular, planificar y ejecutar las políticas de recursos naturales, energéticas, mineras y de protección ambiental del Gobierno de la República, así como la dirección, el control, la fiscalización, la promoción y el desarrollo en los campos mencionados. Asimismo, deberá realizar y supervisar las investigaciones, las exploraciones técnicas y los estudios económicos de los recursos del sector.
 - b) Fomentar el desarrollo de los recursos naturales, energéticos y mineros.
 - c) Promover y administrar la legislación sobre conservación y uso racional de los recursos naturales, a efecto de obtener un desarrollo sostenido de ellos, y velar por su cumplimiento.
 - ch) Dictar, mediante decreto ejecutivo, normas y regulaciones, con carácter obligatorio, relativas al uso racional y a la protección de los recursos naturales, la energía y las minas.
- (...)

- e) Promover y administrar la legislación sobre exploración, explotación, distribución, protección, manejo y procesamiento de los recursos naturales relacionados con el área de su competencia, y velar por su cumplimiento.
 - f) Tramitar y otorgar los permisos y concesiones referentes a la materia de su competencia.
- (...)"

Para el ejercicio de estas funciones el MINAE se apoya en varias leyes. Entre otras, en la Ley Orgánica del Ambiente, Número 7575 del año 1995 (LOA) que establece un marco institucional y regulatorio en relación con la evaluación de impacto ambiental y el manejo de los recursos hídricos, forestales, energéticos y del aire.

3.2 Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA)

Esta entidad, creada por la misma LOA, se encuentra adscrita al MINAE, pero como órgano con desconcentración máxima. Entre sus funciones más importantes podemos encontrar algunas de las dispuestas por el artículo 84 de su ley de creación:

- a) Analizar las evaluaciones de impacto ambiental y resolverlas dentro de los plazos previstos por la Ley General de la Administración Pública.

- b) Recomendar las acciones necesarias para minimizar el impacto sobre el medio, así como las técnicamente convenientes para recuperarlo.
- c) Atender e investigar las denuncias que se le presenten en lo relativo a la degeneración o al daño ambiental.
- d) Realizar las inspecciones de campo correspondientes antes de emitir sus acuerdos.
- e) Aprobar y presentar informes de labores al Ministro del Ambiente y Energía, en su calidad de secretario Ejecutivo del Consejo.
- f) Elaborar guías para las actividades, obras y proyectos de evaluación de impacto ambiental, así como gestionar su disposición y divulgación.
- g) Recomendar, al Consejo mediante el Ministro del Ambiente y Energía, las políticas y los proyectos de ley sobre el ambiente, surgidos de los sectores de la actividad gubernamental.
- h) Fijar los montos de las garantías para cumplir con las obligaciones ambientales, los cuales deberán depositar los interesados, con la debida periodicidad y el monto de los tratos. Para rendir esas garantías, se estará a lo dispuesto en el reglamento de la contratación administrativa.
- i) Realizar labores de monitoria y velar por la ejecución de las resoluciones.

j) Establecer fideicomisos, según lo estipulado en el inciso d) del artículo 93 de esta ley (...)

La SETENA es un ente con una enorme importancia en la protección del medio ambiente en Costa Rica. Es una de las instituciones que manifiestan la vigencia del Principio Preventivo, al encargarse como una de sus funciones principales de realizar el EIA que anteriormente mencionamos.

Un hecho notable, al cual nos referiremos posteriormente, es la facultad otorgada en el literal c), pues como sabemos la competencia para atender e investigar denuncias por daños ambientales no es exclusiva de la SETENA.

3.3 Procuraduría Ambiental y de la Zona Marítimo Terrestre

La Procuraduría General de la República (PGR) es en términos latos el abogado del Estado. Se encarga de representar y asesorar a la Administración en términos técnico-jurídicos, con independencia funcional y de criterio en el desempeño de sus atribuciones. Dentro de su estructura se encuentra la Procuraduría Ambiental y de la Zona Marítimo Terrestre (PAZMT), creada por el artículo 7 inciso p) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Dentro de las atribuciones específicas de esta dependencia podemos encontrar las dispuestas en el artículo 3 de la ley citada:

(...) i) Actuar en defensa del patrimonio nacional, de los recursos existentes en la zona marítimo - terrestre, el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental.

Tomar las acciones legales procedentes en salvaguarda del medio con el fin de garantizar el derecho constitucional de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Velar por la aplicación correcta de convenios, tratados internacionales, leyes, reglamentos y otras disposiciones sobre esas materias. Investigar de oficio o a petición de parte toda acción u omisión que infrinja la normativa indicada.

Ser tenida como parte, desde el inicio del procedimiento de los procesos penales en que se impute la comisión de una infracción o la violación de la legislación ambiental y de la Ley sobre la Zona Marítimo - Terrestre. Para ello podrá ejercitar la acción penal, de oficio sin estar subordinada a las actuaciones y las decisiones del Ministerio Público; interponer los mismos recursos que el Código de Procedimientos Penales concede a aquel y ejercer la acción civil resarcitoria (...)

El papel de la PGR, y dentro de ella la PAZMT, es de enorme relevancia. Debe haber herramientas oportunas y suficientes para ejercer la defensa de los intereses de las colectividades, y es por ello que se le confieren tales atribuciones a éste órgano. En los asuntos en que existe de por medio un interés relacionado con la materia ambiental, atinente a la colectividad, debe estar presente la PGR para su defensa.

3.4 Ministerio de Salud

La condición de la salud humana, como pudimos evidenciar anteriormente, pende del estado en que se encuentre el medio. En consecuencia este Ministerio, encargado de supervisar y ejercer control sobre todos los asuntos relacionados con la salud, no puede mantenerse aislado de la materia ambiental. Dentro de los asuntos sobre los cuales el Ministerio tiene competencia, podemos encontrar al menos los relacionados con³:

- Agua potable
- Agua residual
- Aspectos sanitarios en edificaciones
- Contaminación atmosférica
- Deshechos
- Fauna nociva
- Inocuidad de alimentos
- Radiaciones
- Salud ocupacional
- Sustancias peligrosas

Entre las atribuciones de mayor relevancia para nuestros efectos podemos encontrar el otorgamiento y fiscalización del cumplimiento del denominado Permiso Sanitario de Funcionamiento (PSF). El PSF es una autorización que deben obtener obligatoriamente las personas físicas o jurídicas que pretendan iniciar la operación de un establecimiento agropecuario, comercial, industrial, de servicios, entre otros. El trámite del

³ Ver a estos efectos CABRERA MEDAGLIA, Jorge. Ob.cit. p.37.

PSF se encuentra regulado en el Reglamento General para el Otorgamiento de Permisos Sanitarios de Funcionamiento del Ministerio de Salud, Decreto Ejecutivo No. 33240-S del 30 de junio del 2006 (RGPSF) y tiene como propósito fundamental garantizar mediante distintos requisitos que actividades como las señaladas no producirán un perjuicio a la salud o al medio ambiente.

Los trámites que el RGPSF establece son uniformes para todas las actividades, pero deben ser complementados con los que la normativa aplicable a los casos concretos prescriba. Por ejemplo, para el establecimiento y operación de un relleno sanitario, no solo debe cumplirse con lo establecido en el RGPSF, sino también con lo prescrito por el Reglamento de Rellenos Sanitarios, Número 27378- S de 9 de octubre de 1998.

La solicitud para la obtención del PSF se presenta en las Áreas Rectoras de Salud (ARS), entidades regionales adscritas al MS que se encargan de dictar su aprobación definitiva o provisional, o su denegación.

La Dirección de Protección al Ambiente Humano (DPAH) debe encargarse de velar por la aplicación de la normativa relacionada con el PSF. Según el artículo 70 del RGPSF, le corresponde a la DPAH, en coordinación con las demás instancias del MS:

“la elaboración y actualización de la normativa correspondiente, así como las normas y procedimientos de acuerdo con su ámbito de competencia; debiendo ejercer la vigilancia,

seguimiento, evaluación y control de la aplicación de dicha normativa para el otorgamiento de P.S.F.”

La DPAH, con anterioridad al reglamento vigente, tenía en forma centralizada las funciones que hoy corresponden a las ARS. Actualmente su principal función es la de fiscalización, rectoría, reglamentación y soporte técnico a las ARS.

Es importante mencionar que, en la actividad fiscalizadora del cumplimiento no solo de los requisitos del PSF, sino de las demás áreas sometidas a su competencia, el Ministerio de Salud se encuentra facultado para dictar medidas especiales, según lo establece la Ley General de Salud:

“Artículo 356.-

Se declaran medidas especiales, para los efectos señalados en el artículo anterior, la retención, el retiro del comercio o de la circulación, el decomiso, la desnaturalización y la destrucción de bienes materiales, la demolición y desalojo de viviendas y otras edificaciones destinadas a otros usos, la clausura de establecimientos; la cancelación de permisos; la orden de paralización, destrucción o ejecución de obras, según corresponda; el aislamiento, observación e internación de personas afectadas o sospechosas de estarlo por enfermedades transmisibles; de denuncia obligatoria; el aislamiento

o sacrificio de animales afectados o sospechosos de estarlo por epizootias de denuncia obligatoria.”

Para llevar a cabo todas estas actuaciones se encuentran facultados a solicitar el auxilio de la fuerza pública si las circunstancias lo ameritan.

3.5 Municipalidades.

Los gobiernos locales también poseen competencia sobre asuntos que tienen que ver con la materia ambiental. En el artículo 75 del Código Municipal se establecen una serie de obligaciones para los habitantes del territorio al que pertenece la municipalidad, entre las que podemos encontrar normas claramente ambientales. Al respecto el artículo 76 del mismo cuerpo legal establece:

“Artículo 76.-

Cuando se incumplan las obligaciones dispuestas en el artículo anterior, la municipalidad cobrará trimestralmente con carácter de multa:

(...)

c) Por no separar, recolectar ni acumular, para el transporte y la disposición final, los desechos sólidos provenientes de las actividades personales, familiares, públicas o comunales, o provenientes de operaciones agrícolas, ganaderas, industriales, comerciales y turísticas solo mediante los sistemas de disposición final

aprobados por la Dirección de Protección al Ambiente Humano del Ministerio de Salud, cien colones (¢100,00) por metro cuadrado del área total de la propiedad.

(...)

e) Por no remover los objetos, materiales o similares de las aceras o los predios de su propiedad, que contaminen el ambiente u obstaculicen el paso, doscientos colones (¢200,00) por metro lineal del frente total de la propiedad.

f) Por no contar con un sistema de separación, recolección, acumulación y disposición final de los desechos sólidos, aprobado por la Dirección de Protección al Ambiente Humano del Ministerio de Salud, en las empresas agrícolas, ganaderas, industriales, comerciales y turísticas, doscientos colones (¢200,00) por metro lineal del frente total de la propiedad, cuando el servicio público de disposición de desechos sólidos es insuficiente o inexistente o si por la naturaleza o el volumen de los desechos, este no es aceptable sanitariamente. (...)⁴

⁴ Tal como se señaló al hablar sobre el Ministerio de Salud, y según el Decreto Ejecutivo No. 33240-S de 30 de junio del 2006, cuando se menciona a la Dirección de Protección al Ambiente Humano debe entenderse como referencia al Área Rectora de Salud (A.R.S)

Por su parte, el artículo 28 de la LOA confiere participación a los gobiernos locales respecto al aprovechamiento del territorio:

“Artículo 28.- Políticas del ordenamiento territorial

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.”

En concordancia con lo anterior, y según el artículo 74 de la Ley de Construcciones, Decreto Ley número 833 del 4 de noviembre de 1949, toda actividad relacionada con la construcción de obras, sean de carácter permanente o provisional, deberá ejecutarse con licencia de la Municipalidad. Esta licencia se emite tras la constatación, a través de lo manifestado por el ingeniero responsable, de que la obra cumple con los requisitos legales y reglamentarios correspondientes. Como ejemplo, podemos encontrar dentro de estos requisitos el establecido en el artículo 71 de la misma Ley, que señala:

“Artículo 71.- Aguas residuales.

Se prohíbe dar curso libre a las aguas residuales de desechos industriales, cuando sean perjudiciales a la salud del hombre o de los animales, o cuando por su proporción química o su temperatura ataquen el sistema de atarjeas establecido o cuando perjudiquen las tierras destinadas a la agricultura.

En cumplimiento de esta norma, la municipalidad podría denegar la licencia de construcción, asumiendo un papel de contralora de la legalidad ambiental en forma preventiva del daño. “

3.6 Otros.

Además de las instituciones que acabamos de citar hay muchas otras cuyas funciones se relacionan con temas ambientales. Con el único objeto de ilustrar la dispersión administrativa al respecto, citamos a continuación algunas de ellas:

- Consejos Regionales Ambientales
- Contralor ambiental
- Servicio Nacional de Aguas Subterráneas (SENARA)
- Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP)
- Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU)
- Instituto Costarricense de Electricidad.

- Colegio de Ingenieros y Arquitectos.
- Defensoría de los Habitantes.
- Fuerzas de Policía.
- Servicio Nacional de Guardacostas.
- Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT).
- Colegio Federado de Ingenieros Químicos.
- AyA .
- Dirección General de Aviación Civil.

Solo algunos de los entes citados, aún encontrándose dentro de la esfera del Poder Ejecutivo, se encuentran facultados para recibir denuncias e imponer sanciones por violación a la normativa ambiental. Ciertamente son éstos los que nos interesan para los efectos de la presente investigación. Entre ellos se encuentra desde luego el Tribunal Ambiental Administrativo (en adelante TAA) de cuyas funciones y potestades nos ocuparemos con detalle. Por ahora conviene indicar que estos entes receptores de denuncias funcionan bajo un régimen jurídico especial, dada su naturaleza administrativa. Este es el del Derecho Administrativo Sancionador, una manifestación de la genérica facultad sancionadora del Estado, conocida como *ius puniendi*. A continuación se reseñará brevemente el contenido de esta potestad estatal, con el fin de comprender mejor el contexto jurídico en que se desenvuelve el TAA y poder analizar su problemática con bases teóricas sólidas.

C) DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. Fundamento

Con el advenimiento del Estado de Derecho se configuró un régimen con límites tanto al poder estatal como a la libertad de autodeterminación de los individuos. Por una parte surgió renovada la necesidad de señalar al Estado los lineamientos que deben guiar su actuación, en busca de la protección de los intereses de la generalidad de los ciudadanos; en forma correlativa, fue necesario normar la libertad natural inherente al ser humano, condicionándola y delimitándola en lo necesario y razonable. Para lograr esto, fue imprescindible reconocer los derechos de los ciudadanos frente al poder estatal, derechos a los que se ha denominado *derechos subjetivos de libertad* o *libertades públicas*.⁵

Una de las características más importantes de un Estado de Derecho como el que disfrutamos es su división en tres poderes, consolidada por el pensador francés Montesquieu: el primero, legislativo, encargado de dictar las leyes; el segundo, o ejecutivo, encargado precisamente de ejecutar las leyes; y un tercero, poder judicial, con la función de ordenar la ejecución forzosa de las leyes y sancionar a sus infractores. Es así como el poder judicial estaría dedicado en forma exclusiva a la imposición de sanciones por el incumplimiento de la ley, y como órgano independiente y libre de presiones sería garante de los derechos de los ciudadanos. La producción de las leyes que darían origen a estas sanciones sería competencia única del poder legislativo,

⁵ CARRETERO PÉREZ, Adolfo. Derecho Administrativo Sancionador. Segunda Edición, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995. p.79.

en el cual se encontraría representada en forma democrática la voluntad del pueblo como signo de legitimidad del gobierno. Por último, el poder ejecutivo, quedaría relegado a resguardar el orden público en forma coactiva y obedecer las órdenes que el primero emane para la debida ejecución de las sanciones. Para ello, y con los antecedentes de las formas de gobierno autoritarias, dentro del poder ejecutivo se sostuvo lo que vino a llamarse “policía administrativa”⁶, a la cual define GARRIDO FALLA en la siguiente forma:

“En términos generales podemos definir la policía administrativa como el conjunto de medidas coactivas utilizables por la Administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública.”⁷

Si bien en casos como el de Francia, ante la transición al sistema tripartito indicado con la Revolución “las potestades sancionadoras pasaron íntegramente a los Jueces”⁸, en Alemania o España, ante un fenómeno similar, el poder ejecutivo sí mantuvo en cierto grado la potestad sancionadora. A pesar de ello, posteriormente se hizo imprescindible el fortalecimiento del ámbito administrativo, con la consecuente matización del principio de tripartición de los poderes. Fue así como en el caso de España, antes de iniciar el siglo XX:

⁶ Se debe hacer una precisión en relación con los conceptos de “policía general” y “policía de seguridad” Se denomina “policía general” a aquella dedicada a la preservación del orden público en su sentido más primitivo de la “tranquilidad de la calle”. Por ello se le identifica con la denominada “policía de seguridad”. El concepto de “policía general” surge junto con el de “policía especial” enfocada a áreas más específicas, como se verá de seguido. Al respecto ver GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II, sexta edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1982, p.166.

⁷ Ibidem. p.159.

⁸ NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos, Madrid, 1994, p.90.

“se produjo ya una tal ampliación en los fines estatales y autorizaron las Leyes tan considerable número de nuevas intervenciones administrativas que, junto a la policía de seguridad – que, por antonomasia, siguió denominándose policía general – comenzó a hablarse de policías especiales, para comprender con tal denominación aquel conjunto de medidas limitativas de la actividad de los particulares dictadas en relación con materias específicas: policía minera, forestal, de aguas, de circulación, etc.”⁹

GARRRIDO FALLA explica este fenómeno desde la perspectiva de un cambio en el concepto de orden público. En el Estado Liberal del siglo XIX, el orden público era entendido como la seguridad, la salubridad y la tranquilidad. Sin embargo afirma que, paulatinamente, se empezó a ampliar el alcance del concepto, para abarcar campos económicos, urbanísticos y por supuesto ambientales. Esta diversificación de la intervención estatal señaló la efectiva necesidad de que la Administración, en una forma más expedita, se ocupara de controlar y supervisar el cumplimiento de la ley. Para ello fue preciso el fortalecimiento de la potestad administrativa de sancionar.

Fue así como al abrirse el campo de las actividades administrativas, dentro del mismo empezó a distinguirse propiamente la potestad sancionadora administrativa. A ello se refiere NIETO GARCIA:

⁹ GARRIDO FALLA, Fernando. Ob.cit., p.166.

“La Policía pretende evitar que se rompa el orden y en su caso, lo restablece; mientras que las sanciones castigan una conducta individual ya realizada. Las circunstancias de que, por una parte, la Policía pueda servirse ocasionalmente de sanciones para conseguir sus fines y, por otra, el que la amenaza y la imposición de sanciones contribuyan al mantenimiento del orden, no autorizan a confundir estas dos figuras ni a integrar una en otra ...”¹⁰

Esto propició las condiciones para que surgiera uno de los planteamientos de mayor trascendencia, encabezado por James Goldschmidt: el “Derecho Penal Administrativo”. Su influencia fue determinante por un período prolongado de tiempo desde principios del siglo XX, tanto en Europa como en América.¹¹ Esta teoría recalca la importancia de la Administración como ente con unos fines propios, para cuyo cumplimiento requiere de mejores instrumentos, como una forma de autoayuda. Busca una completa despenalización del ilícito administrativo, reconociendo su relación con las faltas y delitos penales pero haciendo evidente el carácter administrativo de la potestad sancionadora.

Pese al desarrollo logrado, y sobre la base de la presunta distinción entre los ilícitos administrativos y los penales, continuó la inquietud doctrinal y sobre todo la creación de jurisprudencia acerca de la potestad sancionadora de la Administración. Fue así como, progresivamente se llegó a conformar una

¹⁰ NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit. p.179.

¹¹ Ibidem. p.181.

más o menos sólida teoría al respecto, que hoy es ampliamente aceptada: el Derecho Administrativo Sancionador.

En el origen de este planteamiento, cuya influencia ha sido vertida en nuestro sistema, fue determinante la sentencia del Tribunal Constitucional Español, número 18/1981, dictada el 8 de junio del año en su nomenclatura, la cual en lo que interesa indica:

“(…) los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado (…) hasta el punto que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales.”¹²

Según esta teoría ambos ilícitos, penal y administrativo, son manifestaciones de la potestad sancionadora única del Estado, son dos especies de un mismo género, un tronco único con una rama en el poder judicial y otra en el ejecutivo. Esta teoría configuró una estructura dogmática capaz de explicar y justificar el funcionamiento de ambas potestades, dando lógica a la dinámica existente entre ellas; ha permitido a la potestad sancionadora administrativa esquivar los golpes que sus opositores venían asestando. Al efecto señala NIETO GARCIA:

¹² Ibidem. p.86.

“La tesis de la potestad punitiva única del Estado y de sus dos manifestaciones es sumamente ingeniosa, resuelve con suavidad los rechazos ideológicos que inevitablemente provoca la mera potestad sancionadora de la Administración y, sobre todo, resulta de gran utilidad en cuanto que sirve para dotar al Derecho Administrativo Sancionador un aparato conceptual y práctico del que hasta ahora carecía.”¹³

Es así como, por medio de la inclusión de los delitos e infracciones administrativas dentro de un *supraconcepto* de ilícito¹⁴ ha sido posible al Derecho Administrativo Sancionador hacer uso del conocimiento mucho más desarrollado del Derecho Penal. Este ha sido el aporte más significativo de la teoría, y podremos constatarlo con clara evidencia al tratar los principios del Derecho Administrativo Sancionador.¹⁵

En nuestro país, el intérprete constitucional se ha inclinado por adherirse a la tesis del *ius puniendi* único del Estado, al señalar en una forma prácticamente idéntica a la sentencia citada del Tribunal Constitucional Español que:

¹³ Ibidem.p.80.

¹⁴ Entiéndase en este caso un concepto de ilícito como acción contraria al ordenamiento jurídico, en el que se contemplan tanto los ilícitos administrativos como los penales. Ver a estos efectos NIETO GARCIA, Alejandro, ob.cit. pp 148 y ss.

¹⁵ A este punto conviene mencionar que, en concurrencia con la teoría del *ius puniendi* único del Estado, sobreviven aún algunos planteamientos justificativos de la potestad sancionadora administrativa. Sin embargo no nos detendremos a analizarlos por separado, dado que algunos de ellos ya los hemos mencionado, y actualmente son aceptados en forma marcadamente minoritaria.

“los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado.”¹⁶

Pese a ello, no existe disposición expresa a nivel constitucional que se refiera específicamente a la potestad sancionadora administrativa, y a nivel legal tampoco se exhibe disposición alguna de carácter general que la conciba en estos términos. Más bien, son leyes sectoriales las que se encargan de ello, entre las cuales podemos encontrar las siguientes:

- Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Número 7472 de 20 de diciembre de 1994.
- Código de Normas y Procedimientos Tributarios, Número 4755 de 3 de mayo de 1994, y sus reformas.
- Ley de Impuesto General sobre las Ventas, Número 6826 de 8 de noviembre de 1982 y sus reformas.
- Ley Reguladora del Mercado de Valores, Número 7732 de 17 de diciembre de 1997.
- Estatuto de Servicio Civil, Ley Número 1581 de 30 de mayo de 1953.
- Ley Orgánica del Ambiente, Número 7554 de 4 de octubre de 1995.

¹⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución de las 15 horas del 24 de julio de 1995, Número 3929-95.

En el caso del Tribunal Ambiental Administrativo, tema al que atañe la presente investigación, es la Ley Orgánica del Ambiente la que le atribuye la competencia sancionadora, como se verá con detalle.

Sin embargo, antes de arribar al tema del TAA propiamente, conviene detenernos y dedicar unas líneas a analizar la relación entre el régimen de Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, para poder tratar con bases sólidas la relación entre las infracciones administrativas y los delitos ambientales.

2. Relación con el Derecho Penal.

Nos referiremos a la relación entre Derecho Administrativo Sancionador y Derecho Penal desde dos perspectivas: la de su realidad normativa y teórica –como regímenes jurídicos- y la de su realidad fáctica –como ilícitos-.¹⁷

2.1 Relación como regímenes jurídicos

Las relaciones entre ambos regímenes nunca han sido pacíficas. A nivel doctrinario y jurisprudencial se puede narrar una historia conflictiva. A pesar de ello, se ha llegado a un nivel de relativa estabilidad con el planteamiento de la tesis del *ius puniendi* único del Estado.

Como su nombre lo indica, el Derecho Administrativo Sancionador tiene un carácter Administrativo prevalente, lo cual ha sido respaldado desde épocas de Goldschmidt. Su producción, desarrollo y observancia se encuentran dentro

¹⁷ Si bien son dos aspectos obviamente indisolubles, se hace esta distinción para efectos puramente didácticos.

de la esfera del Derecho Administrativo. Sin embargo, es necesario destacar que contiene un componente muy importante que lo distingue, el de ser sancionador. Este carácter muestra el ligamen con la denominada potestad punitiva única del Estado, de la cual se considera una manifestación. Según esta teoría, el *ius puniendi* único del Estado es el mismo que fundamenta las distintas potestades sancionadoras que detentan entes públicos, no solo dentro de la esfera estrictamente administrativa, sino también la judicial. Es así como se despliega este nexo con el derecho punitivo por excelencia, que se considera vertiente de esta misma potestad sancionadora: el Derecho Penal.

Ha habido posiciones a favor de una pretenciosa superioridad del Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo Sancionador. Sin embargo, tratadistas como NIETO GARCIA discrepan. En el caso particular, el tratadista español señala tres razones que aparentan elevar al Derecho Penal, pero que en el fondo, no logran desequilibrar su igualdad ante el Administrativo Sancionador y ratifican la teoría del *ius puniendi* único:¹⁸

Cronológica:

El Derecho Penal ha tenido en los dos últimos siglos un enorme avance doctrinal y legal, que se ha reflejado en la proposición de unos principios que a esta altura se encuentran ya consolidados. Esto no sucede con el Derecho Administrativo Sancionador. Sin embargo, esta rama administrativa aprovecha del desarrollo de su *prima* penal para asumir los requerimientos que la potestad implica.

¹⁸ Ver al efecto NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit. p.168.

Constitucional:

El Derecho Penal ha acuñado principios progresistas, garantes de los derechos de los individuos, y ha logrado darles rango constitucional. Por lo tanto, aunque puedan considerarse netamente penales, forman parte de la potestad sancionadora única del Estado. Sin duda esto hace a la actuación administrativa más acorde con los principios del Estado de Derecho.

Dogmática:

Cuando se *importan* principios del Derecho Penal no es por que éste sea superior, sino porque son los más desarrollados. El Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador forman parte de una unidad superior – el Derecho punitivo del Estado – y esto los pone en plano de igualdad.

Ciertamente, el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, comparten una raíz, un fundamento teórico, que los hace mantener puntos comunes. Ambas ramas concurren en un solo eje: la potestad del Estado, como protector de los intereses generales, de declarar conductas que contravengan sus fines como ilícitas, de juzgarlas e imponer sanciones. Esto es lo que permite el soporte doctrinario de uno al otro. Por lo consiguiente, y ante el mayor desarrollo del Derecho Penal, ha sido no sólo teóricamente posible, sino conveniente, la utilización del conocimiento desarrollado por el mismo para el sustento del Derecho Administrativo Sancionador:

“El Derecho Administrativo Sancionador no ha querido renunciar a su nacionalidad de origen (el Derecho Administrativo), pero como desconfía de él y de su autoritarismo tradicional, no ha buscado aquí los mecanismos de la protección y garantías de los interesados y ha preferido «tomarlas en préstamo» del Derecho Penal, que tiene una mayor experiencia a tal propósito. Conste, por tanto, que esta apertura al Derecho Penal no desvirtúa la naturaleza del importador, que sigue siendo administrativo”¹⁹

Ahora bien, es necesario recalcar que a pesar de ello son dos campos diferentes. Son especies de un mismo género, por ende no son idénticos. El tratamiento que cada uno le da a los ilícitos es diverso. Son potestades ejercidas por dos poderes estatales distintos. La potestad sancionadora administrativa, si bien goza de ejecutoriedad, es revisable ante la jurisdicción contencioso administrativa. Lo resuelto por la Administración no es la última palabra, como si sucede en el poder judicial, en que las sentencias tienen la condición de cosa juzgada material que las hace prácticamente inmutables. Esto, si bien es cuestionable, busca el resguardo de las garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos, en el contexto del Estado de Derecho y su división de poderes, como antes hemos reseñado. La sanción impuesta por la comisión de delitos es comúnmente privativa de libertad, lo cual no sucede a consecuencia del ejercicio de la potestad sancionadora. Por su parte, en esta

¹⁹ Ibidem. p.182.

pueden ser sancionadas personas jurídicas, lo cual no sucede en el ámbito penal. Asimismo, la Administración juega el papel de juez y parte en la potestad sancionadora. En gran mayoría de los casos puede ser el mismo órgano sancionador el que inicie el proceso mediante actuación de oficio. Esto podría considerarse incluso como un riesgo para las garantías de los ciudadanos en el ejercicio de la potestad sancionadora. Por el contrario el poder judicial en su función juzgadora se rige por un principio de imparcialidad que le impide compartir algún interés con cualquier parte más que el de hacer valer lo dispuesto por la ley. Es una organización dedicada exclusivamente a la función jurisdiccional, facultada por la Constitución Política con las más amplias prerrogativas para llevar a cabo sus fines. Tiene una institucionalidad enfocada a la impartición de justicia, el soporte incondicional de la fuerza pública, de órganos especialistas en áreas técnicas, la posibilidad de imponer penas de prisión, etc. En fin, las partes gozan de mayores facilidades para ejercer sus derechos de audiencia y defensa. Sin embargo como sabemos, en el ámbito administrativo la situación es diferente.

2.2 Relación entre los ilícitos penales y administrativos en cuanto a su realidad fáctica

La identidad o diferencia ontológica²⁰ entre los delitos y las infracciones administrativas ha sido discutida durante más de cien años por distintos juristas. Frente a este panorama NIETO GARCIA afirma acertadamente que

“todo este trabajo ha sido (casi) inútil por estar mal planteado, al haberlo centrado en el terreno

²⁰ Entiéndase como la identidad o diferencia entre los fenómenos reales no normativos, o metanormativos, que constituyen o rodean las acciones designadas como ilícitos en ambos campos.

metanormativo, que para nada vincula al Legislador, quien puede cambiar de la noche a la mañana por criterios propios absolutamente coyunturales.”

Ciertamente es el creador de leyes el que se encarga de determinar las consecuencias de una conducta odiosa a la sociedad. Tiene la posibilidad, dentro de los límites constitucionales, de darle el rango de infracción, para que sea competencia de la potestad sancionadora administrativa, o bien, convertirla en un delito, para que sea conocida en el ámbito penal. Bien señalan al respecto CARRETERO que:

“Siendo todas las infracciones de la misma naturaleza y no pudiendo encontrarse la antítesis Derecho Penal < Derecho Administrativo, es el legislador quien puede despenalizar conductas y dotar de contenido ético a otras sanciones anteriormente administrativas ...”²¹

En esta decisión intervienen muchos factores, de difícil control y sistematización, entre los cuales encontramos los políticos, criminológicos, económicos, de oportunidad, en fin:

“la diferencia entre el delito penal y las infracciones administrativas es una cuestión polémica que lleva implícita problemas de política criminal, de técnica

²¹ CARRETERO PÉREZ, Adolfo. Ob.cit.p.107.

legislativa y hasta de superación del positivismo
jurídico”²²

Es por ello que, bajo un criterio rigurosamente técnico, se deben considerar detenidamente las distintas cualidades y desventajas de ambos regímenes jurídicos siempre que se legisle al respecto. La fuerza moral y estigmatizadora del Derecho Penal debe hacerse funcionar ante situaciones que realmente afecten áreas sensibles. Los ilícitos que lesionen intereses ligados a los valores mejor estimados por el ordenamiento jurídico deben ser conocidos en esta vía judicial, no solo con el objeto de contar con mayores garantías y controles en el proceso, sino también para aprovechar las demás condiciones favorables de la potestad sancionadora en sede judicial. Sin embargo, si nos sujetamos a la realidad, es iluso no reconocer la concurrente cantidad de razones adicionales que pueden mediar en la decisión de disponer legalmente sobre el deslinde de ambas potestades punitivas. Ciertamente es este hecho el que impide construir un planteamiento teórico absolutamente afín con la realidad. Más allá de posturas elaboradas debemos ser conscientes de que el legislador es el único con la facultad de valorar las conductas indeseables y determinar sus consecuencias jurídicas. No es difícil imaginar la actitud de los legisladores ante la hipotética comisión de una infracción administrativa que, dentro del ordenamiento vigente, implique tan solo una sanción insulsa, y tenga además un gran impacto mediático sobre las masas. Es posible que rápidamente se otorgue a la conducta la condición por lo menos de contravención. El único elemento que entraría en juego a este respecto sería el principio de proporcionalidad –el cual trataremos adelante- que por supuesto no nos da una guía precisa y se presta para holgadas interpretaciones.

²² Ibidem.p.98.

3. Relaciones de Sujeción Especial y de Sujeción General.

Los tratadistas han realizado dentro de la potestad administrativa sancionadora distintas clasificaciones, con criterios diversos. Podemos encontrar la división de la potestad en Potestad Correctiva y Potestad Disciplinaria, entendiendo por la primera la que se dirige a los particulares y la segunda a los funcionarios públicos. Asimismo, se ha planteado una división en Potestad de Autoprotección y Potestad de Protección del Orden General, donde la primera se encarga de la tutela de del orden interno y la segunda del orden público. No obstante, por las implicaciones sobre el rigor con que la Administración sancionadora ejerce sus funciones, conviene hacer referencia a la clasificación con que se titula el presente acápite.

La Relación de Sujeción General se da entre la Administración y el administrado por su simple condición de tal. Esta es la relación que mantiene por principio todo individuo con el Estado, en la cual no hay un vínculo especial previo que lo ligue, y tiene fundamento en la supremacía del poder estatal, otorgada constitucionalmente para cumplir con los fines de interés general.

Este concepto, ampliamente aceptado en la actualidad, es similar al de Policía general o de seguridad, en la cual al infringirse un deber:

“lo es al margen de una relación jurídica precedente en sentido técnico, puesto que se ha vulnerado un deber impuesto a todos.”²³

²³ Ibidem.p.89

Sin embargo, esta denominación ha sido desacreditada, tras la puesta en evidencia de las diferencias entre actividad sancionadora y de policía, señaladas con anterioridad. Desde luego, se podría considerar vigente en cuanto a que, para la existencia de estas relaciones, es necesaria la inexistencia de un vínculo previo con la Administración.

Por otro lado, encontramos la Relación de Sujeción Especial. En ella la supremacía estatal se acentúa, debido al ligamen previo del individuo con la Administración, configurando una situación jurídica particular que estrecha el contacto entre ambos. Esto conlleva el sometimiento a un régimen jurídico distinto, en el que personas concretas, con un status particular -y no *los administrados* en forma genérica- se someten a una dependencia más acentuada. El ingreso a esta relación puede darse por sentencia, acto administrativo o voluntad del particular.

Este tipo de relación es similar al de la denominada Policía Especial, en la que el administrado se encuentra dentro de un nexo particular con la Administración denominado Supremacía Especial.²⁴ Sin embargo, sufre por su concepción dentro de la policía, igual suerte que la Policía General antes mencionada.

El carácter excepcional de las Relaciones de Sujeción Especial hace que muestren ciertas características, que GALLEGO ANABITARTE describe en la siguiente forma:

²⁴ Ibidem. p.90.

“acentuada situación de dependencia, de la cual emanan determinadas obligaciones, estado general de libertad limitada, existencia de una relación personal, imposibilidad de establecer de antemano extensión y contenido de las prestaciones, así como la intensidad de las necesarias intervenciones coactivas en la esfera de los afectados, el hecho de que el individuo tiene que obedecer órdenes, las cuales no emanan directamente de la Ley, el hecho de que esta situación se explique en razón de un determinado fin administrativo, la alusión a un elemento de voluntariedad en dicha situación de sometimiento, el admitir, expresa o tácitamente, que la justificación de dicha relación se encuentra en la necesidad de una eficiencia y productividad administrativa.”²⁵

Esta descripción es bastante clara. Sin embargo conviene precisar que, en algunos casos, no necesariamente se presentan estas características en su integridad. Por ejemplo en el caso de los reos, donde la voluntariedad se encuentra ausente.

²⁵ GALLEGO ANABITARTE Alfredo, citado por ARNESTO MOYA, Alonso. Los principios del Derecho Administrativo Sancionador. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1998, p.53.

Los CARRETERO por su parte, se refieren a los caracteres de esta supremacía especial en una forma más esquemática que consideramos acertada:²⁶

- 1) Atipicidad: Las manifestaciones de esta supremacía son variadas, no existe una relación típica.
- 2) La especialidad: Es un contacto particular, permanente y concreto del administrado con la Administración.
- 3) Intensidad: la potestad general es insuficiente. Se requiere de intensiva acentuación de dependencia.

Dentro de la Relación de Sujeción Especial podemos encontrar diversas manifestaciones, según este mismo carácter de atipicidad, de acuerdo a las necesidades reguladoras existentes. Uno de los ejemplos comunes de ello es la potestad disciplinaria en que entra un determinado administrado por su investidura como funcionario público o por el ingreso a un colegio profesional.

En materia ambiental podemos encontrar variados ejemplos de ambos tipos de relación. En el caso de la Relación de Sujeción General, todos los ciudadanos nos encontramos obligados a cumplir con la normativa ambiental que prohíbe contaminar los ríos, botar basura en las calles, etcétera. Asimismo

²⁶ CARRETERO PÉREZ, Adolfo. Ob.cit. p.91 y ss.

podemos encontrar Sujeción Especial en el caso de los desarrolladores que someten proyectos a la Evaluación de Impacto Ambiental, la cual obligatoriamente debe llevar a cabo la SETENA cuando haya posibilidad de daño ambiental. En muchos casos, con posterioridad al aval de la obra, el desarrollador debe mantener una garantía de funcionamiento como respaldo al cumplimiento de las obligaciones ambientales en ella establecidas.²⁷ Así se mantiene una relación especial e intensa con la Administración, en la cual ésta podría incluso llegar a ejecutar sin dilación la garantía si se constata un incumplimiento.

Es muy importante la referencia a la presente clasificación de los tipos de relaciones existentes en la materia administrativa sancionadora. Del grado de sujeción que mantenga determinado sujeto con la Administración depende la rigidez con que se aplicarán los principios del Derecho Administrativo Sancionador, así como la intensidad con que se posicionen sus garantías. Este es el caso del principio de reserva legal. Este principio funciona como límite a la actuación reglamentaria administrativa, mediante la restricción de determinadas materias a las disposiciones con rango de ley. No obstante, en función de la distinción que nos ocupa:

“podría articularse la reserva legal en el Derecho Punitivo del Estado a lo ancho de círculos concéntricos en los que se iría diluyendo el rigor de su exigencia desde el interior a la periferia. El círculo central sería el Derecho Penal; luego vendría el Derecho Administrativo Sancionador de

²⁷ Ver artículo 21 de la Ley Orgánica del Ambiente, Número 7554.

protección del orden general y un tercero para las relaciones especiales de sujeción. A los que aún podría añadirse un cuarto círculo para el Derecho disciplinario.”²⁸

Aunque se hable particularmente de la reserva legal, esto es aplicable con ciertas precisiones al resto de principios del Derecho Administrativo Sancionador, a los cuales dedicaremos algunas líneas adelante.

4. Ejercicio de la potestad sancionadora administrativa.

4.1 Facultades Básicas

La potestad sancionadora de la Administración se compone de tres facultades básicas, la de establecimiento, la de imposición y la de ejecución. A continuación explicaremos en forma breve en que consta cada una de ellas:

4.1.a. De establecimiento.

Mediante esta facultad el Estado establece los ilícitos y sus respectivas consecuencias jurídicas, así como la normativa necesaria para la imposición y ejecución. Podemos delimitarla más precisamente a través de una breve referencia a los principios de juridicidad y de legalidad, en los cuales se manifiesta. Según el primero todas las infracciones y sanciones administrativas, así como las actividades que implique la potestad

²⁸ NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit. p.250.

sancionadora en general, deben estar previstas en una norma, indiferentemente del rango de la misma. Por vía normativa, y con el fin de evitar el abuso y la arbitrariedad de los órganos sancionadores, la potestad sancionadora debe ser encausada, dando un grado sustancial de previsibilidad a los ciudadanos, y reconociendo los límites que esta actividad restrictiva de derechos debe respetar.

Por su parte, el principio de legalidad, considerado por algunos como una derivación del principio de juridicidad, avanza aún más en protección de los derechos de los ciudadanos. Postula que estas sanciones, infracciones y actividades públicas deben estar establecidas en una norma, pero de rango legal. Esto como garantía de que es el parlamento, con su proyección democrática, el que en protección de los intereses generales así ha dispuesto limitar y regular los derechos de los ciudadanos. A este principio se enfrenta la potestad reglamentaria de la Administración, la cual interviene en la actividad sancionadora.

4.1.b. De la imposición

Una vez establecidas las infracciones y las sanciones administrativas de manera normativa, ya sea bajo el principio de juridicidad o de legalidad, corresponde el ejercicio de la facultad de imposición. A través de ella, la Administración conoce de los hechos que configuran la infracción y los subsume a los supuestos planteados en la normativa respectiva. Así determina la comisión de infracciones, los infractores concretos, y las sanciones que les corresponden.

Normalmente el ejercicio de las fases de la facultad de imposición corresponde a un mismo órgano de la Administración. Sin embargo, es posible que ello no suceda así. En muchos casos es un órgano el que determina la comisión de las infracciones administrativas y otro el que establece las sanciones. En este punto sin duda existe una amplia gama de posibilidades.

4.1.c. De ejecución.

La potestad de ejecución consiste en el cumplimiento de las sanciones impuestas, de acuerdo al estadio de imposición anteriormente mencionado. Por ejemplo, si se impuso el pago de una multa a causa del conocimiento de una infracción, la fase de ejecución consistiría en su cobro al infractor. Asimismo si la sanción es la revocación de un permiso, la actividad ejecutoria sería la efectiva restricción de los derechos que este permiso otorgaba al infractor.

4.2 Ejercicio Facultativo de la Potestad Sancionadora o Principio de oportunidad.

La Administración, como sabemos, no sanciona sino un parte mínima de las infracciones de las que tiene conocimiento a través de sus funcionarios. Esta *cifra negra* se debe, en primer lugar, a la lógica imposibilidad material de recibir la noticia de todos los comportamientos infractores y, en segundo lugar, al no procesamiento de algunos de los incumplimientos de los que efectivamente ha tenido conocimiento. A este ejercicio facultativo de la potestad se le conoce también como principio de oportunidad.²⁹ Según este

²⁹ Ibidem. p.142 y ss.

principio, completamente generalizado en los ordenamientos europeos³⁰ la Administración no está obligada a sancionar, sino que está simplemente posibilitada para hacerlo.

CARRETERO³¹, en coincidencia con NIETO, tratan este principio bajo el enfoque de una potestad discrecional:

“La discrecionalidad es simplemente un contrapeso de la legalidad para evitar los excesos de una Administración inoperante o automática y que pueda apreciar la oportunidad de ciertas medidas, pero solo en cuanto resulte compatible con un Estado de Derecho.”³²

Es así como, a través de este mecanismo, la ley otorga al funcionario encargado la posibilidad de apreciar subjetivamente la oportunidad de ejercer o no la potestad sancionadora. No obstante esta potestad discrecional no puede entenderse como irrestricta. Al respecto SANTAMARÍA PASTOR³³ hace ciertas precisiones, a las cuales conviene referirnos.

En primer lugar la discrecionalidad es una característica de ciertos elementos o condiciones de la potestad, no puede entenderse que la afecta globalmente. Son siempre actos reglados de la potestad el hecho de su

³⁰ Ibidem. p.143.

³¹ CARRETERO PEREZ. Ob. cit p.186

³² Ibidem. p.187

³³ Ver SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo. Editorial Ramón Areces, Madrid, 1991. p.885. Incluido en Antología de Derecho Público I, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

existencia misma, el supuesto fáctico que legitima su empleo, la competencia del órgano que la ejerce y el fin de la potestad.

En segundo lugar, la discrecionalidad es resultado de una acción deliberada del legislador, y no significa el reconocimiento de ámbito alguno de libertad para la Administración. La discrecionalidad tiene lugar porque la ley quiere, es una decisión conciente del legislador.

Por último, la discrecionalidad implica la creación de un ámbito de indiferencia jurídica relativa, pues la Administración puede escoger entre distintas alternativas. Sin embargo, su actuar debe sujetarse a los principios constitucionales y principios generales del Derecho.

En consecuencia, el ejercicio de la discrecionalidad es conveniente en el tanto en que atenúa los rigores de la ley (muchas veces desproporcionados respecto a situaciones reales). Sin embargo, no puede entenderse como un espacio de arbitrariedad, y por ello bien puede controlarse jurisdiccionalmente.

5. Principios de Derecho Administrativo Sancionador.

Como sabemos, en la actualidad predomina la teoría del *ius puniendi* único del Estado, como género de la potestad sancionadora administrativa y la penal. Esto hace posible echar mano a los principios del Derecho Penal para su aplicación en la actividad administrativa sancionadora.

Esta aplicación, desde luego, no es automática ni absoluta. Los principios deben aplicarse con un rigor atenuado, adaptándolos a las condiciones del ámbito administrativo, deben aplicarse con matices. Como se señaló anteriormente, esto ha sido advertido desde un primer momento por la jurisprudencia española y con posterioridad por nuestra Sala Constitucional.

Ahora, no todos los principios del Derecho Penal son aplicables a la materia sancionadora administrativa. Tal como señala QUINTERO:

“cuando se declara que las mismas garantías observables en la aplicación de las penas se han de respetar cuando se trata de imponer una sanción administrativa, no se hace en realidad referencia a todos y cada uno de los principios o reglas reunidos en la Parte General del Derecho Penal, sino a aquellos a los que el Derecho Penal debe someterse para satisfacer los postulados del Estado de Derecho, que son principios derivados de los declarados en la Constitución como fundamentales.”³⁴

En virtud de ello, y por ser los más relevantes a la presente investigación, se analizarán a continuación el principio de legalidad, de culpabilidad, de proporcionalidad y de *non bis in idem*, en relación con el Derecho Administrativo Sancionador.

³⁴ Citado por NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit. p.168.

5.1 Principio de legalidad.

Como doble garantía

Al desarrollarse el Estado de Derecho y consolidarse el principio de división de poderes, la tipificación de los ilícitos fue restringida a la ley, como garantía democrática de protección a los intereses de los ciudadanos. En esa forma se considera que son los mismos ciudadanos, por medio de la representación parlamentaria, los que disponen sobre la limitación de sus propios derechos en beneficio del bien general. Así surgió el principio de legalidad.

Este principio implica una doble garantía: a) **garantía material** y b) **garantía formal**³⁵ con una relación muy estrecha.

Como **garantía material** el principio de legalidad exige que la tipificación se haga en una *lex previa*, es decir, en una ley de promulgación y vigencia anteriores a la conducta que se pretende sancionar. Esta es una garantía imprescindible para la seguridad jurídica, que evidencia una zona común entre el principio de legalidad y el principio de irretroactividad de las leyes.

Asimismo comprende la necesidad de tipificación mediante una *lex certa*, que establezca en forma clara la conducta a sancionar y la sanción a imponer:

“Las infracciones y sanciones no solamente tienen que estar previstas con anterioridad al momento de

³⁵ Ver NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit. p.287.

producirse la conducta enjuiciable sino que han de estar previstas con un grado de precisión que priven al operador jurídico de cualquier veleidad creativa, analógica o simplemente desviadora de la letra de la ley.”³⁶

Esta necesidad de que sea una *lex previa* y *lex certa* la que establezca conducta infractora, su respectiva sanción, y la habilitación de un órgano encargado de su imposición, es conocida también como **mandato de tipificación legal**³⁷.

Es de enorme importancia para nuestros efectos precisar que el requerimiento de *lex certa* se manifiesta en dos campos: en la tipificación de la conducta infractora y en la tipificación de la sanción.

Por otra parte el principio de legalidad se constituye en una **garantía formal**, mediante la necesidad de que esta norma previa y precisa sea de rango legal. Esta garantía es la que distingue al principio de legalidad del principio de juricidad, y se conoce también como **reserva legal**.

En nuestro país el principio de legalidad se encuentra establecido en la Constitución Política, artículo 39, el cual establece en lo conducente:

“A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior, y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad

³⁶ Ibidem. pp.199 y 200.

³⁷ Ibidem.p.287.

competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad (...)"

Asimismo, la Ley General de la Administración Pública, en sus artículos 19 y 124 señala al respecto:

"Artículo 19.-

1. El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes.

2. Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia."

"Artículo 124.-

Los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, multas ni otras cargas similares"

En el Derecho Administrativo Sancionador la aplicación del principio de legalidad en su doble garantía tiende a ser matizado. De aquí que doctrinariamente se distinga entre **reserva absoluta** o **cualificada**, o **reserva relativa**. La primera se refiere a una aplicación rígida de la garantía

formal o reserva de ley, mediante la conservación estricta de lo que se disponga normativamente en la ley misma que establece la conducta ilícita y la sanción. Por su parte, en el caso de la segunda el principio se matiza. Algunas de las formas que puede tomar la tipicidad administrativa atenuando el rigor del principio de legalidad pueden ser:

- A) La tipicidad abierta del Derecho Penal, sin llegar a las Leyes en blanco.
- B) Tipicidad descrita por cláusulas algo indeterminadas, donde se utiliza el siguiente sistema:
 - a) Sistema de cláusula general y de conceptos jurídicos no determinados completamente.
 - b) Lista de actos sancionados.
 - c) Cláusula final residual: Se sancionan los actos que de cualquier otro modo no previsto anteriormente faltasen a lo dispuesto en la Ley. Es una forma genérica de cláusula.
 - d) Definición de infracción con conductas puramente deontológicas o éticas más que jurídicas, como es la falta de probidad en el Derecho Disciplinario o de los Derechos de las profesiones colegiadas.³⁸

En la tipicidad abierta podemos encontrar la colaboración reglamentaria mediante la tipificación indirecta o por remisión. Esta consiste en la

³⁸ Ver CARRETERO PÉREZ, Adolfo. Ob.cit. pp.143 y 144.

*habilitación*³⁹ por parte de la norma tipificadora a un reglamento⁴⁰, para que sea este el que precise un determinado elemento del ilícito. Así se constituyen ambas un solo bloque normativo. Si bien se cumple en una forma relativa con la reserva legal, pues es la misma ley la que dispone la remisión, no es posible mediante este mecanismo renunciar a regular completamente la materia. La norma recipiente de la remisión debe funcionar como colaboradora. Así coincide el jurista nacional HERNANDEZ VALLE:

“En primer término y por tratarse de una reserva relativa, las leyes que contemplen sanciones administrativas pueden remitir al reglamento, en el entendido de que la regulación sea complementaria y no independiente de la ley. De esa forma serían inconstitucionales, por violación al principio de reserva legal, aquellas normas que otorgaran a la Administración una potestad genérica para establecer infracciones y sanciones, sino además que la Administración estaría jurídicamente imposibilitada para dictar reglamentos autónomos o independientes que establezcan infracciones y sanciones. El principio de reserva legal exige que siempre exista una ley de base que autorice la existencia de tales infracciones y sanciones.”⁴¹

³⁹ Ver NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit. p.272.

⁴⁰ Es posible también la remisión a otra norma de carácter legal, caso en que no se daría el elemento de la *habilitación*.

⁴¹ HERNANDEZ VALLE Rubén, El Derecho de la Constitución, Tomo II. San José, Editorial Juricentro, 1994, p.432.

Esta función de colaboración se abre ante la rigidez del aparato legislativo para adaptar la normativa a las cambiantes condiciones de la realidad. El establecimiento estricto de los caracteres principales de la acción ilícita y de la sanción, que permita determinarla dentro de ciertos límites, permite incluir elementos reglamentarios variables, que únicamente complementen y adecuen la actividad sancionadora a la realidad. De enorme utilidad es citar a NIETO GARCIA, quien en forma diáfana y concluyente analiza la situación:

“La suficiencia de tipificación es, en definitiva, una exigencia de la seguridad jurídica y se concreta, ya que no en la certeza absoluta, en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta. A la vista de la norma debe saber el ciudadano que su conducta constituye una infracción y, además, debe conocer también cuál es la respuesta punitiva que a tal infracción depara el Ordenamiento. O dicho con otras palabras: **la tipificación es suficiente cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra.**”⁴² (la negrita y el subrayado no son del original)

Un ejemplo muy claro de ello es el establecimiento de sanciones en una determinada cantidad de “salarios base”. Lo que esto produce es que la multa

⁴² NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit. p.293.

mantenga siempre un valor razonable en relación con el estado general de la economía, que permita sostener la gravedad de la sanción. En sí, funciona en forma similar a la *indexación* utilizada en materia de contratación civil o mercantil. El monto a pagar va a ser siempre indeterminado, pero determinable y restringido. Como se puede ver es un instrumento de gran utilidad. De nada serviría establecer a nivel legal una multa de cien mil colones, si con el paso de diez años ese monto tendrá el poder adquisitivo de diez mil por el efecto de la inflación.

Este elemento de salario base podría considerarse un concepto indeterminado:

“(…) el complemento necesario puede venir no en otra norma sino ser el resultado de la actuación de un agente exterior, incluso del propio operador jurídico. Así es como el legislador puede utilizar técnicas normativas del estilo de los conceptos jurídicos indeterminados y de los conceptos cuya delimitación permite un margen de apreciación. De esa manera colabora el intérprete en la precisión del tipo en un amplio abanico de posibilidades.”⁴³

Estas técnicas en general requieren de mucha cautela por parte del legislador para no faltar al principio de legalidad. En su utilización es común el exceso mediante la inclusión de términos demasiado vagos que abren un amplio margen de interpretación. Sin embargo, pueden ser un instrumento

⁴³ Ibidem. Ob.cit. p.295.

muy beneficioso en la adecuación de la norma a la realidad, siempre que sean utilizadas en forma restrictiva.

Irretroactividad de las normas sancionadoras y prohibición de analogía en perjuicio como corolarios del principio de legalidad.

Resulta importante resaltar estos dos elementos, considerados corolarios del principio de legalidad. En primera instancia, no hay duda de que para consagrar el respecto a la seguridad jurídica imprescindible en un ordenamiento jurídico democrático, es necesario que las normas sancionadoras actúen a futuro. Esto significa que, para ser sujetas a sanción, las conductas deben haber sido realizadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma, bajo el entendido de que los administrados en el momento de su realización conocían, o debían conocer, las consecuencias jurídicas negativas que su realización podía traer. Sería una situación caótica si pudiésemos llegar a ser penados en el futuro por una conducta consumada hoy en forma acorde con el ordenamiento jurídico vigente.

Pese a lo anterior, la irretroactividad de las normas sancionadoras admite una única excepción: en el caso de que la nueva norma beneficie al infractor. Esto significa que, si por ejemplo, un sujeto es sancionado con una suspensión de seis meses en el ejercicio de su profesión por razones disciplinarias, y al segundo mes de suspensión entra en vigencia una norma que reduce la sanción para la misma infracción a tres meses, se entenderá que al infractor se le aplicará esta reforma en beneficio, restándole así únicamente un mes de suspensión.

Es importante advertir que esta aplicación retroactiva de las normas beneficiosas ha sido objeto de discusión. Algunos autores han manifestado que la irretroactividad de la norma desfavorable no implica necesariamente la retroactividad de la favorable, pues no es una consecuencia lógica del instituto. Señalan que la sanción impuesta debe cumplirse tal y como fue ordenada en su momento, cumpliendo en una forma estricta con la irretroactividad. Esto significaría en el caso hipotético indicado, que la sanción de seis meses se mantendría, rigiendo la de tres meses para futuros ilícitos. Sin embargo, en nuestro medio, la posición más aceptada es la aplicación de la retroactividad en beneficio.⁴⁴

El otro corolario es la prohibición de analogía en perjuicio, originado en el Derecho Penal. Con base en este principio no puede haber delito ni pena si no están establecidos en una ley que pueda subsumirse con precisión al supuesto de hecho bajo conocimiento. Esto es aplicable a la materia administrativa. En ese sentido señala JIMENEZ MEZA:

“Tanto la improcedencia del método analógico como la del poder discrecional constituyen verdades inapelables del comportamiento jurídico punitivo. En efecto, el carácter extensivo de la interpretación y de la concreción sancionatoria (sic) debieran quedar filtrados por su revés restrictivo y exigidamente pormenorizado.”⁴⁵

⁴⁴ Ver resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 3929 de las 15 horas 24 minutos del 18 de julio de 1995, así como el dictamen C-096-96 de la Procuraduría General de la República.

⁴⁵ JIMENEZ MEZA Manrique, citado por ARNESTO MOYA, Alonso. Ob.cit. p.205.

No obstante en materia disciplinaria, la Sala Constitucional no ha encontrado vicio alguno en que se sancione por faltas no previstas expresamente en la legislación, pero que se consideran incluidas en el texto.

“La falta o infracción disciplinaria, se ha definido diciendo que es una violación al funcionamiento de cualquier deber propio de su condición, aún cuando no haya sido especialmente definida aunque si prevista (...) en el artículo 194 cuestionado (...) además de tipificar conductas, se ejemplifica en relación con otras, las que pueden dar origen a la aplicación de sanciones.”⁴⁶

Esta es una muestra clara de la matización de los principios respecto al tipo de relación que se mantenga con la Administración. En sentido coincidente se manifiestan el Tribunal Constitucional español y NIETO GARCIA⁴⁷ respecto a la reserva de ley. Este último en forma gráfica indica, como se mencionó antes, que el rigor de la reserva se iría diluyendo desde el interior al exterior de círculos concéntricos, en los cuales el círculo central sería ocupado por el Derecho Penal, seguido por otro círculo para el Derecho Administrativo Sancionador en relaciones de sujeción general, terciado por otro círculo para las relaciones de sujeción especial y finalmente con un cuarto círculo en la parte exterior para el Derecho Disciplinario. Este planteamiento parece válido. En primer lugar porque es acorde al rigor con que se deben proteger los derechos afectados por las sanciones. El Derecho Penal, al contener la sanción

⁴⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución de las 15 horas 48 minutos del 27 de setiembre de 1994, número 5594-94.

⁴⁷ Ver NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit. p.250.

más gravosa que es la privación de libertad, requiere de garantías estrictas que obstaculicen la arbitrariedad. Asimismo, conforme la relación con la Administración se hace más cercana, se hace no solo viable en la práctica sino necesario, que la potestad sancionadora sea más flexible, para dar un seguimiento más inmediato a la actividad de los sancionables.

5.2 Principio de culpabilidad.

En el Derecho Penal moderno, así como en el ordenamiento costarricense, prevalece el principio de inocencia. Según este principio toda persona es inocente hasta que no se demuestre lo contrario mediante un debido proceso. Sin embargo nos referiremos al tema de la atribución de responsabilidad por hechos ilícitos -que es realmente la materia de fondo a que este principio es inherente- en los términos del llamado “principio de culpabilidad”⁴⁸. Según ZAFFARONI, en su más simple concepción este principio establece que “no hay delito sin culpabilidad”. Por ello no encontramos distorsión al aplicarlo en nuestro ordenamiento, pues vendría a ser en la práctica un enfoque negativo del principio de inocencia.

En el ejercicio de esta actividad sancionadora, por su propia naturaleza, existen situaciones completamente ajenas al Derecho Penal, que hacen que el principio de culpabilidad tome un cariz muy particular. (Basta considerar la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, inexistente en el ámbito penal.) Igualmente, por la especialidad misma de la potestad sancionadora, la aplicación entre los distintos campos que la componen es divergente. En algunos su tratamiento es más claro, debido al desarrollo de

⁴⁸ Ver al respecto ZAFFARONI Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal Parte General. Buenos Aires, Editorial Ediar, quinta edición, 1986, p.441.

regulación sectorial adecuada a las necesidades de cada parcela, como por ejemplo en el ámbito tributario. No obstante, empezaremos por reseñar brevemente la culpabilidad dentro del campo penal para adentrarnos en la materia propiamente administrativa, y especialmente en la ambiental.

En el Derecho Penal actual, es de aceptación pacífica la Teoría Estratificada del Delito. Esta teoría es una construcción dogmática que establece una serie de pasos lógicos para determinar si cierta acción constituye o no un delito. Se denomina Estratificada por analogía con la geología, respecto a las capas de minerales superpuestas con espesor uniforme.⁴⁹ Los pasos consisten en preguntas, que realizadas sucesivamente constituyen una suerte de esclusas que hacen descartar o confirmar la calificación de una conducta como delito. En una forma muy somera, consisten en constatar la existencia de los siguientes elementos:

- Acción: Realización de una conducta voluntaria, sea activa u omisiva.
- Típica: Que pueda ser subsumida a la conducta establecida en el tipo penal.
- Antijurídica: Violatoria del ordenamiento jurídico.
- Culpable: Reprochable a su autor.

El reconocido tratadista Eugenio Zaffaroni postula que el principio de culpabilidad representa dos exigencias, que por su condición requieren ser tratadas por separado dentro de los estratos mencionados:

⁴⁹ Ibidem.

“a) en la tipicidad, implica la necesidad de que la conducta –para ser típica- deba ser al menos culposa; b) en la culpabilidad, implica que no hay delito si el injusto no es reprochable al autor.”⁵⁰

De acuerdo al literal a) la conducta debe ser dolosa –realizada voluntariamente con el objetivo de afectar el bien jurídico protegido por la norma- o por lo menos culposa –realizada voluntariamente en violación a un deber de cuidado, cuya inobservancia permite la afectación al bien jurídico protegido por la norma-.⁵¹ De acuerdo al b) el principio de culpabilidad implica que el injusto sea reprochable al autor, es decir, que aún siéndole exigible que actuara de acuerdo a la ley, haya realizado su conducta ilícita. En la especificidad, este tratamiento técnico es mucho más desarrollado al que se le da a la culpabilidad -y en general a la determinación de ilícitos- en la materia administrativa.

Por su parte, en el Derecho Administrativo Sancionador CARRETERO y NIETO GARCÍA han acuñado una noción de culpabilidad según la cual la misma resulta de tres elementos esenciales:⁵²

1. La imputabilidad o atribuibilidad al autor (posibilidad de actuar de otro modo)
2. Ausencia de causas de exculpación.
3. Dolo y culpa como formas de voluntad y de conocimiento de la antijuricidad del hecho.

⁵⁰ Ibidem. p.441.

⁵¹ Esto comprende también, *mutatis mutandis*, las conductas omisivas.

⁵² Ver al efecto NIETO GARCIA Alejandro, ob.cit., p.338 y CARRETERO PEREZ Adolfo, ob.cit., p.160. .

Como se puede notar sin dificultad, las dos exigencias de la culpabilidad postuladas por ZAFFARONI se encuentran presentes en estos elementos, con la adición de la ausencia de causas de exculpación. No obstante en el Derecho Penal esto es tratado como la parte negativa de la culpabilidad, es decir, los motivos que la excluyen.

Como consecuencia necesaria de que se requiera de dolo o culpa para la configuración de una infracción, se da la exclusión de la responsabilidad objetiva en la potestad administrativa sancionadora. Así lo ha respaldado nuestra jurisprudencia constitucional:

“Esta Sala en reiterada jurisprudencia estableció que la responsabilidad penal objetiva está excluida de acuerdo a los parámetros del constituyente del artículo 39 constitucional, de lo penal. Regla que por su misma naturaleza debe también respetarse en el campo del derecho penal administrativo, por ejemplo en la imposición de sanciones.”⁵³

Sin embargo en materia ambiental, este principio ha tenido un tratamiento diferente. En este tema particular se evidencia la novedad de esta rama del derecho y sus repercusiones sobre el resto de las disciplinas jurídicas. Al efecto ha expresado nuestra Sala Constitucional:

⁵³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 6816-93 de las 18 horas 30 minutos del 22 de diciembre de 1993.

“En el Derecho ambiental se ha dado un planteamiento distinto a la responsabilidad, de tal suerte que se ha evolucionado de un sistema de responsabilidad por culpa a uno de responsabilidad por riesgo, lo que significa una mayor cobertura, pues dicha responsabilidad surgiría aún cuando no medie culpa del transgresor, si la actividad por éste desempeñada se estima riesgosa y, no obstante, asume ese riesgo, con una consecuencia dañosa para el ambiente. Se trata de un nuevo concepto de responsabilidad, donde lo que prima es el criterio objetivo sobre el subjetivo, puesto que para su surgimiento, es irrelevante si se actuó o no con culpa; basta con que el daño haya sido efectivamente ocasionado, para que de inmediato surja la consecuente responsabilidad. Así las cosas, en muchas ocasiones no es posible determinar, ni al culpable, ni la norma legal infringida, pues en la mayoría de los casos el daño es producto de una omisión, pero ciertamente se perjudica a terceras personas o Estados, que necesariamente son objeto de indemnización. La responsabilidad por daño ambiental, se asimila entonces a la responsabilidad por riesgo, lo que permite una mayor cobertura para establecer responsabilidades contra sujetos concretos, con el fin de remediar los daños ocasionados por sus explotaciones industriales o de

otra clase. Esta responsabilidad objetiva, no toma en consideración la conducta del sujeto, pues lo que importa es el daño producido y, por ende, siempre será responsable el individuo, con independencia de cualquiera que haya sido su participación volitiva en el hecho. El punto radica más que todo en la creación de un riesgo, de donde se colige que el que con su actividad o su inactividad produce un daño o pone en riesgo la integridad de la ecología y del medio ambiente, ha de responder de él. La responsabilidad por daño ambiental es fundamentalmente resarcitoria, más que restitutiva, ya que en la mayoría de los casos el daño producido es ya irreparable y sólo resta exigir al causante un resarcimiento económico.”⁵⁴

Este voto fue emitido con ocasión del artículo 101 de la LOA, referido expresamente al tema:

“Artículo 101.- Responsabilidad de los infractores

Sin perjuicio de las responsabilidades de otra naturaleza que les puedan resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes de las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del ambiente y la diversidad biológica,

⁵⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 1669-2000 de las 14:51 horas del 18 de febrero del 2000.

sean personas físicas o jurídicas, serán civil o solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados. Solidariamente, también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen los daños, ya sea por acción o por omisión.

Igual responsabilidad corresponderá a los profesionales y funcionarios públicos que suscriban una evaluación de impacto ambiental contra las disposiciones legales o las normas técnicas imperantes o no den el seguimiento debido al proceso, originando un daño al ambiente o a la diversidad biológica.”

Este artículo establece un régimen de responsabilidad completamente distinto al ordinario, pues rompe con el nexo causal que debe existir entre la conducta infractora y el resultado ilícito. Esto denota el peso valorativo y la prioridad que se le otorga al medio ambiente, en el tanto se arremete no solo contra quien ha causado propiamente una vulneración a alguno de los elementos del medio, sino también a quien se beneficia de las condiciones riesgosas que le han dado lugar. Como menciona la Sala el hecho relevante es el resultado, indistintamente de su autor. Esto incluye, tal como se desprende del artículo citado, la responsabilidad solidaria de las personas jurídicas, quebrantando el principio de personalidad de la pena, promulgado en Derecho Penal. Al respecto ha indicado nuestro contralor constitucional:

“La doctrina más importante en esta materia, ha señalado que resulta constitucional y legalmente

posible la aplicación de sanciones administrativas a las personas jurídicas, en el tanto y en el cuanto éstas pueden ser sujeto pasivo de la obligación tributaria y porque al carecer dichas sanciones de pena privativa de libertad, no debe estar presente el principio de la personalidad de la pena que deriva del principio de la culpabilidad. De modo que, cuando se trata de ilícitos que no establecen la cárcel como sanción, las personas jurídicas pueden ser sujetos activos de tales ilícitos administrativos.”

Esto se puede evidenciar también en lo establecido por la LOA, precisamente en el artículo 98:

Artículo 98.- Imputación por daño al ambiente

El daño o contaminación al ambiente puede producirse por conductas de acción y omisión y les son imputables a todas las personas físicas o jurídicas que la realicen.

5.3 Principio de proporcionalidad

Este es un principio general del Derecho, presente en todas las disciplinas jurídicas, entre las que se encuentra desde luego el Derecho Administrativo Sancionador. Según ZORNOZA PEREZ⁵⁵ este principio tiene una doble función. En primer lugar opera como un criterio a tomar en cuenta en el

⁵⁵ Ver ZORNOZA PEREZ, Juan. El sistema de infracciones y sanciones tributarias. Editorial Civitas. Madrid, España, 1992, p.111.

momento de escoger las conductas que van a ser estimadas antijurídicas y denominadas ilícitos. La Sala Constitucional ha mantenido una posición afín respecto a esta función del principio. Según la jurisprudencia del alto tribunal, no solo las normas que vayan a establecer sanciones por determinadas conductas, sino que, en general todas las normas que vayan a significar una restricción a los derechos de los individuos, deben ser razonables a los fines perseguidos. La mencionada cámara ha indicado que:

“las restricciones deben obedecer a necesidades o fines públicos que las justifiquen, de tal forma que no aparezcan como infundadas, excesivas o arbitrarias, esto es, deben ser proporcionadas a las circunstancias (motivos) que las originan y a los fines que se procuran alcanzar con ellas”⁵⁶

Bajo estos términos y en apego a una técnica legislativa congruente con el ordenamiento jurídico en su totalidad, al momento de establecer un ilícito se debe hacer en primer lugar un análisis axiológico de los bienes que se pretenden proteger con la norma. En segundo lugar, se debe reconocer y tomar en consideración el grado de afectación que la conducta a declarar como ilícita tiene sobre los bienes jurídicos . En tercer y último lugar, el legislador debe adecuar la gravedad y tipo de sanción a los dos primeros elementos indicados. Una norma que imponga una sanción draconiana en protección de un bien jurídico que no sea de mayor relevancia a los intereses de la ciudadanía, o bien por una conducta que no afecte el bien severamente, no puede escapar de ser excesiva y arbitraria.

⁵⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 1925-91 de las 12 horas del 27 de setiembre de 1991.

En segundo lugar, señala ZORNOZA PEREZ que este principio no es de necesaria aplicación solo en el ámbito legislativo, sino también en la actividad administrativa de determinación de las sanciones para los casos concretos. En esa forma se constituye en un criterio para la interpretación de las normas sancionadoras, en íntima relación con el principio de culpabilidad. Sobre todo teniendo en cuenta que en la mayoría de sus casos presentan las normas que determinan los ilícitos y sus consecuencias presentan amplios rangos en los que puede variar la intensidad de las sanciones.

A nivel administrativo, este principio se encuentra consagrado en los artículos 10.1, 132.2 y 133.2 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP):

“Artículo 10.1. La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto a los derechos e intereses del particular.”

El artículo 132 de la LGAP, que se refiere al contenido del acto administrativo, señala que:

“Deberá ser, además, proporcionado al fin legal y correspondiente al motivo, cuando ambos se hallen regulados.”

Por su parte el artículo 133.2 de la LGAP, que trata sobre el motivo del acto administrativo, señala que:

“Cuando no esté regulado deberá ser proporcionado al contenido y cuando esté regulado en forma imprecisa deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento.”

5.4 Principio de *non bis in idem*

Este principio es de aceptación generalizada en todos los ámbitos del Derecho. Como uno de los componentes básicos del debido proceso, expresa la prohibición de sancionar o juzgar dos veces un mismo hecho. En nuestro ordenamiento se encuentra contemplado en el artículo 42 de la Constitución Política, hecho que le da su carácter de derecho fundamental. A partir de este artículo, en que se aprecia su vocación propiamente jurisdiccional, es que se desprende su aplicación al ámbito administrativo sancionador:

“Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto. Nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible.

Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión ...”

El principio se puede analizar desde la perspectiva del legislador, en cuanto a su aplicación en la creación normativa, así como desde un enfoque interpretativo, en la elección y aplicación de las normas sancionatorias. Para efectos de la presente investigación nos referiremos sobre todo por la segunda alternativa. En este campo se encuentra íntimamente ligado con el principio de proporcionalidad y cosa juzgada. Señala Salvador de Rey, al hacer una definición del principio, que éste es:

“...[un] principio general del Derecho que, en base a los principios de proporcionalidad y cosa juzgada, prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procedimientos, sea en uno o más órdenes sancionadores, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamentos y siempre que no exista una relación de supremacía especial de la Administración”⁵⁷

Desde luego no puede hablarse de proporcionalidad en la actividad administrativa sancionadora si se está juzgando y sancionando doblemente una sola conducta infractora.

En conexión con la cosa juzgada, existen en nuestro país posiciones como la de la Sala Constitucional:

⁵⁷ Citado en NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit, p.398. Nótese que hace una excepción respecto a las relaciones de sujeción especial. A este punto nos referiremos adelante con mayor detenimiento.

“Este principio materializa o realiza dos valores a menudo en conflicto, a saber el de la seguridad y el de justicia y tiene su fundamento en el valor y la santidad de la cosa juzgada, puesto que, independientemente de que una sentencia realice o no la justicia, la misma debe mantenerse como exigencia de la seguridad jurídica, por ser ésta uno de los pilares de todo sistema de derecho”⁵⁸

La seguridad jurídica es absolutamente necesaria para conservar la estabilidad del sistema. La actividad sancionadora estatal debe tener límites claros, y el instituto de la cosa juzgada es un elemento imprescindible para ello. Se debe garantizar a los ciudadanos la estabilidad de las resoluciones, la certeza de que en determinado momento las situaciones jurídicas determinadas en procesos jurisdiccionales llegarán a permanecer inmutables.

En el campo del Derecho Administrativo Sancionador, el principio *non bis in idem* no es de sencilla aplicación. Sobre todo por la coexistencia de los ámbitos judicial y administrativo, así como de diversas instancias sancionadoras en la misma Administración, lo que complica la determinación de la aludida triple identidad de sujetos, hecho⁵⁹ y fundamento en que se basa la cosa juzgada. Basta con mencionar la superposición de competencias dentro del mismo campo administrativo, que es bastante frecuente en las artificiosas organizaciones estatales. Teniendo en cuenta que el TAA no escapa a esta problemática, nos encontramos obligados a hacer un análisis sobre el tema,

⁵⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Número 0030-95 de las 16 horas del 27 de enero de 1995.

⁵⁹ En adelante, haremos referencia a estos “hechos” en forma individual, es decir, como “hecho” ilícito.

que enfocaremos desde las dos perspectivas que el principio de *non bis in idem* ofrece: la prohibición de la duplicidad de sanciones y la prohibición de la duplicidad de procedimientos.

5.4.a. Prohibición de duplicidad de sanciones.

El principio prohíbe la imposición de una doble sanción a un mismo administrado por el mismo hecho. Ante esta premisa se hace pertinente preguntarnos qué comprende este hecho, constituyente del supuesto fáctico de una infracción. Podríamos tomar un criterio material, sujeto estrictamente a la realidad, para determinar dentro de este hecho una individualidad o pluralidad de acciones a ser consideradas por el órgano sancionador. Por ejemplo podría haber una infracción que ordene imponer una multa a quien mediante colisión de tránsito, conduciendo en estado de ebriedad, provoque un daño al dominio público. Bajo este criterio podríamos tener dos acciones diferentes, el conducir bajo los efectos del alcohol y la acción de la colisión. Sin embargo, el criterio predominante al respecto es que el legislador debe determinar las distintas acciones por las cuales se debe configurar el hecho⁶⁰, tanto si debe estar compuesto por una, o bien varias acciones, por lo cual en el caso señalado tendríamos solo supuesto fáctico. Esta determinación legislativa puede incluso dar lugar a la configuración de una infracción con base en acciones sucesivas realizadas aisladamente, consideradas en forma unitaria como “hecho continuado”.⁶¹

⁶⁰ Ver NIETO GARCIA, Alejandro. Op.cit. p.450.

⁶¹ Según TRAYTER JIMÉNEZ, Para apreciar dicha figura deberán concurrir los siguiente requisitos: A) Realización de una pluralidad de acciones u omisiones. B) Infracción del mismo o semejante precepto administrativo. C) Aprovechando idéntica ocasión, es decir, debe constar una conexión temporal y el empleo de medios semejantes con un mismo propósito o intención. A este efecto ver TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel. Protección del Medio Ambiente. Sanciones administrativas. En Derecho del Medio Ambiente y Administración Local. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996, p.587.

Hecha esta aclaración, es menester tratar el problema que aparece ante la concurrencia de dos infracciones y sus respectivas sanciones por un mismo hecho o distintos supuestos de hecho, a lo cual nos referiremos a continuación. Esto no sin antes aclarar que lo haremos en el contexto de un conflicto de normas únicamente de carácter administrativo, y mediante la referencia a los conceptos de *concurso* aparente, *concurso ideal* y *concurso real de normas*, tomados del Derecho Penal y utilizados con ciertos bemoles en el Derecho Administrativo Sancionador.⁶²

5.4.a.1. Concurso aparente de normas

No es poco común encontrar en el ordenamiento jurídico administrativo dos o más normas que sancionen un mismo hecho. Sin embargo, puede suceder que se constate a partir de un análisis minucioso que la aplicabilidad concurrente de las mismas sea solo una apariencia, caso en que estaríamos ante un concurso aparente de normas. Esto se puede determinar mediante tres criterios, utilizados para este fin en Derecho Penal y aplicables en un conflicto de normas administrativas sancionadoras, según lo respalda NIETO GARCIA. Estos son el Criterio de Especialidad, Criterio de Subsidiariedad y el Criterio de Alternatividad.

El Criterio de Especialidad lo que busca es precisamente la determinación de la ley especial y la general, para aplicar la primera. Esto se logra analizando los elementos de ambas disposiciones normativas, para

⁶² Respecto a los criterios de especialidad, subsidiariedad y alternabilidad en el concurso aparente de normas sancionadoras administrativas, véase NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit.pp. 445 y ss.

determinar “aquella en que se describe un tipo en el que aparecen todos los elementos o características del otro (el general) y se añade algún otro, que es el que introduce la especialidad.”⁶³ Estos elementos que dan la especialidad al tipo generalmente tienen, y deberían tener en buena técnica legislativa, una justificación. Pueden tender a la protección de bienes jurídicos particulares, a la consideración de determinadas condiciones subjetivas del infractor que motiven la agravación o atenuación de la sanción, o bien de condiciones objetivas que influyan sobre la relevancia jurídica que se le da a los hechos constitutivos de infracción.

El Criterio de Subsidiariedad se aplica con menor frecuencia que el de Especialidad. Se recurre a él cuando entre las dos normas concurrentes “una de ellas solo entra en juego en el supuesto en que la otra no lo haga.”⁶⁴ En este caso la subyugación se regula claramente, y su fundamento puede ser de diversa naturaleza, según la intención particular que el legislador tenga al respecto.

Por último, tenemos el Criterio de Alternatividad, que según NIETO se aplica en forma residual, tras la determinación de que los dos primeros criterios no son aplicables. Este promueve, ante la concurrencia de normas, la aplicación de la que tenga la sanción más grave. En nuestro ordenamiento se encuentra regulado únicamente en la legislación tributaria, específicamente en el artículo 73 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.⁶⁵ Sin embargo, consideramos que a falta de disposición similar con rango de ley en otros ámbitos de la justicia administrativa, debe aplicarse el principio general

⁶³ NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit.p P.442.

⁶⁴ Ibidem. p P.443

⁶⁵ “Artículo 73.- Concurrencia formal. Cuando un hecho configure más de una acción, debe aplicarse la sanción más severa.”

sobre conflicto de normas en el tiempo, el cual postula la aplicación de la norma posterior sobre la anterior. Un criterio de este tipo, que privilegia los intereses de la Administración en desmedro de los derechos fundamentales del infractor, debe tener rango legal. Sobre todo en su carácter excepcional al principio general que defendemos.

5.4.a.2. Concurso ideal

El concurso ideal ocurre cuando un sujeto infringe dos o más preceptos sancionatorios distintos con la realización de un hecho, o bien mediante la realización de varias acciones con un plan común, dentro de lo que se conoce en Derecho Penal como “unidad de conducta”⁶⁶. En este tipo de concurso los preceptos no son excluyentes entre sí, según los criterios tratados en el concurso aparente. (Es decir, la concurrencia no se da en apariencia) Ante estas circunstancias NIETO menciona la existencia de varias soluciones. En primer lugar, **la absorción**, que consiste en la elección de la pena más grave entre las aplicables. En segundo lugar el **la exasperación o asperación**, mediante la cual se escoge la pena más grave y se eleva o intensifica su contenido.⁶⁷ Asimismo podemos encontrar **la acumulación** de las sanciones, en la que se suman las sanciones relativas a las distintas normas violentadas.⁶⁸ Ante estas posibilidades, sobre todo la acumulación parece poner en peligro el principio que nos ocupa. Sin embargo podríamos decir que este es

⁶⁶ Respecto a este concepto, véase ZAFFARONNI, Eugenio Raúl. Ob.cit. pp.618 y ss.

⁶⁷ Este es el caso de el Derecho Administrativo Sancionador italiano, cuyo sistema prescribe la aplicación de la pena más grave aumentada hasta el triple. Ver NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit.p.445.

⁶⁸ El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea respalda la acumulación, siempre que se reconozca la imposición de una primera pena y se suavice la segunda, que para efectos prácticos es similar a la exasperación. Ver al efecto NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit.p. 446.

el sistema elegido por nuestra legislación en materia ambiental. El artículo 99 de la LOA, con base en el cual el TAA impone sanciones, establece:

Artículo 99.- Sanciones administrativas

Ante la violación de las normativas de protección ambiental o ante conductas dañinas al ambiente claramente establecidas en esta ley, la Administración Pública aplicará las siguientes medidas protectoras y sanciones:

- a) Advertencia mediante la notificación de que existe un reclamo.
- B) Amonestación acorde con la gravedad de los hechos violatorios y una vez comprobados.
- C) Ejecución de la garantía de cumplimiento, otorgada en la evaluación de impacto ambiental.
- D) Restricciones, parciales o totales, u orden de paralización inmediata de los actos que originan la denuncia.
- E) Clausura total o parcial, temporal o definitiva, de los actos o hechos que provocan la denuncia.
- F) Cancelación parcial, total, permanente o temporal, de los permisos, las patentes, los locales o las empresas que provocan la denuncia, el acto o el hecho contaminante o destructivo.
- G) Imposición de obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológica.

H) Modificación o demolición de construcciones u obras que dañen el ambiente.

I) Alternativas de compensación de la sanción, como recibir cursos educativos oficiales en materia ambiental ; además, trabajar en obras comunales en el área del ambiente.

Estas sanciones podrán imponerse a particulares o funcionarios públicos, por acciones u omisiones violatorias de las normas de esta ley, de otras disposiciones de protección ambiental o de la diversidad biológica.

Como podemos ver el artículo indica que la Administración “aplicará” las medidas y sanciones señaladas. Esto parece permitir la acumulación de varias de las alternativas citadas por el numeral. La Sala Constitucional se ha referido a esta norma con motivo de su aplicación en un proceso seguido en el TAA, en el cual se impusieron varias de estas sanciones. En este voto, número 2002-08155, indica el intérprete constitucional que:

“En cuanto al hecho de que la accionada le impuso una doble sanción a la recurrente, esta Sala debe indicar que ello no ha sucedido. El principio del non bis in idem que regula el artículo 42 constitucional, se refiere a la imposibilidad de ser juzgado más de una vez por un mismo hecho. Ello quiere decir que, para que se configure la hipótesis que tutela la Constitución, debe existir un doble juzgamiento por los mismos hechos con sus respectivas sanciones. En

el caso en estudio ello no ha sucedido, a la accionante simplemente se le siguió un procedimiento administrativo y a raíz de él y de lo que establece el artículo 99 de la Ley Orgánica del Ambiente, se le impuso la sanción correspondiente. Cabe agregar que este artículo otorga la posibilidad a la Administración de imponer uno o varios de los efectos que allí se estipulan como procedentes ante el incumplimiento de su normativa, de manera que no se habla de una doble sanción, sino que se está frente a lo que en doctrina se conoce como una sanción compuesta. En virtud de ello, este punto debe ser desestimado.”

Sin perjuicio de lo anterior, y sin pretender analizar en profundidad si entre las posibles medidas hay duplicidades, se puede considerar que el TAA puede sobrepasarse y adoptar medidas que excedan lo necesario, a raíz de la amplitud de la potestad conferida. Los límites entre la “sanción compuesta” y la acumulación de sanciones en una sola resolución son muy difíciles de precisar. Sin embargo, ante la dificultad de regular el tema, esto debe ser analizado casuísticamente, a la luz del principio de proporcionalidad que rige en materia sancionadora.

5.4.a.3. Concurso Real de infracciones.

Este tipo de concurso tiene lugar cuando el infractor realiza varios hechos independientes, conformados respectivamente por varias conductas o

acciones, en ausencia total de “unidad de conducta”, y con ello viola sendos preceptos sancionadores. En estas condiciones la regla es la aplicación de las sanciones respectivas por cada una de las infracciones, en forma análoga a la acumulación de la que hablamos anteriormente. Consideramos que es acorde con los principios que rigen la materia el tratamiento de las infracciones por separado, pues según lo que el ordenamiento dispone cada una tiene su consecuencia particular que debe observarse. Este tratamiento se le debe dar igualmente al denominado concurso medial, en el cual el infractor lleva a cabo un ilícito como medio para la comisión de otro. Al tratarse de dos hechos diferentes, cada uno debe cargar con su consecuencia.⁶⁹

5.4.a.4. Concurso entre infracciones administrativas y delitos.

En este caso, es de aplicación el denominado criterio de la *subsidiariedad de la norma administrativa*⁷⁰, según el cual la norma administrativa solo será aplicada cuando no lo haya sido con carácter condenatorio la ley penal.

5.4.b. Prohibición de la duplicidad de procedimientos.

Además de la imposición de una doble sanción, el principio *non bis in dem* prohíbe el seguimiento de dos procedimientos sancionadores en los que coincidan hecho, el sujeto y fundamento. Este aspecto restringe aún más la potestad sancionadora, bajo el entendido de que el seguimiento de un segundo proceso, culmine o no en sanción, es fuente de incertidumbre, y carece de la más elemental lógica.

⁶⁹ NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit.P.447.

⁷⁰ Ibidem, p. 444.

5.4.b.1. Nuevo proceso administrativo

Este es un campo que ha sido poco tratado desde la perspectiva de este principio, en virtud de que las preocupaciones doctrinales y la jurisprudencia se han inclinado al tratamiento de la relación del procedimiento administrativo sancionador con el proceso penal. No obstante, dentro del campo del Derecho Administrativo el punto se ha enfocado en forma general a la luz del conflicto de competencias, en cuyo caso la ley establece varias reglas para la determinación del órgano competente para conocer de determinado asunto. En nuestro país, se aplican básicamente tres reglas al respecto. En primer lugar la Regla de Declaratoria Automática, en cuya aplicación el órgano que se considera incompetente traslada el conocimiento del asunto directamente al órgano que estima competente. En segundo lugar tenemos la Regla de Superior Común, que se aplica en los casos en que dos órganos se consideran competentes y se adjudican o reprochan el uno al otro la competencia. Este conflicto es resuelto por el superior jerárquico entre ambos. Por último tenemos la Regla de la Obediencia, que obliga al inferior a acatar lo que el superior jerárquico disponga.

Sin embargo, en el caso del TAA se da una situación excepcional, pues la LOA le confiere la condición de un órgano con desconcentración máxima, y con competencia exclusiva sobre las violaciones a la normativa ambiental a nivel administrativo. La aplicación estricta de esta norma hace que el TAA funcione como un fuero de atracción siempre que existan distintos procedimientos administrativos sancionadores realizándose en forma simultánea. Sobre esto ahondaremos adelante, al referirnos propiamente al Tribunal.

5.4.b.2. Inicio de proceso penal

Ante la posibilidad de que se desarrollen simultáneamente un proceso sancionador en sede administrativa y otro en sede penal, podríamos precipitarnos y decir que no existe motivo para recurrir al *non bis in idem*. Esto pues, como sostienen en forma simplista y teórica los defensores de la coexistencia de ambos regímenes, no hay una identidad de fundamento jurídico entre infracciones administrativas y delitos, al ser estos parte de parcelas independientes del ordenamiento. Sin embargo, no podemos perder de vista la realidad fáctica: esta concurrencia resulta eventualmente en la recarga de sanciones penales y administrativas sobre un mismo sujeto a partir de las mismas acciones. Deviene ineludible en este extremo considerar las consecuencias prácticas del ordenamiento, por encima de una visión puramente normativa. Del Rey es claro al señalar que “apelar [en estos casos] a la necesidad de un idéntico fundamento jurídico positivo sería como invalidar de entrada la aplicación del principio, dado que la sanción penal y administrativa tendrían siempre una base en normativas distintas.”⁷¹ Un formalismo no puede ser óbice al respeto de la proporcionalidad que deben guardar las consecuencias jurídicas frente a los hechos que las desencadenan. Debemos tener en cuenta que ambos son manifestaciones de un “supraconcepto de ilícito”. Los dos órdenes normativos son parte de una misma potestad sancionadora estatal, de acuerdo con la teoría del *ius puniendi* único del Estado. Si bien las dos normas a aplicar se dirigen a ámbitos diferentes, debemos recordar la identidad ontológica existente entre los delitos y los

⁷¹ citado por NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit, p.403.

ilícitos administrativos, que hace definitivamente improcedente su concurrencia privilegiando al principio que nos ocupa.

Ante al existencia de un proceso administrativo sancionador y el inicio de otro proceso en sede penal en los términos indicados, la doctrina y la jurisprudencia española –aunque no en forma completamente regular- ha coincidido en las reglas para la solución del conflicto que NIETO GARCIA ha estructurado como: a) la prioridad del proceso penal frente al administrativo, y b) la prevalencia de la sentencia penal sobre la resolución administrativa.⁷² El planteamiento de estas reglas podría parecer contradictorio en relación con lo que se viene esgrimiendo acerca de la igualdad de planos entre el Derecho Administrativo Sancionador y del Derecho Penal, como ramas del *ius puniendi* único del Estado. ¿Por qué debería prevalecer la sanción penal sobre la administrativa si se supone que gozan de un estatus equivalente como derivaciones de la potestad sancionadora única estatal? Sin embargo existen factores de vital importancia, en los cuales debemos insistir para una mayor claridad al respecto.

Partiendo de la mencionada identidad ontológica entre los ilícitos penales y administrativos, debemos tener muy en cuenta la aplicación del principio de proporcionalidad. Este principio es el vigía que señala al legislador el camino a seguir ante la realidad fáctica pura e indistinguible de las conductas lesivas a bienes jurídicos valorados positivamente en determinada sociedad. De acuerdo con la relevancia que tengan los bienes jurídicos que se pretendan proteger y el grado de afectación que la conducta a tipificar produzca sobre los bienes, será que el legislador debe decidir la naturaleza del

⁷² NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit.p.400.

ilícito, su ámbito de aplicación, y la intensidad de sus consecuencias. En esa decisión se encuentra ante las alternativas de la infracción en el Derecho Administrativo Sancionador, y el delito o contravención en el Derecho Penal, entre las cuales ciertamente existen diferencias sobre el alcance de sus respectivas sanciones. Es así como, a raíz de disposiciones constitucionales garantes de los derechos individuales más básicos, y con arraigo en una de las fibras esenciales del principio de tripartición de poderes, la sede penal cuenta con la posibilidad de imponer penas privativas de libertad de tránsito. Este hecho fundamental deriva una serie de consecuencias que matizan al Derecho Penal y delimitan su ámbito de acción. La pena de prisión es la más odiosa medida que el sistema jurídico puede imponer a un individuo. Se trata precisamente de la limitación de uno de los derechos fundamentales más importantes, en conjunto con otros derechos que por consecuencia se ven necesariamente mermados o prácticamente anulados. Las consecuencias de su imposición exceden la pérdida del tiempo descontado tras las rejas. Conllevan la descarga de una enorme fuerza estigmatizadora sobre el condenado, con implicaciones graves para asumir nuevamente su vida en libertad y reinsertarse en el sistema productivo. De acuerdo con el principio de proporcionalidad, estas condiciones hacen que sea a las conductas más dañinas a las que se les considere como delitos; a mayor gravedad de la conducta, mayor gravedad de la consecuencia. Desde luego nuestro sistema, en el que los Derechos Humanos son privilegiados, concede una serie de garantías a los imputados frente a este enorme poder, como por ejemplo amplios del debido proceso, parte de la robusta base teórica del Derecho Penal.

En este contexto, y ante el inicio de un proceso penal con base en el mismo hecho, sujetos y fundamento que dan lugar a un proceso administrativo

sancionador precedente, consideramos que debe prevalecer el proceso penal, en virtud de la preponderante relevancia jurídica que tiene una conducta tipificada como delito. Así se dividen los campos de acción entre los tribunales penales y los órganos administrativos sancionadores. Cuando existe delito o contravención compete al tribunal, cuando no hay delito y sí infracción será el órgano administrativo el competente. Las diferencias en el trato institucional y procesal de estos ilícitos -ontológicamente idénticos- justifican este deslinde.

Hechas estas aclaraciones, procede entonces desarrollar las dos reglas que rigen las relaciones entre ambas instancias sancionadoras, y los pormenores en su interacción.

5.4.b.2.i. Prioridad del proceso penal.

CARRETERO es claro al señalar en forma coincidente que:

“en los casos en que las infracciones puedan ser constitutivas de delito, la Administración pasará el tanto de culpa y se abstendrá de seguir el expediente mientras no se dicte sentencia penal.”

En forma similar se manifiesta TRAYTER:

“Si un mismo hecho puede ser constitutivo de delito o falta penal y de infracción administrativa, además de existir la obligación por las autoridades

administrativas de comunicar al Juez penal competente tales hechos en el momento en que tengan conocimiento de ellos, impone la paralización del proceso sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre el tema...”⁷³

El Tribunal Constitucional de España se ha referido a ello como “subordinación a la autoridad judicial” en la sentencia número 77 del 3 de octubre de 1983.⁷⁴ Del Rey ha expuesto sobre el tema que:

“dicha subordinación implica que la autoridad administrativa no puede concluir un procedimiento sancionador respecto a hechos tipificados como delitos o faltas sin que antes haya conocido de ellos la jurisdicción penal, de forma que habrá de remitir el caso a esta última, suspendiendo el procedimiento administrativo.”⁷⁵

NIETO GARCIA, afirma en la misma dirección que:

“solo una vez que el proceso penal haya concluido, dicho procedimiento puede reiniciarse y entonces la relación entre el orden sancionador penal y el administrativo se especificará no solo respecto al

⁷³ TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel. Ob.cit.. p.577 En sentido similar ver NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit.p.425.

⁷⁴ NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit.p.400.

⁷⁵ Ibidem.p.400.

efecto negativo de la cosa juzgada –en tanto que, en caso de condena, el procedimiento administrativo habrá de darse por concluido., sino también mediante la subordinación del segundo al primero por lo que se refiere a la apreciación del componente fáctico de la infracción.”

A pesar de ello, la Sala Constitucional costarricense ha mantenido posiciones contrarias a esta tesis, que como vimos es ampliamente respaldada:

“esta Sala ya ha determinado que las sedes penal y administrativa son autónomas una de la otra, por lo que en cada una de ellas se puede investigar a un sujeto y hasta llegar a conclusiones diferentes sin que ello pueda ser interpretado como una doble imposición de sanción o violación al principio de non bis in idem, pues la naturaleza de cada instancia es diferente.”⁷⁶

Esta autonomía nos parece inaceptable, en tanto permite la imposición de una doble sanción al considerar ambas instancias como completamente disímiles. No es posible mantener esta posición sin ignorar la realidad fáctica y adoptar una actitud extremadamente teórica y positivista, lo cual en nada favorece al régimen de Derecho.⁷⁷ Incluso, se puede notar una grave

⁷⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 1264-95 de las 15 horas 33 minutos del 7 de marzo de 1995.

⁷⁷ La prioridad del proceso penal se encuentra generalizada en la normativa española. Se puede encontrar en el artículo 32.2 de la Ley de Sanidad de 1986, que menciona: “en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pasará el tanto de la culpa a la

inconsistencia si se relaciona con el citado pronunciamiento de las 15 horas del 24 de julio de 1995, número 3929-95, en que se determina que ambos regímenes son manifestación de la potestad punitiva única del Estado.

5.4.b.2.ii. Prevalencia de la sentencia penal.

Una vez concedida la prioridad al proceso penal ante el administrativo, y desarrollado el proceso en sede penal, queda entonces analizar las consecuencias que este proceso judicial tendría sobre la situación jurídica del infractor en sede administrativa. La suspensión del procedimiento en sede administrativa se debe mantener hasta la finalización del proceso penal. De ahí que la doctrina en general se refiera a ello a partir de los supuestos de una sentencia condenatoria o una sentencia absolutoria.⁷⁸

5.4.b.2.ii.a) Sentencia condenatoria

Según NIETO GARCIA, en caso de que el proceso penal finalice en una sentencia condenatoria el procedimiento administrativo deberá darse por concluido.⁷⁹ En esta forma se daría lo que denomina como *efecto negativo de la cosa juzgada*, que funcionaría como un bloqueo a cualquier proceso posterior con base en el mismo hecho, sujetos y fundamento. Esto pues “ante la

jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme.” En igual sentido también se encuentra la Ley de Consumo. Ver al efecto NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit.p.425.

⁷⁸ Institutos como la solución alternativa de conflictos o la aplicación de principios de oportunidad, no han sido particularmente considerados por los tratadistas al abordar el tema de las consecuencias del proceso penal sobre el administrativo sancionador.

⁷⁹ NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit.p.400.

solemnidad y dureza de los Tribunales quedan paralizadas para siempre las actuaciones de los humildes órganos administrativos.”⁸⁰ Así la sanción administrativa podría tenerse –de acuerdo a lo expuesto respecto al concurso ideal- como absorbida por la sanción impuesta en sede penal, al suponerse la más grave e inimpugnable.⁸¹

5.4.b.2.ii.b) Sentencia absolutoria

En el sistema normativo español así como en la jurisprudencia, la sentencia penal absolutoria no bloquea las posteriores actuaciones administrativas sancionadoras, aunque sus declaraciones sobre los hechos probados pueden incidir sobre la resolución administrativa.⁸² Esta solución parece ser la más conveniente, pues el hecho de que en sede penal se desestime la aplicación de una pena no necesariamente implica que la sanción administrativa no deba aplicarse. Las diferencias existentes entre ambos regímenes justifican esta afirmación. Como se indicó en su oportunidad, los principios que rigen la materia penal alimentan a la materia sancionadora administrativa. Sin embargo en esta última son laxos, no se aplican en una forma tan estricta como en la vía judicial. Al considerar sobre todo el principio de legalidad –al que podríamos tener como el caso más relevante- particularmente en relación con el mandato de tipificación legal, podemos notar que en materia penal su aplicación es absolutamente restrictiva. Sin perjuicio de lo comentado sobre la identidad de fundamento jurídico que puede

⁸⁰ Ibidem.P.430.

⁸¹ Esto aunque pueda suceder en ciertas ocasiones que las multas impuestas por los delitos sean menores que las de las infracciones administrativas. Este es un problema de técnica jurídica, particularmente en la aplicación legislativa del principio de proporcionalidad en materia punitiva, que debería ser observado por el legislador en ejercicio de sus potestades.

⁸² Ver NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit, pp. 431 y 434, así como CARRETERO Ob. cit.p.193

existir entre una norma penal y una administrativa sancionadora, sabemos que entre ambas hay diferencias de técnica jurídica, derivadas de los propios ámbitos que las originan. El tipo penal debe estar claramente delimitado, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Administrativo Sancionador, en el que se permite el establecimiento de sanciones con base en normas que prescriban conductas puramente deontológicas o éticas más que jurídicas, incluso mediante cláusulas indeterminadas. Por lo tanto, es posible que en sede penal sea desestimada una conducta como delito, al no poder ser subsumida en forma estricta con el tipo, pero en sede administrativa pueda ser considerada como una infracción, al juzgarse bajo el criterio de una norma administrativa como las que se acaban de indicar y en un contexto de principios más relajados, con un mayor protagonismo de la reserva legal relativa. Por el contrario, la condenatoria en sede penal, y la consecuente imposición de una pena, podría tenerse como la absorción de la sanción administrativa, bajo los términos que se indicaron. Sin embargo, la absolutoria penal, abre de nuevo la posibilidad a la sede administrativa de conocer la infracción, y juzgar de acuerdo a las condiciones propias de su competencia, aunque siempre deba considerar lo dispuesto en sede penal, como veremos.

El que en una sentencia se absuelva al imputado, no desmerita en forma alguna los hechos que el tribunal haya tenido por probados, ajustado a las reglas de la sana crítica racional.⁸³ Indistintamente del resultado, se supone que en el proceso penal ha habido una amplia evacuación de prueba, que ha permitido conocer la realidad sujeta a control jurisdiccional. Por ello no existe razón que justifique el que el órgano administrativo sancionador descarte el elenco de hechos tenidos como probados, salvo el descubrimiento de nuevas

⁸³ Ver al efecto NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit 434, y CARRETERO. Ob. cit.p. 192.

pruebas o la constatación de hechos evidentemente reñidos con los probados, lo cual debería tenerse en cuenta para efectos de revisión de la sentencia penal. Esto incluye tanto los hechos probados como existentes así como a los probados como inexistentes.⁸⁴ Es decir, comprende tanto los hechos positivos como los negativos. En estos términos, la regla es la asunción de los hechos probados en materia penal por parte del órgano administrativo sancionador, para que a partir de esa base fáctica elabore los razonamientos que considere ajustados a derecho. Por su parte, en relación con los hechos no probados, en sede administrativa es posible intentar su comprobación. Esta declaratoria judicial pudo deberse a dudas, que perfectamente podrían ser disipadas en vía administrativa⁸⁵

5.4.c. Excepciones al principio *non bis in idem*.

Algunos autores postulan que la aplicación del principio de *non bis in idem* en materia de derecho administrativo sancionador tiene excepciones. En primer lugar, cuando las dos o más sanciones que se pretenden aplicar defienden intereses jurídicos distintos. Por otro lado, cuando una de las sanciones que se pretende imponer se origina de una relación de sujeción especial del infractor, y la otra pertenece al régimen de sujeción general. Sin embargo, para otros como NIETO GARCIA, estos mecanismos “operan como la gran coartada para justificar las excepciones al régimen garantizador del Derecho Administrativo Sancionador”⁸⁶ A continuación nos referiremos a

⁸⁴ Por ejemplo, si un juez penal estableció en sentencia como hecho probado la inexistencia de contaminación en un río para determinada fecha, este hecho vincula a la Administración.

⁸⁵ NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit 434.

⁸⁶ Ibidem. p.407.

ambos casos, con el propósito de analizar brevemente en que medida se burla o conculca un derecho fundamental como el que nos ocupa.⁸⁷

5.4.c.1. Principio de diversidad de los intereses protegidos.

Algunos autores sostienen que, si las sanciones que se van a imponer en forma concurrente a un sujeto se originan en normas que protegen intereses distintos, es posible hacer una excepción al principio, y acumular sus efectos punitivos. Así lo proponen juristas como CARRETERO:

“Hay supuestos en que no se aplica el principio, como es el caso de la concurrencia de delitos e infracciones que protegen bienes distintos.”⁸⁸

Por su parte TAYTER plantea en forma similar:

“En definitiva, la regla que debe seguirse es analizar cuáles son los bienes jurídicos protegidos tanto por la normativa penal como por la administrativa protectora del medio ambiente. Si coinciden, cosa que sucederá a menudo dada la tipificación en blanco que realiza el artículo 347 bis CP, puede imponerse un único castigo. Si esa circunstancia no

⁸⁷ No consideramos aquí el tema de la sanción compuesta como una excepción al principio de *non bis in idem*, partiendo del argumento de que es una sola sanción con componentes distintos, y además de que su límite con la acumulación de sanciones es difícil de determinar en abstracto, como se indicó anteriormente.

⁸⁸ CARRETERO PEREZ. Ob.cit. p.198.

concorre, no existirá identidad de fundamento jurídico y, por tanto, el principio *non bis in idem* no será de aplicación.”⁸⁹

JIMÉNEZ MEZA, por su parte, se adhiere a esta tesis, y se refiere concretamente a la aplicación de normas sancionadoras únicamente en el ámbito administrativo:

“...es posible la coparticipación administrativa en tanto se violen diferentes Ordenamientos aunque se constituyan sanciones sobre hechos iguales pero con calificaciones jurídicas distintas sobre la base de la protección de intereses jurídicos también distintos aunque tendentes a la satisfacción de un mismo interés público. Tampoco aquí se violenta el principio, ni estaríamos ante la presencia de una instancia principal y otra subsidiaria. Aquí la diferencia radica en la fundamentación jurídica al amparo de diferentes leyes a nivel interadministrativo. Al final, entonces, la coexistencia es posible, con las salvedades de rigor”⁹⁰

Por nuestra parte nos encontramos de acuerdo con la excepción de los intereses jurídicos distintos. Se debe considerar que ciertamente son los intereses los que dan sustento a la norma sancionadora. En caso de que una situación sea observada desde distintos ángulos por el Derecho, al intervenir

⁸⁹ TAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel. Ob.cit.pp. 580 y 581.

⁹⁰ JIMENEZ MEZA Manrique, citado por ARNESTO MOYA, Alonso. Ob.cit. p.232.

distintos bienes de alta estima para la sociedad, no es razonable que la observancia de una norma excluya a la otra. Este sería el caso del anteriormente mencionado de la acumulación en el concurso ideal. Ambas disposiciones buscan fines diferentes, e imponen sanciones por motivos diferentes, lo cual finalmente resulta en que no sean idénticas como fundamento jurídico, aunque coincida el hecho y sujeto. Sin embargo, es necesario recalcar que por ello el contrapeso del principio *non bis in idem* no deja de existir y causar su efecto, pues consideramos que esta excepción debe aplicarse en forma restrictiva. Sobre todo teniendo en cuenta el carácter casi etéreo y de difícil aprehensión en la materia. Por ello se debe atender cuidadosamente cada caso, siempre buscando el respeto al principio que nos ocupa.

5.4.c.2. Relaciones de sujeción especial

Esta es la excepción más conocida y tradicional a la regla *non bis in idem*. En nuestro país es ampliamente aceptada. Sin embargo, da pie a que se vulnere el principio *non bis in idem*, al permitir la imposición de sanciones originadas de relaciones de sujeción especial junto con las derivadas otro ámbito punitivo. Si bien es aceptable la concurrencia de responsabilidad administrativa o penal junto con responsabilidad civil, no es aceptable la aplicación simultánea de sanciones disciplinarias y administrativas, o alguna de éstas y una sanción penal. En caso de que un sujeto infrinja una norma de aplicación para las relaciones de sujeción general, y otra para relaciones de sujeción especial, siempre y cuando no protejan cada una intereses jurídicos distintos, según lo indicado anteriormente, no parece admisible acumular sus

sanciones o desarrollar respectivos procedimientos sin violar el derecho fundamental del *non bis in idem*. Como bien señala NIETO GARCIA, a nivel doctrinario la tolerancia a esta excepción ha venido en decadencia:

“La doctrina se muestra muy reticente ante la posibilidad de una doble sanción aunque medie una relación de sujeción especial. Al menos esta es la postura generalizada en materia disciplinaria siguiendo a GARCIA DE ENTERRIA. Así ya SANZ GANDASEGUI (...) QUINTANA LOPEZ (...) y últimamente GARCIA MACHO”⁹¹

En cuanto a la responsabilidad civil, debemos advertir que el contexto en que se encuentra es diferente, pues tiene una naturaleza más bien resarcitoria, frente al carácter punitivo de los delitos e infracciones administrativas. Esto hace que pueda concurrir con alguna de las otras responsabilidades. A pesar de ello, normas como el artículo 99 de la LOA establecen la posibilidad de imponer medidas compensatorias por daño ambiental. En este caso, de promoverse con posterioridad un proceso civil con el propósito de obtener resarcimiento, consideramos que podría oponerse el cumplimiento de las medidas impuestas a raíz de la resolución administrativa, y en caso de comprobarse la insuficiencia de éstas, al menos deben tomarse en cuenta para efectos del cálculo del daño la reparación realizada.

Tras este breve análisis de una materia tan oscura y controversial como es la aplicación del principio *non bis in idem* en el campo que nos ocupa, nos

⁹¹ NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit.p.437.

parece que se debería dar un replanteamiento normativo en nuestro país, así como un viraje jurisprudencial que atienda a la realidad de las intrincadas líneas normativas. Las conductas ilícitas deben tener las consecuencias que se consideren necesarias y razonables, según la relevancia que los bienes jurídicos afectados tengan para la sociedad. Sin embargo no es aceptable la vulneración de un derecho fundamental a causa de un uso desproporcionado y desordenado de los mecanismos punitivos.

5.4.d. Recursos de amparo y acciones de inconstitucionalidad

Existe la posibilidad de que antes, durante o después del trámite de un procedimiento administrativo sancionador, se de inicio a un proceso de naturaleza constitucional relacionado directamente con la materia que se conoce en sede administrativa. En primer lugar, este proceso puede surgir por la realización –u omisión- de un acto contrario a los preceptos o principios constitucionales. Este punto resulta de vital importancia, pues a través de este mecanismo puede denunciarse por ejemplo la violación del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, establecido en el artículo 50 de nuestra Constitución Política, aún en concurrencia de un procedimiento administrativo sancionador sobre la misma materia. En segundo lugar, puede existir también una solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad de la normativa a aplicada o por aplicar en sede administrativa. Por su obvia conexión con el punto anterior, este tema será tratado a continuación, a pesar de la naturaleza obviamente diversa de la impugnación de constitucionalidad.

5.4.d.1. Recurso de Amparo

El modelo costarricense de recurso es denominado *amparo inicial*, y no *terminal*, lo que significa que puede interponerse en contra de actuaciones administrativas del Estado, y no contra resoluciones judiciales.⁹² La Ley de Jurisdicción Constitucional⁹³ (LJC) establece dos posibilidades de recurso de amparo: contra servidores públicos y contra sujetos de derecho privado.

Respecto al amparo contra servidores públicos, procede contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole, o amenace violar cualquiera de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica.⁹⁴ Esto abre la posibilidad de que, a raíz de un procedimiento administrativo sancionador, pueda interponerse un amparo en contra de la resolución del órgano que la dictó, con base en los motivos señalados. Incluso podría cuestionarse alguno de los actos que componen el procedimiento, pues no es necesario que se haya agotado la vía administrativa.⁹⁵ El recurso podría sustentarse en la violación del debido proceso en la tramitación administrativa, o bien en razones de carácter sustantivo, al contravenir lo resuelto algún otro principio o derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la salud, o los principios de igualdad o legalidad.

Asimismo, en cuanto a los sujetos de derecho privado, el amparo procede contra sus acciones u omisiones ocurridas en ejercicio de potestades o funciones públicas, o en una posición de poder frente a la cual los remedios

⁹² Ver al efecto HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Ob.cit.p.686.

⁹³ Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989, publicada en La Gaceta No. 198 de 19 de octubre de 1989.

⁹⁴ Ver al efecto HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Ob.cit.p.686.

⁹⁵ Ibidem.p.690.

jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos fundamentales tutelados por el amparo contra servidores públicos.⁹⁶ En estas circunstancias, podría interponerse un recurso de esta naturaleza contra algún infractor de la normativa administrativa que en forma simultánea viole derechos fundamentales, ya sea con la existencia o no de un procedimiento sancionatorio por la comisión de dicho ilícito, siempre y cuando se den las condiciones señaladas.

Ahora bien, ¿cómo se producen precisamente las acciones u omisiones atacables por medio de recurso de amparo? De acuerdo con HERNÁNDEZ VALLE⁹⁷ los agravios que dan lugar al recurso pueden darse por actos, hechos, omisiones u amenazas.

Respecto a los actos, ocurren cuando la acción del servidor público o del particular, es producto de una voluntad viciada de arbitrariedad. Es así como, en el ámbito público, esto supondría la violación al principio de legalidad por parte del funcionario.

Además de la existencia de arbitrariedad, podemos encontrar la comisión de conductas fundadas en una mala interpretación o aplicación indebida de normas legales o reglamentarias. Esto puede suceder cuando, ante una situación particular, se aplica una norma que corresponde a otro supuesto fáctico, o bien, se aplica la norma correspondiente a la situación fáctica que corresponde, pero se le dan alcances distintos a los prescritos.

⁹⁶ Ibidem.p.687

⁹⁷ Ibidem.p.697.

Por otra parte, procede también el amparo contra las omisiones, tanto de sujetos públicos como de derecho privado, en los términos que se precisaron anteriormente. Estas se consideran justamente como hechos negativos, y pueden tener lugar, particularmente respecto a las autoridades administrativas, por la falta de reglamentación de leyes, de cumplimiento de lo que alguna disposición normativa ordena, o por la omisión de pronta resolución respecto a las peticiones que le hayan sido sometidas, supuesto de enorme interés para nuestros efectos. La falta de acción en estos casos, así como en los casos en que son sujetos privados los que la muestran, también puede tener sustento en simple arbitrariedad o en indebida o errónea aplicación de leyes o reglamentos.

Por último, HERNÁNDEZ VALLE se refiere a la pura amenaza de que se produzca alguna de las omisiones, actos o hechos descritos. Estas pueden dar lugar a la tutela por vía del recurso de amparo siempre que sea inminente. Ello significa que la probabilidad de conculcación de algún principio constitucional o derecho fundamental debe ser muy alta, debe producir un grado de zozobra en que se considere la efectiva violación en cualquier momento.

Por otra parte, en cuanto a los efectos del amparo, conviene referirnos primero a los producidos con la acogida del recurso, y en segundo lugar a los derivados del dictado de sentencia.

Al darse curso a un amparo y como principio, la Sala Constitucional debe ordenar la suspensión de los actos impugnados y de la aplicación de las normas cuestionadas al caso concreto, de acuerdo con el artículo 41 de la LJC.

Sin embargo, el mismo numeral la faculta para disponer lo contrario, en caso de que la suspensión pueda causar daños o perjuicios ciertos e inminentes a intereses públicos de mayor gravedad a los que la ejecución causaría al afectado. Esto sin que los efectos de la orden de no suspensión pueda hacer nugatoria una eventual resolución a favor del agraviado. De forma complementaria, la LJC otorga a la Sala Constitucional la posibilidad de que dicte medidas cautelares según lo que la prudencia le indique. Esta amplitud se encuentra completamente justificada, pues de otra manera no existiría mecanismo idóneo para que el intérprete constitucional tratara de manera apropiada un sin fin de situaciones disímiles que son sometidas diariamente a su jurisdicción. Con el mismo respaldo cuenta la posibilidad que se da a la Sala de variar en cualquier momento, mediante resolución motivada, la orden de ejecución o cualquier medida cautelar dictada. Para mayor claridad es conveniente hacer referencia al artículo 41 de la LJC, que regula lo que se ha comentado:

Artículo 41.-

La interposición del amparo no suspenderá los efectos de leyes u otras disposiciones normativas cuestionadas, pero sí la aplicación de aquéllas al recurrente, así como la de los actos concretos impugnados.

Sin embargo, en casos de excepcional gravedad la Sala podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, a solicitud de la Administración de la que dependa el funcionario u órgano demandado, o aún de oficio, cuando la suspensión cause o amenace

causar daños o perjuicios ciertos e inminentes a los intereses públicos, mayores que los que la ejecución causaría al agraviado, mediante las cautelas que considere procedentes para proteger los derechos o libertades de este último y no hacer ilusorio el efecto de una eventual resolución del recurso a su favor.

La suspensión operará de pleno derecho, y se notificará sin demora al órgano o servidor contra quien se dirige el amparo, por la vía más expedita posible.

De igual modo, el Presidente o el Magistrado instructor podrán dictar cualquier medida de conservación o seguridad que la prudencia aconseje, para prevenir riesgos materiales o evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo conforme con las circunstancias del caso.

La Sala podrá, por resolución fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que se hubieren dictado.

En cuanto a los efectos de la sentencia, en caso de ser favorable, producirá desde luego la restitución al agraviado del goce de sus derechos fundamentales, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, dentro de las posibilidades materiales del caso. Esto significa que

una resolución administrativa que imponga una sanción podría ser revocada por el contralor constitucional, si se resuelve que ésta conculca arbitrariamente algún derecho fundamental. Asimismo, respecto a la estimatoria de un recurso de amparo por omisión de reglamentar una ley o ejecutar lo que alguna norma establece, la autoridad correspondiente tendrá dos meses para cumplir con la prevención, de conformidad con el artículo 49 de la LJC. Esto a diferencia del caso en que se impugne la denegación de un acto o la existencia de omisión, en que el plazo de cumplimiento no es definido por este cuerpo normativo. Por su parte, si se trata de una mera conducta o actuación material, la sentencia estimatoria puede ordenar su cesación de inmediato.

A mayor abundamiento, citamos a continuación el artículo 49 de la LJC, que regula los puntos comentados:

Artículo 49.-

Cuando el acto impugnado sea de carácter positivo, la sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir o garantizar al agraviado en el pleno goce de su derecho, y restablecer las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando fuere posible.

Si el amparo hubiere sido establecido para que una autoridad reglamente, cumpla o ejecute lo que una ley u otra disposición normativa ordena, dicha

autoridad tendrá dos meses para cumplir con la prevención.

Cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, la sentencia ordenará realizarlo, para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio. Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, se ordenará su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción semejante.

En todo caso, la Sala establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto.

En cuanto a los efectos de una sentencia desestimatoria, es importante a nuestros efectos mencionar que su dictado no prejuzga sobre las responsabilidades en que haya incurrido el autor del pretendido agravio, lo que significa que el recurrente puede utilizar otras vías procesales para tratar de satisfacer su pretensión. Esto permite que el recurrente no solo pueda iniciar un procedimiento sancionador en sede administrativa, sino que se encuentre posibilitado para continuar el que ya existiere, en caso de que haya sido suspendido, y en caso de que sea su resolución final el objeto de impugnación, pueda llevarse a la vía contencioso administrativa.

Es importante tener en cuenta que el recurso de amparo puede ser desistido, de acuerdo con el artículo 52 de la LJC, pero solo en caso de que involucre derechos patrimoniales u otros renunciables o de darse una

satisfacción extraprosesal de los derechos o libertades reclamados. En la primera alternativa, al ser el derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado un derecho irrenunciable, por su propia naturaleza, este artículo obligaría a la Sala Constitucional a seguir el conocimiento del recurso hasta el dictado de sentencia. En cuanto al desistimiento por satisfacción extraprosesal, de enorme interés para la presente investigación, el expediente puede reabrirse en cualquier momento, si se demuestra que la satisfacción acordada ha resultado incumplida o tardía.

Por último, es importante mencionar respecto al recurso de amparo que, de acuerdo con el artículo 52 de la LJC, si durante su tramitación se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, el recurso será declarado con lugar, pero solamente para efectos de indemnización y de costas.

5.4.d.2. Acción de inconstitucionalidad

Entre los procesos de control de constitucionalidad ciertamente el mecanismo de mayor relevancia es la acción de inconstitucionalidad. Por medio de la acción se busca garantizar la supremacía de la carta fundamental y sus principios, así como la denominada regularidad jurídica, que no es más que la coherencia que debe mantener todo el ordenamiento a partir de los parámetros que la misma carta fundamental establece. En las actuaciones del TAA, ciertamente la acción es la que ha tenido una mayor intervención con los procedimientos administrativos bajo su conocimiento.

El artículo 73 de la LJC, que observa en todos sus ángulos el ejercicio de la acción, establece las situaciones en que es posible su ejercicio:

Artículo 73.-

Cabrá la acción de inconstitucionalidad:

a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional.

b) Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo.

c) Cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.

ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento.

d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7º, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional.

e) Cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. En este evento, la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia.

f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas.

Como podemos notar, entre las posibilidades que ofrece este numeral de la LJC, las de mayor relevancia para nuestros efectos son las establecidas en los incisos a) y d). Esto si consideramos particularmente el supuesto de que en un procedimiento seguido en el TAA se pretenda aplicar una norma que contraríe algún derecho fundamental, principio constitucional, convenio o tratado internacional. Ya sea que la inconstitucionalidad vicie una norma de

carácter procesal, como podría suceder ante la afectación de los derechos relacionados con el debido proceso, o bien sustantiva, que permita actuaciones públicas o privadas que causen deterioro al ambiente.

Respecto a la legitimación para el inicio de la acción, se sigue por una parte el sistema de la vía incidental⁹⁸, que hace necesaria la existencia de un proceso judicial o administrativo previo a la interposición del recurso, en el que se pretenda aplicar la norma impugnada y esta tenga un papel relevante en la resolución del caso concreto. El recurso de amparo se encuentra incluido como proceso judicial previo, tal como se puede deducir de lo explicado sobre el punto. Igualmente se admite el sistema propiamente de acción, que permite el inicio y desarrollo de este procedimiento sin la existencia del requisito previo *incidental*. Sin embargo, esta posibilidad es excepcional, no irrestricta. Todo ello se encuentra regulado y claramente establecido en el artículo 75 de la LJC, que citamos íntegramente para mayor claridad:

Artículo 75.-

Para interponer la acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de hábeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado.

⁹⁸ Ibidem.pp.716 y ss.

No será necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto.

Tampoco la necesitarán el Contralor General de la República, el Procurador General de la República, el Fiscal General de la República y el Defensor de los Habitantes.

En los casos de los dos párrafos anteriores, interpuesta la acción se seguirán los trámites señalados en los artículos siguientes, en lo que fueren compatibles.

Como se puede notar, para que sea admisible la acción de inconstitucionalidad en el campo administrativo sancionador, debe encontrarse el asunto en “procedimiento para agotar la vía administrativa”. Debe entenderse por ello que ha de existir acto final dictado en el procedimiento, tal como indica la Sala Constitucional:

“Si bien, esto se peticiona dentro del procedimiento administrativo que se tramita por una denuncia planteada por contaminación ambiental ante el Tribunal Ambiental Administrativo contra la actividad comercial que desarrolla el señor Hong Acón (Quebrador de Piedra), se evidencia del expediente que la última actuación presentada

dentro de él, se refiere a la audiencia oral y privada del 19 de abril de 2002 (folio 19). Es decir, en el presente estadio procedimental, se está en la instrucción del mismo, sin que se haya dictado el acto final, motivo por el cual, aplica la jurisprudencia de esta Sala, que señala que antes del dictado de la resolución final, la acción de inconstitucionalidad resulta prematura, lo que es motivo suficiente para rechazar de plano la presente gestión.”⁹⁹

Por su parte, el segundo párrafo es de enorme importancia para la materia ambiental, al permitir la interposición del recurso cuando no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto. A través de esta disposición se garantiza la amplitud de legitimación inherente a la materia ambiental, según se ha expuesto en otro punto del presente trabajo.

La admisión de la acción para su conocimiento tiene efectos sobre los procesos en los que se encuentre pendiente su aplicación. Al respecto es claro el artículo 81 de la LJC, que establece la obligación del contralor constitucional de comunicar al órgano en que se lleva a cabo el procedimiento en que se sustenta la acción, así como a los demás órganos administrativos y judiciales en general, en los cuales se encuentren procesos pendientes de finalización en

⁹⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 2002-06380, de las quince horas con veintitrés minutos del veintiséis de junio del dos mil dos.

los que se aplique la norma, la orden de abstenerse de concluir los asuntos a su cargo hasta tanto no se resuelva sobre la constitucionalidad:

Artículo 81.-

(...)

Al mismo tiempo dispondrá enviar nota al tribunal u órgano que conozca del asunto, para que no dicte la resolución final antes de que la Sala se haya pronunciado sobre la acción, y ordenará que se publique un aviso en el Boletín Judicial, por tres veces consecutivas, haciendo saber a los tribunales y a los órganos que agotan la vía administrativa que esa demanda ha sido establecida, a efecto de que en los procesos o procedimientos en que se discuta la aplicación de la ley, decreto, disposición, acuerdo o resolución, tampoco se dicte resolución final mientras la Sala no haya hecho el pronunciamiento del caso.

Si la acción fuere planteada por el Procurador General de la República, la audiencia se le dará a la persona que figure como parte contraria en el asunto principal.”

En cuanto a los efectos de la sentencia en este tipo de cuestiones de constitucionalidad, en caso de ser estimatoria tiene efectos de cosa juzgada y elimina la norma del ordenamiento jurídico. Es decir, “tiene efectos abrogativos y erga omnes hacia el futuro, pues la norma o acto declarados

inconstitucionales desaparecen del ordenamiento jurídico, tal como si hubieran sido derogadas.”¹⁰⁰ Esta *derogatoria* tiene efectos declarativo y retroactivo a la fecha de la vigencia del acto o norma cuestionados, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe. Sin embargo, esto opera solo en principio, pues la retroactividad no aplica respecto a sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada, relaciones jurídicas extinguidas por caducidad o prescripción o por consumación de hechos, cuando éstos fueran material o técnicamente irreversibles, o cuando la reversión afecte seriamente derechos adquiridos de buena fe. Lo anterior sin perjuicio de las facultades que se le conceden al contralor constitucional para dimensionar los efectos al caso concreto, para evitar graves dislocaciones a la paz o seguridad.¹⁰¹

Por último, respecto a la sentencia desestimatoria, es importante mencionar que no produce cosa juzgada. Esto quiere decir que se puede volver a impugnar la norma presuntamente inconstitucional en otra ocasión, siempre y cuando no sea a partir de su aplicación en el mismo proceso judicial o administrativo que dio lugar a la misma desestimación.

¹⁰⁰ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Ob cit. p.718.

¹⁰¹ Ibidem. p. 719.

Sección II.
El Tribunal Ambiental Administrativo.

A) NATURALEZA JURIDICA Y COMPETENCIA DEL TAA

1. Naturaleza jurídica.

Es pertinente empezar con una aclaración sobre lo que se ha entendido comúnmente por “tribunales administrativos”. En la Constitución Francesa de 1791 se estableció que el “contencioso de la administración y el impuesto” correspondería a los cuerpos administrativos, comenzando por las municipalidades y los directorios de distrito y de departamento. Se consideró “que la función que hoy denominamos jurisdiccional contenciosoadministrativa (sic) era una función administrativa en sentido material, lo que por ende la obligaba (...) a otorgarla al Poder Administrador”¹⁰² Esta disposición tuvo eco en nuestro continente. Tal como

¹⁰² TRISTAN Bosch, Jorge. ¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración Pública? Víctor P. De Zavalía. Editor. Buenos Aires, Argentina, 1951. p. 39.

indica TRISTAN, el artículo 87 de la Constitución Política Chilena dictada en 1925 importó tal institución francesa, al expresar literalmente:

“Artículo 87. Habrá Tribunales Administrativos formados por miembros permanentes, para resolver reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas ...”¹⁰³

Así la denominación *tribunal administrativo* se utilizó también para referir a órganos administrativos encargados de funciones contenciosas, y claramente no sancionadoras.¹⁰⁴ Esta connotación no solo es común actualmente en Chile, sino también en países como Argentina, Venezuela y Colombia.¹⁰⁵ Por consiguiente pretendemos aclarar aquí que trataremos un concepto de tribunal administrativo enfocado a la potestad sancionadora. La materia que nos ocupa es la del Derecho Administrativo Sancionador, y aunque en algunos casos la Administración sea parte en estos procedimientos -como se verá- no pretendemos referirnos particularmente a lo contencioso administrativo. Hecha esta aclaración, procede entonces abordar el instituto de los tribunales administrativos sancionadores.

¹⁰³ Citado por OVIEDO Soto, Tarcisio. Un nuevo proyecto de Tribunales Administrativos, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Número 192. Año 1992. p. 27.

¹⁰⁴ Valga a propósito recalcar esta diferencia, con el fin de evitar cualquier aparente contradicción frente a lo expresado anteriormente sobre la separación de poderes en Francia, cuando se indicó que en aquel momento las potestades **sancionadoras** pasaron íntegramente a los jueces.

¹⁰⁵ HERNANDEZ MENDIBLE, Víctor Rafael. Fortalecimiento y/o creación de los tribunales administrativos. Transcripción de ponencia realizada en el “Seminario Iberoamericano de Justicia Administrativa: Dr. Eduardo Ortiz”, realizado en el Colegio de Abogados de Costa Rica del 19 al 23 de abril de 1999. Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo. Número 1. Primer Semestre. San José, Costa Rica. p.63.

Algunos sostienen que este tipo de órganos desempeña labores jurisdiccionales:

“el exprocurador de la nación Argentina, Miguel Marienhoff, al igual que Antonio García Trevijano-Fos, Mario Nigro y Rafael Bielsa, reconocen la existencia de la función jurisdiccional de la Administración, cuando ésta resuelve las impugnaciones promovidas por los administrados, compone los intereses contrapuestos o declara derechos, lo que va a dar lugar al “acto jurisdiccional administrativo” o al “acto cuasijurisdiccional” ...”¹⁰⁶

En afinidad con esta posición existen posiciones como la de CARRETERO¹⁰⁷, que consideran este tipo de órganos como una manifestación de los “Criterios mixtos o intermedios” entre lo judicial y lo administrativo:

“...en este caso la imposición de determinadas sanciones entra dentro de la competencia de la Administración, que no necesita acudir a los Tribunales judiciales, pero no pueden imponerse sanciones por los órganos de la Administración activa o de gestión, sino que ha de hacerlo por medio de órganos especiales, generalmente mixtos, compuestos de funcionarios y administrados, que deciden,

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ CARRETERO PEREZ, Adolfo. Ob. cit. p.14.

sin intervención de la Administración activa o de gestión.”¹⁰⁸

Si bien coincidimos en buena parte de esta conceptualización, disentimos respecto a su fundamento, pues estos órganos deben ser considerados eminentemente administrativos como artífices de la potestad administrativa sancionadora. Precisamente esa es la posición que mantiene nuestra Sala Constitucional con respecto a los tribunales administrativos existentes en el ordenamiento nacional, tal como se puede notar en la resolución número 1148-90 de las 17 horas del 21 de setiembre de 1990:

“VI.- La creación de “tribunales administrativos” dependientes, como tales, del Poder Ejecutivo, o de la Administración Pública en general, no contradice per se los principios constitucionales expuestos [sobre la universalidad y exclusividad del poder judicial sobre la función jurisdiccional] , en la medida en que no basta la denominación de un órgano para determinar su naturaleza o su régimen jurídico; siempre y cuando, eso sí, no se trate, con esa o cualquiera otra denominación, de una verdadera atribución o delegación de funciones jurisdiccionales, reservadas, como se dijo, al Poder Judicial. Así, por ejemplo, no parece incompatible con la Constitución la existencia del Tribunal Fiscal Administrativo (Código de Normas y Procedimientos Tributarios, Ley No. 4755 de 3 de mayo de 1971), en la

¹⁰⁸ Ibidem.

medida en que, si bien se integra y funciona de manera semejante a la de los tribunales de justicia- tribunales propiamente dichos-, en realidad sólo es un órgano de tutela administrativa o jerárquico impropio respecto de la llamada "Administración Tributaria", y sus fallos no tienen otro efecto que el de agotar la vía administrativa, abriendo paso a la acción jurisdiccional propiamente dicha. Con otras palabras, lo que está constitucionalmente vedado es la creación de cualquier tribunal administrativo cuyos fallos tengan o puedan adquirir la inimpugnabilidad propia de la autoridad de la cosa juzgada jurisdiccional, lo cual, obviamente, no sucede con las del Tribunal Fiscal Administrativo, que sólo cierran la vía administrativa y abren la judicial, en concreto la del llamado proceso "contencioso tributario o impositivo" (Cap. IV, Sec. 1, arts. 82 y 83 Ley Reguladora Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

(...)

XII.- Con base en lo expuesto, la Sala considera que la existencia y competencias del Tribunal de Servicio Civil serían inconstitucionales si tuvieran carácter jurisdiccional y, por ende, si sus sentencias adquirieran o pudieran adquirir la autoridad de la cosa juzgada. Sin embargo, las disposiciones impugnadas del Estatuto de Servicio Civil y de su Reglamento no imponen esa conclusión como indispensable, sino, por el contrario, permiten interpretarlas y aplicarlas en armonía con la

Constitución, es decir, entenderlas como relativas a un mero tribunal administrativo, cuyas resoluciones, por esto mismo, no producen ni pueden producir el efecto de la cosa juzgada, sino únicamente el de agotar la vía administrativa, abriendo así las vías jurisdiccionales comunes contra ellas ...”

En esta resolución se puede notar que uno de los elementos esenciales de los tribunales administrativos es su imposibilidad de emitir resoluciones con carácter de cosa juzgada; esto equivaldría a decir que la naturaleza de sus funciones es eminentemente administrativa. Sin duda es un rasgo de enorme importancia, absolutamente determinante para caracterizar a los tribunales administrativos. En nuestro ordenamiento, tanto el Tribunal Fiscal Administrativo y el Tribunal de Servicio Civil, como el Tribunal Registral Administrativo, el Tribunal Aduanero Nacional, el Tribunal de Carrera Docente, el Tribunal de Transportes y el reciente Tribunal Ambiental Administrativo, dictan resoluciones que agotan la vía administrativa, pero que pueden ser impugnadas en la sede contencioso administrativa. No sería acorde con el principio constitucional de división de poderes que estos órganos tuvieran facultades jurisdiccionales, que les permitieran dilucidar los conflictos bajo su conocimiento en forma definitiva.

En cuanto al TAA, podemos decir que fue creado mediante la LOA, en el año 1995, con el propósito de centralizar la actividad sancionadora en la materia y lograr una mayor efectividad en la prevención, sanción y mitigación de las vulneraciones a la normativa ambiental. El artículo de la LOA que le da origen señala:

“Artículo 103.- Creación del Tribunal Ambiental administrativo.

Se crea un Tribunal Ambiental Administrativo, con sede en San José y competencia en todo el territorio nacional.

Será un órgano desconcentrado del Ministerio del Ambiente y Energía, con competencia exclusiva e independencia funcional en el desempeño de sus atribuciones. Sus fallos agotan la vía administrativa sus resoluciones de acatamiento estricto y obligatorio.”

Así lo retoma el artículo primero del Manual de Procedimientos del TAA (MPTAA)¹⁰⁹ :

Artículo 1.- El presente reglamento regula todo lo relativo al procedimiento del Tribunal Ambiental Administrativo. Este Tribunal será un órgano del Ministerio de Ambiente y Energía con desconcentración máxima, con competencia exclusiva e independencia funcional en el desempeño de sus atribuciones. (...)

Según los artículos 104 y 105 de la LOA, el TAA se encuentra integrado por 3 miembros propietarios y tres suplentes, cuyo nombramiento por períodos de 6 años está a cargo del Consejo Nacional Ambiental, órgano creado por la misma LOA. Sus miembros deben ser profesionales con experiencia en materia ambiental, y un miembro propietario y su respectivo

¹⁰⁹ Decreto Ejecutivo Número 28054-MINAE del 26 de julio de 1999, publicado en La Gaceta Número 163 del 23 de agosto de 1999.

suplente deben ser abogados. Cada año se elige entre ellos un presidente, un vicepresidente y un secretario.

Es importante destacar la desconcentración que se le atribuye al TAA, y para ello es necesario referirnos al principio de jerarquía que rige en la Administración Pública. Este principio postula como regla general la relación de subordinación que debe haber entre los órganos y funcionarios de mayor y menor rango en la organización administrativa. Se manifiesta en la posibilidad de dirección, de reglamentación, de nombramiento, de control, de solución de conflictos, y de delegación y avocación que tiene el superior jerárquico respecto al subordinado. En los casos en que el superior e inferior desempeñan funciones de la misma naturaleza y la competencia del primero abarca la del segundo, la LGAP caracteriza la relación de subordinación jerárquica en la siguiente forma:

Artículo 102.-

El superior jerárquico tendrá las siguientes potestades:

- a) Dar órdenes particulares, instrucciones o circulares sobre el modo de ejercicio de las funciones por parte del inferior, tanto en aspectos de oportunidad y conveniencia como de legalidad, sin otras restricciones que las que se establezcan expresamente.
- b) Vigilar la acción del inferior para constatar su legalidad y conveniencia, y utilizar todos los medios

necesarios o útiles para ese fin que no estén jurídicamente prohibidos;

c) Ejercer la potestad disciplinaria;

d) Adoptar las medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, revocándola, anulándola, o reformándola de oficio, o en virtud de recurso administrativo;

e) Delegar sus funciones y avocar las del inmediato inferior, así como sustituirlo en casos de inercia culpable, o subrogarse a él ocupando temporalmente su plaza mientras no regrese o no sea nombrado un nuevo titular, todo dentro de los límites y condiciones señalados por esta ley; y

f) Resolver los conflictos de competencia o de cualquier otra índole que se produzcan entre órganos inferiores.

Sin embargo, este principio de jerarquía puede verse limitado, distorsionado, o matizado. Así sucede ante la figura de la desconcentración, a la que HERNANDEZ VALLE se refiere en la siguiente forma:

“...la desconcentración administrativa se produce cuando por ley o por norma constitucional, en el caso de los órganos con relevancia constitucional citados oportunamente, se atribuye una competencia en forma exclusiva a un órgano inferior, con perjuicio de la competencia del superior jerárquico” ¹¹⁰

¹¹⁰ HERNANDEZ VALLE, Rubén. Ob. cit. p.289.

Esta variación al Principio de jerarquía hace que algunos de sus elementos no se presenten integralmente. Según los elementos del Principio que se vean mermados, la desconcentración puede ser máxima o mínima. En nuestro ordenamiento el artículo 83 de la LGAP en sus incisos 2, 3, 4 y 5, es el que se encarga de determinar el criterio para esta distinción:

Artículo 83.- (...)

2. La desconcentración mínima se dará cuando el superior jerárquico no pueda:

- a) Avocar competencias del inferior;
- b) Revisar o sustituir la conducta del inferior, de oficio o a instancia de parte.

3. La desconcentración será máxima cuando el inferior esté sustraído además, a órdenes, instrucciones o circulares del superior.

4. La imposibilidad de revisar o sustituir la conducta del inferior hará presumir la potestad de avocar la misma y a la inversa.

5. Las normas que crean la desconcentración mínima serán de aplicación restrictiva en contra de la competencia del órgano desconcentrado y las que crean la desconcentración máxima serán de aplicación extensiva a su favor.

Aunque HERNANDEZ VALLE le atribuye la posibilidad de crear la desconcentración a la ley o la Constitución, el artículo 83 inciso 1 de la LGAP señala:

Artículo 83.- 1. Todo órgano distinto del jerarca estará plenamente subordinado a éste y al superior jerárquico inmediato, salvo desconcentración operada por ley o por reglamento.

En el caso del TAA la desconcentración se encuentra dispuesta por la ley, el MPTAA se encarga únicamente de particularizarla como desconcentración máxima. Esta caracterización se dispone adicionalmente a las atribuciones que en forma expresa indica el artículo 103 de la LOA transcrito.

Las atribuciones señaladas, dentro de la propia desconcentración, tienen implicaciones de enorme importancia para el TAA. En primer lugar, la competencia de su potestad sancionadora –a la que nos referiremos adelante con mayor precisión- es exclusiva, en forma permanente, lo que la hace inalterable por simple acto administrativo concreto. Ningún otro órgano administrativo puede avocar los asuntos sometidos a su conocimiento. El Ministro de Ambiente y Energía, por ejemplo, no puede arrogarse el conocimiento de una denuncia interpuesta ante el TAA.

En segundo lugar, el TAA tiene independencia funcional. Pese a que este concepto sea un tanto difícil de precisar, se constituye principalmente por la posibilidad de dirigir su actuación sin la injerencia de un superior. Desde luego

ello no implica que el TAA goce de autonomía, pues no tiene personalidad jurídica propia y carece de independencia financiera.

En tercer lugar, sus fallos agotan la vía administrativa. Esto significa que, una vez firmes, sus resoluciones deben ser acatadas por gozar de ejecutoriedad y presumirse legítimas. La única posibilidad de impugnación es por la vía judicial contencioso administrativa, sin que se pueda acudir a un órgano de alzada dentro de la misma Administración. El TAA opera como un núcleo de competencia aislado; lo resuelto en firme por este Tribunal resulta ser la última palabra en dentro del poder ejecutivo, es un órgano desvinculado de sus superiores respecto a sus funciones esenciales. Ello busca garantizar la independencia del TAA y la especialización en la materia, en fin, la eficacia de sus resoluciones. Sería iluso pretender que esto sucediera si la competencia del Tribunal se encontrara dispersa, y el TAA tuviera una instancia superior a nivel administrativo que fungiera como un órgano de alzada, en el que se pudiera apelar y revisar lo dispuesto en sus resoluciones. Sería poco práctico. En ello coincidimos con la resolución 3669-2006 de las 15 horas del 15 de marzo del 2006, emitida por nuestra Sala Constitucional. Allí se señaló que con los tribunales administrativos “se obtiene una mayor garantía de especialidad técnica, imparcialidad y objetividad, al difuminarse la relación de jerarquía y diluirse cualquier criterio político.”

Por último, es importante mencionar que las resoluciones del TAA son de acatamiento obligatorio. La ejecutoriedad con que cuentan las hace aplicables, aún cuando se cuestionen en sede contencioso administrativa (salvo casos excepcionales en que se determine en esa misma instancia judicial la necesidad de suspender su ejecución por su posibilidad de causar un daño de

difícil o imposible recuperación). La resolución se presume legítima y debe ser acatada. Quien incumpla podría incurrir en el delito de Desobediencia, tipificado en el artículo 305 del Código Penal.

2. Competencia

La competencia del TAA se encuentra definida en el artículo 111 de la LOA:

Artículo 111.- Competencia del Tribunal

El Tribunal Ambiental Administrativo será competente para:

a) Conocer y resolver, en sede administrativa, las denuncias establecidas contra todas las personas, públicas o privadas, por violaciones a la legislación tutelar del ambiente y los recursos naturales.

B) Conocer, tramitar y resolver, de oficio o a instancia de parte, las denuncias referentes a comportamientos activos y omisos que violen o amenacen violar las normas de la legislación tutelar del ambiente y los recursos naturales.

C) Establecer, en vía administrativa, las indemnizaciones que puedan originarse en relación con los daños producidos por violaciones de la legislación tutelar del ambiente y los recursos naturales.

D) Las resoluciones del Tribunal Ambiental Administrativo serán irrecurribles y darán por agotada la vía administrativa.

Como se puede ver, su competencia comprende el conocimiento, trámite y resolución, en sede administrativa, de las violaciones a la normativa tutelar del ambiente. A raíz de ello se le faculta para dictar medidas cautelares, así como establecer sanciones, indemnizaciones y/o medidas compensatorias.

El artículo 99 de la LOA señala al respecto:

Artículo 99.- Sanciones administrativas

Ante la violación de las normativas de protección ambiental o ante conductas dañinas al ambiente claramente establecidas en esta ley, la Administración Pública aplicará las siguientes medidas protectoras y sanciones:

- a) Advertencia mediante la notificación de que existe un reclamo.
- B) Amonestación acorde con la gravedad de los hechos violatorios y una vez comprobados.
- C) Ejecución de la garantía de cumplimiento, otorgada en la evaluación de impacto ambiental.
- D) Restricciones, parciales o totales, u orden de paralización inmediata de los actos que originan la denuncia.
- E) Clausura total o parcial, temporal o definitiva, de los actos o hechos que provocan la denuncia.

F) Cancelación parcial, total, permanente o temporal, de los permisos, las patentes, los locales o las empresas que provocan la denuncia, el acto o el hecho contaminante o destructivo.

G) Imposición de obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológica.

H) Modificación o demolición de construcciones u obras que dañen el ambiente.

I) Alternativas de compensación de la sanción, como recibir cursos educativos oficiales en materia ambiental ; además, trabajar en obras comunales en el área del ambiente.

Estas sanciones podrán imponerse a particulares o funcionarios públicos, por acciones u omisiones violatorias de las normas de esta ley, de otras disposiciones de protección ambiental o de la diversidad biológica.

Si bien el artículo se titula “Sanciones administrativas”, posteriormente habla de “medidas protectoras” y luego “obligaciones compensatorias”. Por ello es bueno desmenuzar el contenido del artículo, pues allí mismo podemos encontrar además de sanciones, medidas cautelares, medidas compensatorias e indemnizaciones. A estos conceptos nos referimos de seguido.

Ante la posibilidad de que la vulneración al ambiente sometida a conocimiento del TAA pueda repetirse o continuar, este órgano tiene la posibilidad de dictar medidas cautelares tendientes a impedir que esto suceda.

Estas medidas son interlocutorias y provisionales. Se encuentran íntimamente ligadas a los principios preventivo y precautorio que sustentan al Derecho Ambiental. Su imposición responde, en el contexto de estos principios y dentro del ámbito administrativo, a dos criterios establecidos tradicionalmente en los dos axiomas latinos *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. El primero consiste en la valoración de los indicios, elementos o circunstancias que rodean la solicitud de la medida cautelar, relacionada directamente con el objeto principal del proceso. Según este supuesto, debe existir una apariencia probable de legitimidad, que justifique el que pueda adoptarse una medida de naturaleza perjudicial o restrictiva. Por su parte el axioma *periculum in mora* se refiere al peligro que implican los daños y perjuicios que podrían causarse por la no adopción de la medida cautelar.¹¹¹

Por otra parte, las sanciones tienen un carácter eminentemente punitivo, y son determinadas por el órgano competente una vez determinada la verdad real de los hechos (particularmente en el caso de la sede administrativa). En el momento en que ya se ha conocido el asunto en su amplitud, y ha sido evacuada la prueba respectiva, es que se establece lo que con certeza ocurrió. Entonces se aplican las sanciones, que buscan imponer un castigo al responsable, en forma definitiva, a diferencia de las medidas cautelares que representan una situación provisional, basada en apariencias de derecho y grados razonables de duda.

Es de suma importancia traer a colación una importante sentencia de la Sala Constitucional, en la cual se analiza lo que se ha venido diciendo:

¹¹¹ Ver al respecto GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Derecho Procesal Administrativo Costarricense. Editorial Juricentro, San José, 1994, p.469 y ss.

V.- (...) En defecto del cumplimiento de este deber se imponía el de dictar las medida cautelares a que obliga la naturaleza de los hechos denunciados. Para ello, contrario a lo que alega el recurrido, no se requiere un fuerte estado de certeza del Tribunal. Una medida cautelar es por definición provisional y, consecuentemente, al decretarse quien la dicta no cuenta con el marco fáctico completo que se requiere para proveer la decisión final. Su objetivo es asegurar el resultado del procedimiento que se sigue y es por ello que debe dictarse con celeridad y en las etapas iniciales del trámite. De ahí que la argumentación del recurrido es errónea. Sobre todo tratándose de materia ambiental donde el principio precautorio prácticamente obliga a dictar medidas de conservación oportunas del bien cuyo perjuicio se denuncia. Salvo que la queja sea manifiestamente improcedente o el Tribunal tenga motivos para dudar de la veracidad de las aseveraciones del denunciante –que no es el caso, según el informe rendido aquí- la adopción de medidas de corte cautelar es imprescindible para el cumplimiento de los fines que el ordenamiento jurídico le asignó. Y aquí no solo se tenía como elemento de juicio la denuncia sino, desde el 2 de marzo de este año, un informe preparado por servidores del mismo

Ministerio del Ambiente y Energía donde se concluyó que en el caso denunciado se “*causó un daño sobre diferentes servicios ambientales, principalmente el Recurso Hídrico, la Belleza Escénica y la Biodiversidad*”.¹¹²

Particularmente en relación con el principio precautorio o *in dubio pro natura*, la Sala Constitucional ha señalado:

“Tampoco se aprecia vulneración alguna a los derechos fundamentales de la amparada con la orden de paralización de las obras emitida por el Tribunal recurrido, en razón de que tal y como se informa a la Sala y así consta en documentación aportada al expediente, se trata de una medida cautelar al tenor de lo dispuesto en los artículos 99 y 111 inciso b) de la Ley Orgánica del Ambiente, y el numeral 11 de la Ley de Biodiversidad, que se estimó indispensable ya que existe la posibilidad de que los daños que se ocasionen al medio ambiente sean de difícil o imposible reparación, de forma tal que en aplicación del principio "in dubio pro natura" se tomó esa determinación que se prolongará hasta el dictado del acto final. Ello no implica que se trata de una medida indefinida, pues el Reglamento de Procedimientos del

¹¹² Sala Constitucional, resolución 2004-11884 de las 8:30 del 29 de octubre del 2004.

Tribunal Ambiental Administrativo determina en su artículo 18 que una vez finalizada la audiencia y recabadas las probanzas necesarias o declaradas inevaluables, en un plazo máximo de quince días se dictará la resolución final del procedimiento. Además, en virtud del bien jurídico tutelado, resulta razonable a juicio de este Tribunal la toma de esa medida precautoria.”¹¹³

Una vez caracterizadas las sanciones y las medidas cautelares, podríamos determinar que dentro del artículo 99 de la LOA estas últimas son:

- Las descritas en el inciso D),
- La establecida en el inciso E) con la excepción de la clausura definitiva, que tendría un carácter claramente sancionatorio y no cautelar;
- Las establecidas en el inciso F), de igual manera con excepción de la cancelación permanente.
- Las del inciso H), en tanto busquen detener la producción flagrante de un daño al ambiente, en los términos indicados.¹¹⁴

Por su parte las sanciones serían:

- Las del inciso B)
- Las del inciso C). (La ejecución de una garantía de cumplimiento podría tener también propósitos indemnizatorios, según el caso.)

¹¹³ Sala Constitucional, resolución 2004-8492 de las 8:41 del 6 de agosto del 2004.

¹¹⁴ El MPTAA coincide con los dos primeros puntos. Sin embargo no incluye expresamente como medidas cautelares las del inciso F), sobre cancelación temporal de permisos, patentes, etc, e inciso H) relativa a la modificación y demolición de construcciones.

- Las del inciso D), E) y F) en el tanto sean definitivas, conforme a lo expuesto.
- Las del inciso H) siempre que no sean interlocutoria.

En cuanto a las sanciones, es importante recalcar brevemente la clara presencia de una reserva de ley relativa en el artículo 99 de la LOA. La imprecisión es tan evidente que se mezclan en la misma disposición medidas cautelares, medidas compensatorias, sanciones e indemnizaciones. Podría considerarse que esta reserva relativa amenaza la seguridad jurídica, al mostrar una tipificación claramente insuficiente según lo expuesto en el presente trabajo. En el numeral citado se indican únicamente las sanciones, y se les relaciona opacamente con las conductas que les dan fundamento, mencionando que serán aplicadas ante “...*la violación de las normativas de protección ambiental o ante conductas dañinas al ambiente claramente establecidas en esta ley...*” No obstante, se debe tener en cuenta la particularidad de la materia ambiental, sobre todo en cuanto a la variedad y especialidad del daño ambiental. Si bien es apropiado precisar la relación entre las conductas ilícitas y sus consecuencias -por ejemplo en mediante criterios de gravedad- vale decir que también lo es matizar los rigores del principio de legalidad, y dar espacio al criterio del juzgador, que por supuesto debe obedecer al principio de proporcionalidad. Ello es acorde con la naturaleza administrativa de las sanciones, y redundante en un beneficio a la persecución de los ilícitos ambientales.

Por otro lado, el artículo 99 de la LOA establece la posibilidad de imponer medidas compensatorias o indemnizaciones. Éstas se diferencian de las sanciones y medidas cautelares por tener un carácter principalmente

reparador o retributivo. Su fundamento es el principio quien contamina paga, que rige la materia ambiental, así como el principio preventivo, pues en muchos casos las indemnizaciones se dirigen al fortalecimiento de mecanismos tendientes a evitar la producción del daño ambiental.

Las medidas compensatorias obligan al responsable a restablecer la situación al estado anterior a la acción dañina al ambiente. Este es el caso de la denominada reparación *in natura*.¹¹⁵ En forma subsidiaria, ante la presencia de una vulneración incontrolable o irreversible, promueven la toma de acciones de restauración equivalentes, como por ejemplo la reconstrucción de habitats, la repoblación de tierras o la *siembra* de alevines en un cauce fluvial.

Adicionalmente a las medidas compensatorias, es posible establecer una monetarización del daño, tanto para valorar económicamente las situaciones reversibles, como para aproximarse a las irreversibles o de imposible reparación. Este tipo de examen no es fácil de aplicar. Basta pensar en un daño causado a la biodiversidad. En general los criterios económicos no son de total afinidad a la materia ambiental, y ello es objeto de amplio tratamiento en el Derecho Ambiental. Si bien no hay dificultad, por ejemplo, al estimar la madera de un árbol a precio de mercado, esta valoración no le considera “como mecanismo de prevención de erosión del suelo, o como hogar de pájaros o insectos o como almacén de dióxido de carbono que de otro modo podría añadirse a los gases responsables del efecto invernadero en la atmósfera”¹¹⁶ Por ello se recalca el carácter reparador y preventivo de la valoración del daño

¹¹⁵ Ver a estos efectos MARTIN MATEO Ramón. “ Valoración de los daños ambientales.” Seminario sobre la Daño Ambiental. 15 de noviembre de 1999. Memoria. Segunda Edición. Procuraduría General de la República. 2002. p.247.

¹¹⁶ E.PEARCE. Evaluación des benefices et price de decision dans le domaine de l’environment. París, 1992, citado por MARTIN MATEO Ramón en ob.cit.

ambiental. La mayor prioridad es reparar y restaurar, de no ser posible, el propósito es fortalecer los distintos mecanismos de prevención del daño o contribuir a la creación de conciencia ambiental.

3. Otras instancias competentes en la materia.

Como sabemos existen otros órganos y entes relacionados con la materia ambiental, cuya concurrencia ocasiona conflictos competenciales con el TAA. Para ello analizaremos la situación en dos vértices: 1) la relación del TAA con otros órganos de la Administración, y 2) al relación del TAA con los órganos jurisdiccionales.

3.1. Relación del TAA con otras instancias de la Administración.

Como se puede notar en los artículos 103 de la LOA y 1° del MPTAA, la competencia del TAA, descrita en el citado artículo 111 de la LOA, se define como exclusiva. Esta exclusividad debe funcionar como un fuero de atracción respecto a las denuncias por vulneraciones a la normativa que protege el ambiente, lo que podría considerarse como la aplicación del Regla de Declaratoria Automática. Por ello consideramos que, con la excepción que se dirá, a nivel administrativo el TAA es el único que puede conocer sobre la materia delimitada como su competencia. Ello consagra el respeto al principio constitucional de *non bis in idem*, pues ante un mismo hecho, sujeto y fundamento jurídico, se le atribuye solamente al TAA la posibilidad de seguir un procedimiento e imponer las respectivas consecuencias jurídicas. Para

mayor precisión, nos referiremos en forma individual a los órganos y entes administrativos de mayor relevancia.

3.1.a. MINAE.

Si bien el TAA se encuentra dentro de este Ministerio, tiene una naturaleza jurídica de desconcentración máxima. Esto quiebra al principio de jerarquía, y con ello elimina cualquier injerencia del superior sobre las decisiones que el Tribunal debe tomar. Más bien, de acuerdo con el artículo 10 del MPTAA, todos los restantes órganos y funcionarios del MINAE se consideran “auxiliares del Tribunal” y “quedan obligados” a prestar la colaboración que les requiera. Esto de forma implícita incluye la obligación de denunciar las violaciones a la normativa ambiental de las que tengan conocimiento, como soporte a la actividad oficiosa que debe realizar el TAA.

3.1.b. SETENA.

Esta Secretaría tiene como una de sus funciones más importantes -tal vez la más representativa- la evaluación del impacto ambiental. A raíz de ello le compete la determinación de las garantías de cumplimiento en los casos en que así lo dispone la ley. Si bien tiene como una de sus atribuciones el atender e investigar las denuncias que se le presenten en lo relativo a la degeneración o al daño ambiental (artículo 84, inciso c de la LOA), ello no menoscaba la exclusividad competencial del TAA para conocer e imponer sanciones o indemnizaciones, y es en ese tanto que tiene que remitir inmediatamente al Tribunal cualquier noticia al respecto. La supeditación de la SETENA se puede constatar dentro de los hechos incluidos en la resolución 2004-12184 de la Sala

Constitucional, dictada a las 13 horas con 30 minutos del 29 de octubre del 2004, en la que señala que la Secretaría “ordenó la suspensión del trámite del expediente [de evaluación de impacto ambiental] hasta tanto no se haya resuelto la denuncia presentada en el Tribunal Ambiental Administrativo”.

3.1.c. Procuraduría Ambiental y de la Zona Marítimo Terrestre.

La Procuraduría tiene básicamente funciones de asesoría jurídica y de representación legal en favor del Estado. Si bien puede recibir denuncias, no posee ninguna competencia sancionadora, por lo cual no entra en conflicto con el TAA. A pesar de ello, puede figurar como parte en los procesos seguidos ante el Tribunal, lo cual le da protagonismo en la toma de acuerdos conciliatorios. Este punto se abordará adelante.

3.1.d. Ministerio de Salud.

Este Ministerio se encarga de supervisar y ejercer el control sobre todos los asuntos relacionados con la salud (agua potable, agua residual, desechos, etc.) Como sabemos, el derecho a la misma y las cuestiones ambientales se encuentran íntimamente ligados. Esto se refleja en las frecuentes situaciones en las que tanto el Ministerio como el TAA son partícipes, con el consecuente conflicto de competencias. A nuestro criterio este es un caso muy particular, en el que aplica una de las excepciones al principio de *non bis in idem*: el principio de diversidad de los intereses protegidos. Cuando concurren normas de naturaleza ambiental y sanitaria este principio es debe ser puesto en práctica, pues si bien ambas materias se encuentran profundamente relacionadas, la normativa ambiental protege intereses distintos a la

eminentemente sanitaria. Esta última no busca resguardar los elementos del ambiente *per se*, sino en el tanto que su vulneración pueda afectar la salud del ser humano. La concepción moderna del Derecho Ambiental excede este enfoque antropocéntrico de salubridad, y busca mantener el equilibrio existente en el ambiente desde una perspectiva más amplia, que comprende la preservación, la conservación y el desarrollo sostenible. Por lo anterior, consideramos que se pueden llevar a cabo sendos procedimientos, de ser procedente con la imposición de sus respectivas sanciones, sin que ello implique la conculcación de derecho fundamental alguno.

3.1.e. Municipalidades.

Como se pudo constatar en la Sección anterior, la competencia de las Municipalidades en materia ambiental comprende principalmente la regulación de cuestiones urbanísticas y sanitarias, así como la expedición de licencias para la realización de actividades lucrativas –con los requisitos que esto conlleva-. Sin embargo, ante un conflicto competencial sobre un asunto eminentemente ambiental, debe prevalecer el TAA. Únicamente podría concebirse alguna actividad sancionatoria por parte de la Municipalidad, en concurrencia con el TAA, bajo la excepción del Principio de la diversidad de intereses protegidos. En ese tanto, priva la exclusividad de la competencia en materia ambiental a favor del Tribunal.

3.1.f. Defensoría de los Habitantes.

Como bien se sabe, la Defensoría de los Habitantes ejerce una magistratura de influencia, por lo cual no puede ostentar ningún tipo de potestad sancionatoria. En ese tanto, no existe conflicto de competencia.

3.1.g. Otros.

En relación con a otros entes y órganos administrativos involucrados con la materia ambiental, la regla general es la consabida exclusividad del TAA para conocer todo tipo de vulneración a la normativa ambiental, determinar medidas cautelares, imponer las respectivas sanciones, indemnizaciones o medidas compensatorias. Tal como en el caso del Ministerio de Salud, la única excepción es el principio de diversidad de los intereses protegidos, que justifica el conocimiento paralelo por parte de algún otro ente u órgano administrativo de los hechos sometidos a un procedimiento ante el TAA.

3.2 Relación del TAA con instancias judiciales.

Las instancias judiciales con las que el TAA tiene vínculos son principalmente las relativas a la jurisdicción penal, constitucional y contencioso administrativa. A cada una de estas relaciones nos referiremos a continuación.

3.2.a. Relación del TAA con la jurisdicción penal.

Como se indicó al tratar el principio *non bis in idem*, nuestra Sala Constitucional mantiene el criterio de que las sedes penal y administrativa son

independientes. Es decir, ante la comisión concurrente de un delito y una infracción administrativa por un mismo sujeto, sostiene que las responsabilidades se encuentran desvinculadas, que no existe motivo para que una de ellas determine o afecte la otra. Esto significa que a raíz de un mismo hecho, en el que un mismo sujeto haya cometido una infracción y un delito, puede iniciarse tanto un proceso penal y otro en sede administrativa sancionatoria, con trámite y resultados independientes e indiferentes entre sí. Ciertamente esto sucede con la comisión de delitos ecológicos e infracciones a la normativa protectora del ambiente. Por una parte el TAA sigue su procedimiento bajo sus propias reglas, así como también lo hace el Ministerio Público y la jurisdicción penal en sí. Aunque entre ambos procesos de hecho puedan crearse vínculos, relacionados con prueba descubierta y acuerdos conciliatorios, entre otros, a nivel formal, y según este planteamiento, existe plena independencia.

Sobre esto reiteramos nuestras reservas. Al ser ambos regímenes manifestaciones de un único *ius puniendi* estatal, no es posible considerar su independencia sin que esto implique una vulneración al principio *non bis in idem*. Una posición plenamente teórica no puede justificar que en la realidad un sujeto se vea sancionado doblemente por el Estado. (Incluso podría considerarse la acumulación de una tercera vía sancionatoria contra infractor, teniendo en cuenta que el criterio de la Sala Constitucional considera independiente aún a la responsabilidad disciplinaria, adoptando la excepción al principio citado basada en la diferenciación de relaciones de sujeción especial y general). Esto es sencillamente una acumulación de sanciones, una sumatoria de penas que refleja el ejercicio desordenado y desproporcionado del

derecho a castigar del Estado. En este sentido es que respaldamos posiciones como las del Tribunal Constitucional de España y de NIETO GARCIA.

Deben aplicarse en primer lugar dos reglas que ya explicamos: a) la prioridad del proceso penal frente al administrativo, y b) la prevalencia de la sentencia penal sobre la resolución administrativa

Respecto a la primera, tan pronto el TAA reciba la *noticia criminis* sobre un delito ambiental, debe suspender el procedimiento e informar de inmediato al Ministerio Público. Sin embargo se debe hacer una adaptación de la regla a la materia que nos ocupa, la transversalidad del Derecho Ambiental en este caso debe hacerse patente. Es muy posible que frente a una denuncia ante el TAA de alguna vulneración al ambiente, los daños acusados continúen o vuelvan a darse. En virtud de ello el TAA debe conservar la posibilidad que la LOA le ha conferido de dictar medidas cautelares, que impidan que esto suceda. A nuestro criterio, y por aplicación del principio preventivo que rige la materia ambiental, esta es la única competencia que debe mantener el TAA. La posibilidad de tomar estas acciones interlocutorias y provisionales debe privar, y debe mantenerse en tanto la necesidad de su dictado subsista. Sin embargo, esta competencia debe ser transitoria. Es decir, el TAA debe tener la posibilidad de dictar medidas cautelares como un remedio inmediato. Una vez que la jurisdicción penal asuma la competencia, puede revisar las medidas cautelares, y revocarlas, mantenerlas o modificarlas.

Por otra parte, la sentencia penal debe determinar al procedimiento administrativo. Tal como se ha explicado antes, si la sentencia penal es condenatoria debe darse por finalizado. Se entiende que así se habrá aplicado

la medida más gravosa –bajo el supuesto de una aplicación adecuada del principio de proporcionalidad a nivel legislativo- y la sanción administrativa se entenderá absorbida por la pena. A nuestro criterio esto debe aplicarse en casos de finalización anormal del proceso. Por el contrario, si se dicta sentencia absolutoria, el procedimiento administrativo deberá retomarse y finalizarse.

3.2.b. Relación del TAA con la jurisdicción constitucional.

Retomando lo expuesto sobre el tema, haremos algunas precisiones sobre la relación existente entre el contralor constitucional y el TAA, iniciando por lo relativo al recurso de amparo.

El amparo procede contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz del TAA, que viole, amenace violar, o haya violado algún derecho fundamental, como el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, o bien al debido proceso.¹¹⁷ Así se puede constatar en el voto 2004-11884 de las ocho horas con treinta minutos del veintinueve de octubre del dos mil cuatro, que obliga al TAA a actuar en forma acorde al debido proceso:

“IV.- Sobre el funcionamiento del Tribunal Ambiental Administrativo, el artículo 106 de la Ley Orgánica Del Ambiente, No. 7554 del 4 de octubre de 1996, sienta como principios medulares de su actividad los de oralidad, oficialidad, celeridad e inmediación de la prueba. El

¹¹⁷ Ver artículo 29 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

artículo 110 de la misma Ley insiste en que el Tribunal es responsable de impulsar el procedimiento y el trámite de los asuntos de su competencia con la rapidez requerida por la situación afectada. Asimismo le fija un término no mayor de treinta días para el dictado de sus fallos, pudiendo ampliarse por treinta días más en casos especiales. (...)

VI.- Lo dicho anteriormente, sumado a que el trámite permaneció inexplicablemente inactivo desde el 2 de marzo hasta el 25 de mayo de este año, lleva a estimar el amparo por lesión de los derechos fundamentales invocados por la actora, aparejando la obligación para el Tribunal accionado de resolver a la mayor brevedad posible el procedimiento que aquí ocupa, así como, disponer de inmediato la adopción de las medidas cautelares necesarias para la protección del bien ambiental cuyo daño se denunció e investiga. “

Queda claro que, como parte de la Administración, el TAA se encuentra sujeto al control del alto tribunal, que puede obligarlo a actuar en forma acorde con los principios constitucionales y derechos fundamentales. En ejercicio de esta supremacía y al dar curso al amparo, la Sala Constitucional puede dictar medidas cautelares u ordenar la suspensión del acto impugnado, y puede ordenar la restitución de los derechos conculcados al momento de resolver el asunto en forma definitiva, según se expuso. Así lo resuelto por el TAA debe ceder ante lo que disponga la Sala, tal como sucedió en el caso de la resolución

2003-12092 de las once horas con doce minutos del veinticuatro de octubre del dos mil tres:

II.- En cuanto al segundo reclamo, tampoco le asiste razón. Su inconformidad radica en el hecho de que el recurrente ya había planteado los alegatos que sirvieron de plataforma a este amparo, ante el Tribunal Ambiental Administrativo, instancia que denegó sus pretensiones, toda vez que se demostró en esa sede, que no existía lesión al artículo 50, lo que hizo incurrir en error a la Sala, pues tal información le fue ocultada. Como primer punto, debe entenderse que esta Sala resolvió con los elementos probatorios aportados a los autos. El hecho de que exista una resolución que –a juicio del gestionante– versa sobre los mismos hechos del amparo, aún así, tal conclusión no vincula de forma alguna al Tribunal Constitucional, pues del análisis que se hizo en su oportunidad, se determinó que efectivamente se produjo un daño y un riesgo al ambiente, debido a la insuficiente supervisión por parte de la Secretaría Técnica Ambiental.
(...)

Por otro lado, la jurisprudencia del contralor constitucional ha establecido que la vía de amparo no puede constituirse en una segunda instancia u órgano de alzada propiamente respecto a las resoluciones del TAA, en particular respecto al conocimiento de los pormenores técnicos de los asuntos. Así lo indica la resolución 2003-06324 de las ocho horas con treinta

minutos del cuatro de julio del dos mil tres:

“Tampoco puede la Sala en esta vía constituirse en un órgano de alzada de lo que resuelvan las autoridades administrativas sobre aspectos técnico-ambientales, de manera que la Sala por la vía del amparo no puede más que tutelar las violaciones que resulten evidentes o producto de la instrucción sumaria. Dentro de este marco, la Sala está llamada a resolver dos aspectos que implican la protección a derechos fundamentales, así la Sala debe determinar: a) si la falta de exigencia de un Estudio de Impacto Ambiental (EsIA) por parte de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA) a Pelarica, S.A. luego de que esta empresa presentara el Formulario de Evaluación Ambiental Preliminar (FEAP) de la ampliación de diez hectáreas del invernadero, constituye una violación al derecho fundamental a un ambiente sano; y, b) si el proyecto de Pelarica, S.A. ha afectado negativamente la belleza escénica del valle de Orosi.”

En sentido coincidente se puede encontrar la resolución 2000-09513 de las nueve horas veinticinco minutos del 27 de octubre del 2000, citada en el voto 2007-01393, que señala:

“No compete a esta Sala determinar cuál debe ser la distancia técnica adecuada a la que debe colocarse la línea de transmisión con respecto a las fuentes de

abastecimiento de agua, ni tampoco analizar la procedencia o no del traslado solicitado por el recurrente, esto debido a que la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, como órgano técnico creado al efecto, es quien debe determinar si efectivamente el proyecto de marras acarrea o no un perjuicio en el medio ambiente. La competencia de esta Sala queda limitada a la verificación de la existencia de un estudio de impacto ambiental de previo a la realización del proyecto. En el caso concreto, al constatarse la existencia del mismo, no queda más que entender que la actuación de la autoridad recurrida estuvo apegada a Derecho.”

En consecuencia la Sala Constitucional no entra a conocer sobre cualquier tipo de vulneración al medio ambiente, y en casos como el de la resolución 2006-007640 de las las catorce horas y treinta minutos del treinta de mayo del dos mil seis, incluso ha remitido a los recurrentes al mismo TAA o a la Fiscalía:

“**ÚNICO** – (...) En el caso de examen, como en el fondo lo que pretende la recurrente con el amparo, es establecer una queja contra la Directora del Colegio Técnico Profesional de Santa Cruz, en razón de que estima que ha procedido ilegalmente a la destrucción de diversos árboles que embellecen el centro educativo, resulta improcedente que esta Sala se pronuncie al respecto, pues con la actuación acusada no se lesionan, en forma directa, sus

derechos fundamentales, y por ende no es en esta vía donde corresponde dilucidar dicha disconformidad, sino en la instancia respectiva, sea ante el Tribunal Ambiental Administrativo y, en su defecto, ante el Ministerio Público, donde deberá plantear las gestiones que estime pertinente, a fin de que se declare lo que en derecho corresponda.”

Por otra parte, es posible impugnar la constitucionalidad de normas aplicadas o por aplicar en el TAA. Sin embargo el asunto debe estar “en procedimiento para agotar la vía administrativa”, como lo indica el voto 2002-6380 de las quince horas con veintitrés minutos del veintiséis de junio del dos mil dos, citado al tratar el principio *non bis in idem*.

3.2. c. Jurisdicción contencioso administrativa.

La jurisdicción contencioso administrativa abre la posibilidad de impugnar en vía judicial tanto las resoluciones del TAA como sus actos de trámite, siempre que éstos decidan “directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a aquella vía o hagan imposible o suspendan su continuación”, según precisa el artículo 18 de la LRJCA. Originalmente, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA) número 3667 de 12 de marzo de 1966, establecía como requisito obligatorio para acceder a esta jurisdicción el agotamiento de la vía administrativa. Sin embargo la Sala Constitucional, mediante la resolución 3669-2006 que se citó anteriormente, declaró inconstitucional ese requisito, contenido en artículo 18 de la LRJCA. Con esa decisión el alto tribunal

favoreció a los administrados, y a propósito, aprovechó para elogiar las garantías con que cuentan los tribunales administrativos:

“En efecto, debe entenderse que el agotamiento de la vía administrativa debe quedar a la libérrima elección del administrado, de modo que sea éste quien, después de efectuar un juicio de probabilidad acerca del éxito eventual de su gestión en sede administrativa, decida si interpone o no los recursos administrativos procedentes. Es de esperar que las posibilidades del administrado se refuercen cuando se trata de los denominados “tribunales administrativos”

Ello incluye el caso en que el administrado hubiera dejado pasar los plazos para impugnar el acto, pues en la misma sentencia se declaró inconstitucional la figura del acto tácitamente consentido:

VIII.- ACTO TÁCITAMENTE CONSENTIDO: PRIVILEGIO FORMAL INJUSTIFICADO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. Otro de los privilegios formales de las administraciones públicas en el proceso contencioso-administrativo lo constituye la figura dogmática y legislativa del acto tácitamente consentido que tiene una lógica irrefutable en relación con el agotamiento preceptivo de la vía administrativa. Si el agotamiento de la vía administrativa –sustentado en el privilegio de la autotutela declarativa- es un requisito de

admisibilidad de carácter obligatorio, consecuentemente, si el administrado no ejerce en tiempo y forma los recursos administrativos procedentes, el legislador presume, a partir de la conducta omisa del administrado, que ha consentido tácitamente el acto administrativo al no recurrirlo en los plazos y por los medios dispuestos por el ordenamiento jurídico. Ese instituto procesal infringe frontalmente el derecho fundamental de los administrados de acceder a la jurisdicción (artículo 41 de la Constitución Política), puesto que, le impide perpetuamente, discutir el asunto ante la jurisdicción dispuesta por el constituyente para ejercer el control de legalidad de la función administrativa (artículo 49 de la Constitución Política), simplemente, por no haber ejercido e interpuesto los recursos administrativos procedentes. Consecuentemente, si la adecuación del agotamiento de la vía administrativa al parámetro constitucional impone estimarla como facultativa u optativa para el administrado, la figura del acto consentido debe ser reputada como inconstitucional en cuanto supone de forma implícita que debe cumplirse obligatoriamente con tal recaudo.”

Por otro lado, el cuestionamiento de una resolución o acto de trámite del TAA en vía contencioso administrativa podría fundarse, según el artículo 1º de la LRJCA, en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, como la falta de jurisdicción o competencia, el quebrantamiento de formalidades esenciales o la

desviación de poder. Como consecuencia, y según sus artículos 22 y 23, podría lograrse en esa instancia la declaración de que los actos no son conformes a Derecho, la anulación misma de los actos, o bien el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la misma, lo que puede incluir el pago de los daños y perjuicios.

Es muy importante mencionar que a partir del 1º de enero del 2008 entra en vigencia el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA) ley número 8508 del 28 de Abril del 2006. Este cuerpo legal introduce algunas modificaciones en la regulación de la materia. Su artículo 31 establece positivamente el régimen que ha venido operando a raíz de la declaratoria de inconstitucionalidad mencionada:

Artículo 31.-

1) El agotamiento de la vía administrativa será facultativo, salvo para lo dispuesto en los artículos 173 y 182 de la Constitución Política.

(...)

Además la CPCA otorga una ulterior oportunidad a la entidad u órgano cuyo acto se impugna para referirse al objeto del proceso, según se indica en el inciso 3 del mismo artículo:

3) Si en los procesos establecidos contra el Estado, bajo la representación judicial de la Procuraduría General de la República, se ha acudido directamente a la vía

jurisdiccional, sin haber agotado la vía administrativa, el juez tramitador, en el mismo auto que da traslado de la demanda, concederá un plazo de ocho días hábiles previos al emplazamiento previsto en el artículo 63 de este Código, a efecto de que el superior jerárquico supremo del órgano o la entidad competente, de acuerdo con las reglas del artículo 126 de la Ley general de la Administración Pública, confirme, o bien, modifique, anule, revoque o cese la conducta administrativa impugnada, en beneficio del administrado y sin suspensión de los procedimientos. Vencido el plazo indicado, si el jerarca supremo guarda silencio o mantiene la conducta impugnada, empezará a correr automáticamente el plazo otorgado para la contestación de la demanda, a partir del día hábil siguiente y sin necesidad de resolución que así lo disponga. Igual regla se seguirá cuando la demanda se interponga en forma conjunta contra el Estado y una entidad descentralizada.

(...)

En estos términos se abre la posibilidad al órgano o ente que dictó el acto, que bien podría ser el TAA, para cambiar de criterio y favorecer al administrado. A propósito el inciso 5 del mismo artículo indica:

5) Si dentro del plazo de los ocho días hábiles señalado en los apartados anteriores, la Administración Pública modifica, anula, revoca, cesa, enmienda o corrige la

conducta administrativa adoptada, en beneficio del administrado, se tendrá por terminado el proceso en lo pertinente, sin especial condenatoria en costas y sin perjuicio de que continúe para el reconocimiento de los derechos relativos al restablecimiento de la situación jurídica del actor, incluso de la eventual indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

De modo similar a la LRJCA, el nuevo CPCA establece en su artículo 42 que en la vía contencioso administrativa se podrá solicitar la declaración de disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico (inciso a), la anulación total o parcial de la conducta (inciso b), así como su modificación o adaptación al ordenamiento (inciso c). Igualmente mantiene la posibilidad de que en esa vía se dicte el reconocimiento, el restablecimiento o la declaración de alguna situación jurídica (inciso d), tanto como el pago de daños y perjuicios (inciso j). Sin embargo precisa algunas otras posibles pretensiones, que conviene citar textualmente:

Artículo 42.

(...)

e) La declaración de la existencia, la inexistencia o el contenido de una relación sujeta al ordenamiento jurídico-administrativo.

f) La fijación de los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa.

g) Que se condene a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico.

h) La declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico de una actuación material, constitutiva de una vía de hecho, su cesación, así como la adopción, en su caso, de las demás medidas previstas en el inciso d) de este artículo.

1) Que se ordene, a la Administración Pública, abstenerse de adoptar y ejecutar cualquier conducta que pueda lesionar el interés público o las situaciones jurídicas actuales o potenciales de la persona.

Esta disposición sin duda será esencial en el campo contencioso administrativo, y a partir del 2008 la interpretación de los tribunales competentes será la encargada de delimitar la forma en que ha de ser aplicada.

B) PROCEDIMIENTO EN EL TAA.

1. Normativa aplicable.

El procedimiento ante el TAA se encuentra regulado en primer lugar por la LOA, que es precisamente la ley que da origen a este órgano. Por otra parte, y con base en el artículo 106 de esta ley, el Tribunal debe ajustar su actuación supletoriamente, a la Ley General de la Administración Pública (en adelante

LGAP¹¹⁸), Libro Segundo, Capítulo "Del Procedimiento Ordinario". A pesar de ello, la misma LOA cuenta con un reglamento en lo atinente al TAA, denominado "Manual de Procedimientos del Tribunal Ambiental Administrativo". Este Manual, que detalla las pautas procedimentales a seguir por el TAA, fue promulgado a raíz del mandato establecido en la misma LOA, artículo 117, que ordena al Poder Ejecutivo a emitir el reglamento respectivo "dentro del plazo de tres meses, contados a partir de la vigencia de esta ley." A este punto cabe preguntar entonces ¿Es el MPTAA o la Ley General de la Administración Pública (LGAP) el cuerpo normativo que aplica supletoriamente a lo establecido en LOA? Nuestro criterio es que aplica en primera instancia el MPTAA. Si bien el Manual se encuentra en una escala normativa inferior dentro de la jerarquía normativa, su existencia se origina por un mandato de la misma ley que reglamenta. Es decir, la misma LOA establece que cede el desarrollo de lo que sus propias disposiciones regulan a lo que establezca un reglamento. Esto nos lleva a determinar que prevalece la delegación al reglamento, en el tanto que la LOA y el MPTAA constituyen un solo bloque normativo. Este bloque tiene como suplemento a la LGAP; la LOA erige su normativa y ordena la emisión de su reglamento, que es una parte complementaria de la ley. Esto como manifestación de la reserva de ley relativa, según lo expuesto anteriormente. En consecuencia, aplicará la LGAP pero solo "supletoriamente" al régimen especial, tal como lo indica la misma LOA en forma literal.

En adición a lo anterior, el mismo MPTAA establece en su artículo 6 que respecto a las nulidades y reposición de trámites se podrá aplicar por analogía normas de la legislación de la jurisdicción agraria, con el objeto de proveer la

¹¹⁸ Ley General de la Administración Pública. Número 6227, del 30 de mayo de 1978.

debida celeridad y eficacia del proceso. Encontramos que, en el tanto no contraríen lo dispuesto por la LOA, estas normas del ordenamiento agrario son plenamente aplicables, aún con prioridad sobre la LGAP.

Por último, cabe agregar que también es aplicable la Ley de Biodiversidad, propiamente respecto a la legitimación, como se verá en su oportunidad.

Hecha esta referencia al marco normativo aplicable, se procederá a describir brevemente los estadios y elementos más importantes dentro del procedimiento seguido en el TAA. Así se podrá contar con un panorama más claro que permita pasar a tratar la conciliación en el TAA.

2. Legitimación.

La legitimación en el Derecho Ambiental tiene características muy particulares. Por la especialidad de los bienes jurídicos que se protegen, el supuesto procesal para accionar en sede administrativa o judicial es mucho más amplio. Así lo ha reiterado la Sala Constitucional, al decir que el ordenamiento ambiental protege “intereses difusos”, que atañen a la sociedad en general. Aunque este concepto no sea del todo preciso, sin duda implica un holgado margen para iniciar cualquier tipo de procedimiento al respecto. Esta amplitud podría considerarse como una “acción popular”, es decir, como una total y completa apertura de la legitimación activa que permite a cualquier individuo accionar. Sin embargo esta posibilidad no se encuentra expresamente reconocida como tal en el ordenamiento, exceptuando los

asuntos relacionados con la biodiversidad, según el artículo 105 de la Ley de Biodiversidad¹¹⁹:

Artículo 105.- Acción popular

Toda persona estará legitimada para accionar en sede administrativa o jurisdiccional, en defensa y protección de la biodiversidad.

Como consecuencia de lo anterior, y bajo los mismos parámetros, una vez iniciado un procedimiento en el TAA un tercero puede acercarse y formar parte del mismo. Por una lado, el artículo 108 de la LOA establece que “al recibir la denuncia, el Tribunal identificará al denunciante y siempre oír a la persona a quien pueda afectar el resultado de la denuncia ...”. Asimismo, el artículo 275 de la LGAP establece que:

“Artículo 275.

Podrá ser parte en el procedimiento administrativo, además de la Administración, todo el que tenga interés legítimo o un derecho subjetivo que pueda resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho, en virtud del acto final. El interés de la parte ha de ser actual. Propio y legítimo y podrá ser moral, científico, religioso, económico o de cualquiera otra índole.”

¹¹⁹ Ley de Biodiversidad. Número 7788 de 30 abril de 1998, publicada en La Gaceta Número 101 de 27 de mayo de 1998.

Así, bajo la figura de la intervención adhesiva por ejemplo, podría un tercero participar en el procedimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 280, numeral 2 de la LGAP. Estas amplias condiciones son las que caracterizan a la legitimación para actuar ante el TAA, ya sea para dar inicio a un procedimiento, como para participar en uno existente. Incluso, como una forma de proteger mejor al ambiente, es posible que el TAA inicie el procedimiento de oficio, de acuerdo con el artículo 111 inciso b) de la LOA.

3. Denuncia.

La LOA es clara en cuanto a los requisitos que debe reunir la denuncia que pretenda dar inicio a un procedimiento sancionatorio como el que nos ocupa:

Artículo 107.- Contenido de la denuncia

La denuncia deberá contener:

- a) El nombre y el domicilio del denunciante y del denunciado, si se conoce.
- b) Los hechos o los actos realizados contra el ambiente.
- c) Pruebas, si existen.
- d) Indicación del lugar para notificaciones.

En realidad estos requisitos no son muy exigentes. La informalidad es importante ante la urgencia del pronto conocimiento, y en muchos de los casos, la pronta suspensión de los daños al ambiente. A propósito de la informalidad, el artículo 112 de la LOA señala:

Artículo 112.- Plazos para el tribunal

El trámite ante el Tribunal Ambiental Administrativo no estará sujeto a ninguna formalidad. La denuncia podrá presentarse por cualquier medio de comunicación, incluso oral. Cuando no sea escrita, deberá ratificarse durante los siguientes ocho días naturales.

Presentada la denuncia ante una autoridad que no sea el Tribunal Ambiental Administrativo, y trámite en un término no mayor de tres días.

Como podemos notar, las posibilidades para presentar denuncias son amplias. Se da incluso la posibilidad de hacerlo ante otra autoridad que no sea propiamente el TAA, lo cual es de gran utilidad. De esta forma se abre la posibilidad de llevar a cabo estas actuaciones principalmente a las Áreas de Conservación del MINAE, cuyos personeros en muchos casos llegan a figurar como parte denunciante en los procedimientos.

4. Apertura y desarrollo del procedimiento.

Una vez recibida la denuncia el TAA debe iniciar formalmente el procedimiento administrativo sancionador. Al respecto el artículo 11 del MPTAA señala:

Artículo 11.- Una vez recibida la denuncia, el Tribunal dictará en forma inmediata formal

apertura del procedimiento administrativo de investigación de los hechos denunciados.

Respecto al comienzo oficioso del procedimiento en el TAA, la resolución que abre el expediente es la que debe considerarse como la apertura del procedimiento, al ser el acto inicial.

La resolución que comience, así como la que le de fin al procedimiento o dicta medidas cautelares, debe ser razonada y firmada por todos los miembros del TAA. Así lo expresa el artículo 5 del MPTAA, que conviene invocar en su literalidad:

Artículo 5.- Corresponderá al Presidente del Tribunal dictar las providencias, las cuales firmará en asocio con el Secretario. Las demás resoluciones serán dictadas por el Tribunal y deberán ser firmadas por todos los miembros, aun cuando exista voto salvado.

Esta formalidad garantiza que en las decisiones que involucran valoración y razonamiento jurídico participen todos los miembros del Tribunal, a favor del debido proceso y en contra de la arbitrariedad que puede traer una percepción parcial. En esas circunstancias el TAA debe ocuparse en su plenitud.

Según el artículo 8 del mismo MPTAA, el Tribunal puede llevar a cabo la apertura en días u horas inhábiles, siempre con el propósito de actuar con

prontitud y diligencia ante la afectación al medio ambiente. Esta posibilidad no solo comprende el dictado de la resolución que da inicio al procedimiento, sino que alcanza cualquier actuación del TAA:

Artículo 8.- El Tribunal podrá actuar en días y horas inhábiles cuando la dilación pueda causar perjuicio grave a los interesados o al medio ambiente, entorpecer el procedimiento o hacer ilusorio el efecto de la resolución administrativa. La habilitación se dictará en resolución considerada, de oficio o a solicitud de parte.

Esta disposición es de gran utilidad. El TAA debe estar en un estado de alerta permanente frente al riesgo o la efectiva realización de daños al ambiente. Sobre todo para la aplicación oportuna de medidas cautelares.

4.1. Medidas cautelares.

En suma a la caracterización que se hizo de las medidas cautelares, respecto a su naturaleza preventiva, interlocutoria y provisional, es importante mencionar que el dictado de estas medidas puede hacerse aún antes de notificar a la parte denunciada sobre el inicio del procedimiento, de acuerdo con el artículo 108 de la LOA.

Resta solamente mencionar la posición de CARRETERO, quien sostiene que las medidas de este tipo pueden ser consideradas para el cómputo de una

eventual sanción. Esto significa que de la sanción final a imponerse debe descontarse lo sufrido a causa de una medida cautelar.¹²⁰

4.2. Notificación y traslado.

Una vez que se hayan impuesto las medidas cautelares ordenadas sin previa notificación, o bien se haya determinado que no es meritorio tomarlas, el TAA debe notificar a la parte denunciada el inicio del procedimiento. De acuerdo con el artículo 13 del MPTAA debe hacerlo dentro de tercer día después de la apertura formal. Respecto a la resolución que ordena la notificación, el artículo 14 del MPTAA establece:

Artículo 14.-

En el mismo auto de notificación al denunciado, el Tribunal ordenará a los distintos órganos de la Administración la remisión de informes técnicos o administrativos que requiera, en los plazos señalados por el artículo 262 de la Ley General de la Administración Pública.

La oportunidad dispuesta en esta norma no puede entenderse como la única para solicitar este tipo de informes, así como prueba en general, pues el artículo 108 de la LOA es claro al establecer que el TAA “recabará la prueba necesaria para averiguar la verdad real de los hechos denunciados .” A nuestro criterio esto puede hacerlo siempre que lo requiera, desde luego previamente al dictado de la resolución final.

¹²⁰ CARRETERO PEREZ, Adolfo. Ob.cit. p.253.

Como manifestación del debido proceso, en la resolución de apertura se debe hacer un adecuado traslado de cargos al denunciado. De lo contrario estaríamos ante una evidente violación al derecho de defensa. Si no se hace una adecuada imputación de cargos, en la que se señalen los hechos y las normas que dan sustento a la denuncia, se crearía un estado de incertidumbre que pondría en desventaja al presunto infractor. Para que el denunciado pueda defenderse es necesario que sepa qué es lo que se le achaca. Respecto a este punto, así como a otros elementos del debido proceso, podemos reseñar la posición sostenida por la Sala Constitucional en la resolución de las 18 horas del 4 de octubre de 1995, número 5469-1995, que en lo que interesa indica:

“Esta Sala ha señalado los elementos del derecho al debido proceso legal, (ver especialmente la opinión consultiva 1739-92), aplicables a cualquier procedimiento sancionatorio o que pueda tener por resultado la pérdida de derechos subjetivos. La administración debe, en atención al derecho de defensa del administrado: a) Hacer un traslado de cargos al afectado, lo cual implica comunicar en forma individualizada, concreta y oportuna, los hechos que se imputan; b) Permitirle el acceso irrestricto al expediente administrativo; c) Concederle un plazo razonable para la preparación de su defensa; d) Concederle la audiencia y permitirle aportar toda prueba que se considere oportuna para respaldar su defensa; e)

Fundamentar las resoluciones que pongan fin al procedimiento; f) Reconocer su derecho a recurrir contra la resolución sancionatoria.”

4.3. Principios jurídicos aplicables.

De acuerdo con el artículo 106 de la LOA, el procedimiento seguido ante el TAA debe contemplar los siguientes principios:

- Oralidad.
- Oficialidad.
- Celeridad.
- Inmediación de la prueba.

Esta enunciación de principios es ratificada en idénticos términos por el MPTAA, en su artículo primero. A continuación se hará una breve reseña de cada uno.

Oralidad.

Este principio, como se sabe, privilegia las actuaciones y diligencias realizadas en forma verbal ante las tramitadas por escrito. Esto hace que se el procedimiento sea más expedito, y en general más efectivo, pues se pone coto a muchas formalidades que hacen desperdiciar recursos y esfuerzos en el proceso. Es así como el artículo 112 de la LOA, citado anteriormente, da la posibilidad de que la denuncia sea planteada inicialmente en forma oral, es decir, un sujeto puede dirigirse al TAA a dar la noticia de una infracción a la

normativa ambiental sin siquiera redactar un escrito. De acuerdo con el artículo 7 del MPTAA, las partes podrán formular sus gestiones, peticiones o alegatos en forma oral, mediante comparecencia al despacho, o con motivo de la audiencia oral y demás diligencias que se practiquen en el procedimiento.

Oficialidad.

Respecto a la oficialidad, el TAA se encuentra determinado a conducir el curso del proceso, incluso a iniciarlo, como vimos anteriormente. Ello favorece la celeridad en el actuar del tribunal; “responde a las exigencias propias del interés público que el procedimiento administrativo pone en juego, y da a éste un acusado carácter inquisitorial...”¹²¹ Así el TAA no puede excusarse en la inercia de las partes para justificar el retardo del procedimiento.

La oficialidad se manifiesta en la audiencia oral que se debe realizar como parte del procedimiento. De acuerdo con el artículo 315.2 de la LGAP, cuando una parte no asista a la audiencia, el órgano director “evacuara la prueba previamente ofrecida por parte ausente, si ello es posible.” Aquí podemos notar claramente que incluso la carga de la prueba cede ante el principio de oficialidad. No es indispensable que la parte se encuentre presente en la diligencia gestionando la prueba, aunque se suponga que le favorece.

La oficialidad también confiere un matiz distinto al denominado principio de congruencia, el cual promueve la obligación del juzgador de enmarcar su decisión dentro del marco fáctico y jurídico que las partes en controversia han sometido a su conocimiento. En materia sancionatoria

¹²¹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y otro. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Segunda Edición. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1982. p.402.

administrativa el principio que nos ocupa impone correcciones, pues es con la resolución final que:

“...estos poderes *ex officio* desplegados a lo largo del procedimiento vienen a proyectar sus resultados permitiendo al órgano competente, en aras del interés público, extender el contenido de su decisión a todas las cuestiones planteadas por el expediente, hayan sido o no alegadas por los interesados ...”¹²²

Así lo ha respaldado nuestra Sala Constitucional, en un voto emitido con ocasión del artículo 111 de la LOA que se citó:

“De la redacción dada por el legislador a la misma, se colige que el órgano contralor tiene plena facultad para conocer, tramitar y resolver aun de oficio, todo lo referente a actividades que pudieren tender a la desobediencia de las normas que regulan lo relativo a la protección del medio, de manera que al ser la norma tan amplia, resulta lógico entender que el Tribunal Ambiental puede, por su propia voluntad, ampliara los hechos de una denuncia, si a su criterio, esos hechos pudieren ser nocivos para el ambiente.”¹²³

¹²² Ibidem.

¹²³ Sala Constitucional. Resolución número 2002-08155, de las 10:37 del 23 de agosto del 2002.

Celeridad.

Este principio se sustenta en la necesidad de que todas las actuaciones dentro del procedimiento sancionatorio administrativo se lleven a cabo en forma expedita, sin dilaciones innecesarias. Deriva del mandato constitucional de justicia pronta y cumplida, que se consagra en el artículo 41 de la Carta Fundamental.

Este principio se manifiesta por ejemplo en el artículo 110 de la LOA, citado anteriormente en su integridad, que establece la obligación del TAA de dictar su resolución final en un plazo de 30 días, prorrogable a 30 días más en situaciones especiales. Asimismo en el artículo 8 del MPTAA, anteriormente citado, que otorga la posibilidad al TAA de actuar en días y horas inhábiles, en beneficio de la rapidez de reacción del órgano. La celeridad es sin duda inseparable de principios como los de oralidad y oficialidad; el artículo 6 del MPTAA sintetiza particularmente la esta relación:

Artículo 6.- En los procedimientos que lleve a cabo el Tribunal, las tramitaciones se efectuarán en papel común; el procedimiento será esencialmente verbal y, en virtud del impulso procesal de oficio, el Tribunal está facultado para conducir su tramitación sin gestión de parte. Cuando sea del caso, el Tribunal podrá, por iniciativa propia, declarar nulidades y disponer reposición de trámites, a fin de corregir irregularidades que pudieren afectar la validez del procedimiento

ordinario administrativo, se podrá aplicar por analogía, normas de la legislación de la jurisdicción agraria, con el objeto de proveer la debida celeridad y eficacia del proceso.

La remisión que este artículo hace a la legislación de la jurisdicción agraria es un hecho que cabe rescatar. Esta materia mantiene importantes puntos en común con el procedimiento que se desarrolla en el TAA, como la mencionada oralidad y el impulso procesal de oficio. En ese tanto, es conveniente el respaldo de una legislación supletoria.¹²⁴

Inmediación de la prueba.

Este principio busca eliminar cualquier tipo de intermediación, manipulación, distorsión o límite entre los distintos elementos probatorios y las partes involucradas. El contacto de los participantes con la prueba debe ser directo, personal, y respetuoso de la equidad e imparcialidad inherentes al procedimiento. Al respecto la Sala Constitucional ha indicado:

“Es necesario que todos los sujetos procesales reciban la prueba de manera directa, inmediata y simultánea. Es necesario que las pruebas lleguen al ánimo del juez sin alteración alguna. A la hora de recibir la prueba el juez debe estar en

¹²⁴ A mayor abundamiento se remite a ALVAREZ HERNÁNDEZ, Frank, y otra. Temas de Derecho Agrario. Ediciones Solano. San José, Costa Rica. 2004.

comunicación directa con los demás sujetos del proceso”¹²⁵

El respeto a este principio no hace otra cosa que beneficiar la precisión y certeza necesarias para determinar la verdad real de los hechos. Una relevante manifestación del principio es la facultad que se otorga a los miembros del TAA para hacer inspecciones en los lugares en que han acaecido los hechos denunciados. En muchos de los casos las fotos, videos o dictámenes periciales son incapaces de sustituir una visita personal de los funcionarios al sitio donde se dio la vulneración al ambiente. Conocer los alrededores y tener una idea directa de los hechos denunciados es sin duda de vital importancia.

5. Asesoramiento técnico.

El Derecho Ambiental se caracteriza por ser multidisciplinar. Esto hace necesaria la coadyuvancia de especialistas en distintos ámbitos de las ciencias naturales para llevar a buen destino sus propósitos. Tanto en el análisis del daño ambiental, como en la determinación de las medidas para su mitigación y en su valoración económica, es imprescindible contar con apoyo técnico de profesionales que conozcan los distintos campos con profundidad. De lo contrario privaría un régimen de miopía y especulación, en el que las decisiones tomadas por el TAA no obedecerían más que a la arbitrariedad. Por ello que la LOA ordena expresamente al TAA asesorarse en el plano técnico:

Artículo 109.- Asesoramiento al Tribunal

¹²⁵ Sala Constitucional. Resolución número 1739-1992, de las 11 horas 45 minutos del 1º de julio de 1992.

El Tribunal Ambiental Administrativo tiene la obligación de asesorarse por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, cuando el caso planteado en la denuncia así lo amerite. También, puede ser asesorado por cualquier organismo, nacional o internacional o por personas físicas o jurídicas.

Como vemos, la posibilidad de asesorarse no se limita a la SETENA. Se deja abierta la opción de contar con el criterio de otro tipo de entidades. Esto, si bien debe ser tomado con cuidado, permite que en temas ajenos al campo manejado con pericia razonable por la Secretaría, se pueda obtener un criterio más preciso y calificado.

Asimismo, otros órganos del MINAE tienen la obligación de actuar cómo y cuando el TAA lo solicite, según lo establece el MPTAA:

Artículo 10.- A fin de cumplir con los fines del Tribunal, todos los restantes órganos y funcionarios del Ministerio de Ambiente y Energía, se considerarán órganos auxiliares del Tribunal, quedando obligados a prestar la colaboración que se les requiera.

En este contexto, consideramos que el criterio de la SETENA y demás órganos del MINAE debe tener prioridad; solo en dos casos nos parece viable recurrir a la opinión de agentes externos: 1) Cuando actúen en calidad consultores técnicos, es decir, como una segunda opinión complementaria a los

órganos públicos. En este caso deben ser ofrecidos por la parte interesada. 2) En caso de que los técnicos con que los órganos estatales cuentan no sean lo suficientemente entendidos en la materia. Mediante el mismo artículo 15 del MPTAA el Tribunal puede ordenar las inspecciones periciales que considere necesarias, de previo a la audiencia oral.

6. Otros aspectos importantes en el procedimiento.

El procedimiento seguido ante el TAA muestra algunas otras particularidades que es importante destacar. Sobre todo con el propósito de evidenciar la influencia del Derecho Ambiental sobre el Derecho Administrativo Sancionador.

6.1. Acceso al expediente.

Una vez abierto el procedimiento ante el TAA, “los expedientes se considerarán públicos y a ellos tendrá acceso, con fines de información, cualquier particular” tal como lo prescribe el artículo 12 del MPTAA. Tal carácter público se debe a la naturaleza de los intereses en juego, que sustentan la solidaridad y la participación de cualquier ciudadano como afectado. Esta situación es abiertamente distinta a la del procedimiento administrativo ordinario común, aunque se mantenga la posibilidad de restringir la publicidad de los asuntos indicados en el artículo 273 de la LGAP, lo cual parece razonable.¹²⁶

¹²⁶ Estos asuntos son básicamente los relacionados con secretos de Estado, información confidencial de la contraparte o, en general, la información que confiera a la parte un privilegio

6.2. Evacuación de la prueba y audiencia.

Una vez que se hayan rendido los informes y dictámenes, así como realizado las inspecciones oculares y visitas que haya ordenado el TAA, este órgano debe convocar con quince días de anticipación a una audiencia oral en la podrán concurrir todos los participantes en el proceso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 del MPTAA. A esta audiencia deberá convocarse de acuerdo con lo establecido en la LGAP, como lo ordena el mismo artículo 16. Esta ley, en su artículo 312 dispone:

Artículo 312.-

1. La Administración preparará la comparecencia en forma que sea útil para lo cual la citación deberá enumerar brevemente toda la documentación pertinente que obre en su poder, indicar la oficina en que podrá ser consultada y ponerla a disposición de los citados y de las partes.
2. Igualmente la citación prevendrá a las partes que deben presentar toda la prueba antes o en el momento de la comparecencia, si todavía no lo han hecho.
3. Toda presentación previa deberá hacerse por escrito.

o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente.

Sin perjuicio de ello, el TAA podrá suspender la realización de la audiencia programada, ya sea por defectos graves en la convocatoria o por cualquier razón que la haga imposible, de acuerdo con el artículo 316 de la LGAP.

Propiamente al realizarse la audiencia, el Presidente del TAA contará con amplias facultades de dirección, que incluyen la determinación del orden en que serán evacuadas las pruebas, el otorgamiento de la palabra a las partes, y en general, las atribuciones conferidas por la LGAP al órgano director del procedimiento, según lo prescribe el artículo 17 del MPTAA.

Respecto a los derechos que ostentan las partes en la comparecencia oral, es apropiado citar el artículo 317 de la LGAP, que textualmente indica:

Artículo 317.-

1. La parte tendrá el derecho y la carga en la comparecencia de:
 - a) ofrecer su prueba;
 - b) Obtener su admisión y trámite cuando sea pertinente y relevante;
 - c) Pedir confesión a la contraparte o testimonio a la Administración, preguntar y repreguntar a los testigos y peritos, suyos o de la contraparte;
 - d) Aclarar, ampliar o reformar su petición o defensa inicial;
 - e) Proponer alternativas y sus pruebas; y

- f) Formular conclusiones de hecho y de derecho en cuanto a la prueba y resultados de la comparecencia.
 - 1. Lo anterior deberá hacerse verbalmente y bajo la sanción de caducidad del derecho para hacerlo si se omite en la comparecencia.
 - 2. Los alegatos podrán presentarse por escrito después de la comparecencia únicamente cuando no hubiere sido posible hacerlo en la misma.

Esta norma concreta los derechos de audiencia y defensa con los cuales cuentan las partes en el procedimiento. De ahí la relevancia de incluir su texto exacto.

Si aún con la realización de la audiencia no se logra dejar el expediente listo para resolución final, y las diligencias pendientes así lo ameritan, el TAA podrá convocar a una nueva audiencia, según lo prescrito por el artículo 309 de la LGAP.

7. Finalización del procedimiento.

Una vez recibida la prueba y realizada la audiencia que se indicó, el TAA debe proceder a dictar el acto final del procedimiento, la resolución final, que disponga la imposición o no de las sanciones que el Tribunal es competente para ordenar. Respecto al tiempo que debe existir entre la audiencia y la resolución, la normativa aplicable es contradictoria. Por una parte, el artículo 18 del MPTAA dispone que el fallo se dictará en un plazo máximo de 15 días. Por su parte, el artículo 110 de la LOA señala que debe dictarse en un término

no mayor de 30 días, y solo en casos especiales podrá extenderse hasta por 30 días más. A nuestro criterio debe prevalecer lo dispuesto en la ley, tanto por razones de jerarquía normativa, como de oportunidad. Los asuntos sometidos al conocimiento del TAA en su gran mayoría implican asuntos técnicos complejos, por lo que el plazo de un mes parece razonable. Sobre todo si tenemos en cuenta la posibilidad de imponer medidas cautelares que impidan la continuación o nuevo acaecimiento de las conductas infractoras.

Para el dictado de la resolución final, y según el artículo 298. 2 de la LGAP, los miembros del TAA deben valorar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Las deliberaciones deben ser privadas, y las decisiones se tomarán por mayoría simple (artículo 4 del MPTAA). La resolución debe ser firmada por todos miembros del Tribunal, aún cuando exista voto salvado. (artículo 5 del MPTAA). En ella se pueden imponer las sanciones descritas en el citado artículo 99 de la LOA, dentro de cuyos incisos se incluyen las medidas cautelares, como se indicó anteriormente. Esta resolución debe contemplar todos los elementos inherentes a los actos administrativos, entre ellos el motivo, contenido y fin del mismo, en los términos que la ley lo ordena. Tal como establece el artículo 111 de la LOA, en su inciso b), las resoluciones del TAA son irrecurribles y dan por agotada la vía administrativa.

SECCION III.

Acuerdos conciliatorios **en el Tribunal Ambiental Administrativo**

A.) RESOLUCION ALTERNA DE CONFLICTOS.

1. De la intervención estatal a la conciliación en el TAA.

Ante la producción de cualquier daño ambiental se hace imprescindible intervención del Estado. Sus fines le comprometen a preservar y conservar los elementos que conforman al medio, y le compelen a promover su uso sostenible, para lo cual cuenta con la necesaria potestad de imponer las consecuencias jurídicas que la contravención a estos objetivos amerite.

Este *ius puniendi*, como toda potestad estatal, se sujeta al principio de legalidad. Es la ley creada por el parlamento la que debe establecer los alcances esenciales de los poderes estatales, en contraposición a la autonomía de la voluntad que prevalece en el ámbito privado. Este régimen de legalidad en colaboración con normas reglamentarias, que funciona como una suerte de mandato, debe ser acatado por el TAA en el ejercicio de su potestad sancionadora. No solo tiene el derecho de sancionar, sino la obligación de hacerlo.

Recientemente se ha dado un creciente auge de los métodos de resolución alterna de conflictos (RAC). Estos mecanismos muestran una variedad de manifestaciones, coincidentes en que las partes asumen un papel activo y dispositivo para construir la solución de sus disputas. Entre otras posibilidades, puede ocurrir que el tercero que fungía como juzgador se abstenga de conocer la controversia, y sean los disputantes quienes convengan en la solución, con opción de contar con un tercero neutral que sugiera o guíe la negociación.

Bajo esas circunstancias cabe preguntarnos ¿es acorde con la naturaleza jurídica del TAA ceder a las partes la resolución del conflicto? ¿Bajo qué términos efectivamente se da y en cuáles se debe dar esto?

Con el propósito de obtener una respuesta se tratarán a continuación los métodos de resolución alterna de conflictos en su teoría general, particularmente la conciliación.¹²⁷ Luego se ensayará su adaptación al Derecho Administrativo, con el propósito de reconocer en qué forma se modifica su

¹²⁷ Este concepto será adaptado para efectos del trabajo, con el propósito de incluir en el la mediación y facilitación.

naturaleza al incorporarse al régimen de Derecho Público, y finalmente su aplicación en el Derecho Ambiental, que a su vez le imprime rasgos particulares derivados de los bienes jurídicos de que se trata.

2. Métodos de resolución alternativa de conflictos.

Según RODAS su historia reciente "se remonta a 350 años, esto es, a 1636 cuando los puritanos de Dedham, una comunidad local del sudeste de Boston, previó en su carta constitutiva un sistema informal de solución de conflictos."¹²⁸ Asimismo, es sabido que Voltaire promovía la conciliación ante tribunales conciliadores, sin la presencia de abogados, con el objeto de que las partes lograran solucionar sus controversias.¹²⁹ Incluso en la cultura indígena se pueden encontrar formas diversas de solucionar conflictos. En Venezuela los indígenas Ye'kuana, por ejemplo, han utilizado tradicionalmente el "círculo de rumor".¹³⁰ Sin embargo, ha sido en años recientes cuando los métodos RAC han adquirido mayor fuerza y popularidad.

El renovado surgimiento de estos mecanismos ha traído consigo un cambio de paradigma sobre la forma de tratar los conflictos. Usualmente se tiene hacia ellos un enfoque negativo, que les concibe como competencia, antagonismo o enfrentamiento. Esto incluye lo que se conoce como la escalada de conflicto, que no es otra cosa que el continuo ataque y creciente contra ataque, hasta alcanzar niveles de violencia física o psicológica. En muchos

¹²⁸ RODAS, Julio. La conciliación y los conflictos ambientales en Justicia Ambiental. Las acciones ambientales para la defensa del medio ambiente. Universidad Externado de Colombia, 2001. p.101.

¹²⁹ Ver ALVAREZ DESANTI, Arnoldo. Principios generales sobre la conciliación. En Memoria del I Congreso del Comité Americano de Derecho Agrario, celebrado en San José y Liberia, Costa Rica, del 19 al 23 de mayo de 1997. Primera Edición. Editorial Guayacán. 1998. p.362.

¹³⁰ Ver ARAUJO GALLEGOS, Ana Margarita. Negociación, mediación y conciliación. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica, 2002.p.27.

casos la meta no es resolver el problema sino doblegar al adversario. Otra actitud perjudicial es la evasión o solución temporal o inefectiva del conflicto. Así se pretende que el problema ha desaparecido, ignorando su realidad, sus verdaderas raíces. Tarde o temprano tendrá que reaparecer, y se enfrentará de nuevo la dificultad. A pesar de ello los mecanismos RAC promueven un enfoque positivo del conflicto. Según esta posición se le debe considerar como algo natural en el ser humano, como una circunstancia que le es inherente. Las fuerzas encontradas deben dirigirse y canalizarse a la transformación social. Más bien se deben concebir como una oportunidad de solucionar un problema y dar paso a una desescalada de conflicto.¹³¹

Partiendo de estos enfoques algunos investigadores han clasificado las formas de resolver conflictos entre los que implican¹³²:

- **Competencia.** Se establecen modelos de ganar perder.
- **Cooperación.** La contienda es contra el problema y se obtienen, como resultado, dos ganadores.

Por otro lado, respecto a los sujetos participantes, se acostumbra clasificar la forma de resolver los conflictos en los que representan:

- **Heterocomposición:** cuando se delega la solución del problema a un tercero.
- **Autocomposición:** cuando las mismas partes deciden la solución al problema.

¹³¹ Ver PATIÑO CRUZ Alejandra y otra. Acuerdos de conciliación y mediación: evolución, naturaleza jurídica y evolución. Tesis de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. 2001. p.13 y ss.

¹³² Ver ARAUJO GALLEGOS, Ana Margarita. Ob.cit.p.20.

Estas características se manifiestan en todos los métodos de resolución alterna de conflictos, que se describirán brevemente a continuación.

Arbitraje:

A través del arbitraje las partes en conflicto eligen a una o varias personas, a quienes se conoce como árbitros, con el propósito de que solucionen la disputa con una decisión final obligatoria, que se conoce como laudo arbitral. En nuestro país el derecho a recurrir al arbitraje tiene rango constitucional. El artículo 43 de la Constitución Política señala expresamente:

Artículo 43. Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente.

Este método es similar a un proceso judicial, donde es un juez quien resuelve la disputa mediante el dictado de la sentencia. La principal diferencia está en que la decisión sobre el conflicto sale de la institucionalidad estatal, para que sea una tercera parte, que bien puede ser escogida directamente y al efecto por las partes, la que de la resolución final.

Partiendo de los criterios con que el o los árbitros vayan a tomar su decisión, el arbitraje tiene dos manifestaciones: arbitraje de derecho y arbitraje de equidad. Mediante el primero, el conflicto será resuelto de conformidad con las normas establecidas por las partes o la normativa aplicable regularmente en la materia específica. En el segundo caso la resolución se fundamentará en

criterios de justicia y equidad, aplicados según el buen saber y entender de los decisores.

Por otra parte, el arbitraje puede ser ad-hoc, cuando es conformado particularmente para la controversia cuyo conocimiento se le somete, es decir, cuando se constituye como tal *al efecto*. También puede ser un arbitraje institucional, cuando la resolución del asunto se confiere a un árbitro o tribunal que formen parte de un centro dedicado regularmente a la aplicación de métodos RAC.

En nuestro país, y a nivel de derecho interno, el arbitraje se encuentra regulado principalmente en los artículos 18 de la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos, Número 7727 de 9 de diciembre de 1997 (Ley RAC), y 27 de la LGAP. Es importante citar en forma íntegra estos numerales, dada su trascendencia para el tema que ocupa al presente trabajo:

Artículo 18.- Arbitraje de controversias. Cuando las partes hayan convenido por escrito que las controversias relacionadas con su contrato o relación jurídica se sometan a arbitraje, tales controversias se resolverán de conformidad con la presente ley, sin perjuicio de lo que las partes acuerden por escrito, siempre y cuando no se oponga a las disposiciones prohibitivas o imperativas de esta ley.

Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derechos respecto

de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes. Todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3) del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública.

Artículo 27.-

1. Corresponderá a los Ministros conjuntamente con el Presidente de la República las atribuciones que les señala la Constitución y las leyes, y dirigir y coordinar la Administración, tanto central como, en su caso, descentralizada, del respectivo ramo.
2. Corresponderá a ambos también apartarse de los dictámenes vinculantes para el Poder Ejecutivo.
3. Corresponderá a ambos, además transar y comprometer en árbitros los asuntos del ramo.

Además existen otros cuerpos legales con disposiciones particulares relativas al arbitraje en el sector público, como lo son el artículo 61 de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 4 de la Ley de Concesión de Obra Pública.

Como pudimos ver, se trata de un mecanismo de competencia, en el que resulta generalmente una parte vencedora y otra perdedora. Se trata además

de una forma de heterocomposición, aunque sean las partes quienes escogen al tercero interviniente.

Negociación:

La explicación de las generalidades este método no ofrece mayor complicación. Las partes en contienda buscan a través de la misma una solución que satisfaga sus intereses por medio del diálogo directo. Esto significa que se trata de un mecanismo de autocomposición y cooperación. En la Ley RAC se hace referencia a este instituto, al cual es aplicable el artículo 3:

Artículo 3. Convenios para solucionar conflictos. El acuerdo que solucione un conflicto entre particulares puede tener lugar en cualquier momento, aún cuando haya proceso judicial pendiente.

Incluso en el caso de que se haya dictado sentencia en el proceso y esta se encuentre firme, los particulares pueden arreglar sus intereses en conflicto por medio de convenios celebrados libremente.

La transacción podría tenerse como una forma de negociación. La Sala Segunda, en su resolución 2000-825 de las diez horas del trece de setiembre del año dos mil la define como:

“un modo de finalización ” anormal ” de los conflictos jurisdiccionales, que tiene la misma eficacia y autoridad de la cosa juzgada y que puede ser pre – procesal o

judicial (ordinales 219 del Código Procesal Civil, 1385 y 1367 del Civil). Para lo que aquí interesa, la primera se configura como un típico contrato, cuya finalidad es, justamente, extinguir obligaciones litigiosas o dudosas y evitar el surgimiento del juicio.”

Asimismo, respecto a la Administración Pública se encuentra regulada en el artículo 27 de la LGAP que se citó.

Mediación y conciliación.

Estos dos métodos son muy similares. Son precisamente formas de solución de conflictos en que las partes buscan un acuerdo, bajo su control y decisión pero con la colaboración de un tercero imparcial. Al tratar la conciliación señala RODAS que:

"al conciliador no se le entrega la resolución del conflicto como en el arbitraje, su tarea es más imparcial y cualificada como es facilitar, procurar o inducir mediante la proposición de fórmulas equitativas a la autocomposición de la *litis* por las partes involucradas." ¹³³

Se ha tendido a sostener tradicionalmente que en la conciliación el tercero neutral es más activo, pues hace sugerencias y ofrece posibilidades a las

¹³³ RODAS, Julio. Ob.cit. p.104.

partes, mientras que en la mediación su papel es pasivo. Sin embargo, dentro de la flexibilidad inherente a ambos procesos esta distinción no tiene un sustento sólido, tal como señala ARAUJO:

“En realidad esta diferencia no tiene mucho sentido dado que es al tercero neutral a quien le corresponde, de acuerdo con la naturaleza del conflicto, la forma de ser de las partes y los elementos culturales y de idiosincracia, ir midiendo su participación en el proceso.”¹³⁴

En nuestro país estos institutos se encuentran expresamente regulados en la Ley RAC, cuya redacción respalda lo que se viene exponiendo:

Artículo 2. Solución de diferencias patrimoniales. Toda persona tiene derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación el arbitraje y otras técnicas, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible.

Artículo 4. Aplicación del principios y reglas. Los principios y reglas establecidas para la conciliación judicial o extrajudicial se aplicarán, igualmente, a la mediación judicial o extrajudicial.

¹³⁴ ARAUJO GALLEGOS, Ana Margarita. Ob cit. p.100.

Artículo 5. Libertad para mediación y conciliación. La mediación y la conciliación extrajudiciales podrán ser practicadas libremente por los particulares, con las limitaciones que establece la presente ley.

Las partes tienen el derecho de elegir con libertad y de mutuo acuerdo a las personas que fungirán como mediadores o conciliadores.

Por tanto al referirnos en adelante a “conciliación”, podrá entenderse también en el sentido de “mediación”.

En cuanto a la materia penal, la conciliación se encuentra regulada expresamente por el artículo 36 del Código Procesal Penal, Número 7594 del 28 de marzo del 1996:

Artículo 36.- Conciliación.

En las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada y los que admitan la suspensión condicional de la pena, procederá la conciliación entre víctima e imputado, en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio. También procederá en los asuntos por delitos sancionados, exclusivamente, con penas no privativas de libertad, siempre que concurran los demás requisitos exigidos por esta ley.

En esos casos, si las partes no lo han propuesto con anterioridad, en el momento procesal oportuno, el

tribunal procurará que manifiesten cuáles son las condiciones en que aceptarían conciliarse.

Para facilitar el acuerdo de las partes, el tribunal podrá solicitar el asesoramiento y el auxilio de personas o entidades especializadas para procurar acuerdos entre las partes en conflicto, o instar a los interesados para que designen un amigable componedor. Los conciliadores deberán guardar secreto sobre lo que conozcan en las deliberaciones y discusiones de las partes.

Cuando se produzca la conciliación, el tribunal homologará los acuerdos y declarará extinguida la acción penal. Sin embargo, la extinción de la acción penal tendrá efectos a partir del momento en que el imputado cumpla con todas las obligaciones contraídas. Para tal propósito podrá fijarse un plazo máximo de un año, durante el cual se suspende la prescripción de la acción penal.

Si el imputado no cumpliera, sin justa causa las obligaciones pactadas en la conciliación, el procedimiento continuará como si no se hubiere conciliado.

En caso de incumplimiento por causa justificada, las partes podrán prorrogar el plazo hasta por seis meses más. Si la víctima no aceptare prorrogar el plazo, o se extinguiera este sin que el imputado cumpla la obligación aún por justa causa, el proceso continuará su

marcha sin que puedan aplicarse de nuevo las normas sobre la conciliación.

El tribunal no aprobará la conciliación cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los que intervengan no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza.

No obstante lo dispuesto antes, en los delitos de carácter sexual, en los cometidos en perjuicio de menores de edad y en las agresiones domésticas, el tribunal no debe procurar la conciliación entre las partes ni debe convocar a una audiencia con ese propósito, salvo cuando lo soliciten en forma expresa la víctima o sus representantes legales.

Es claro que este artículo establece un marco estricto para la realización de la conciliación en sede penal. Dispone los tipos de delitos y el momento procesal en que procede la conciliación, así como las consecuencias del incumplimiento al acuerdo y alternativas frente al mismo. La disposición es claramente protectora de los interés público y de la víctima. Un elemento digno de destacar es el establecimiento de un momento procesal para llevar a cabo la conciliación. Esto da mayor orden, y evita el desperdicio de esfuerzos y recursos estatales. Ante materias delicadas las partes deben saber que la conciliación no solo representa un derecho, sino que implica responsabilidades, y debe tomarse seriamente. Esa línea lleva la normativa citada, y es evidente en que de darse un incumplimiento como el que el numeral 36 describe, el proceso proseguirá como si no se hubiera conciliado. En ese caso se demuestra

que la conciliación no significa el abandono de la potestad sancionadora, sino su ejercicio en una forma alterna.

De igual forma puede ser adoptado un acuerdo de conciliación con ocasión del plan reparador en la suspensión del procedimiento a prueba, de acuerdo con lo establecido por el artículo 25 del mismo Código Procesal Penal. Este mecanismo ha sido usado propiamente en materia ambiental.

Artículo 25.- Procedencia

Cuando proceda la suspensión condicional de la pena o en los asuntos por delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad, el imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba siempre que, durante los cinco años anteriores, no se haya beneficiado con esta medida o con la extinción de la acción penal por reparación del daño. Para tales efectos, el Registro Judicial llevará un archivo de los beneficiados. El plazo señalado se computará a partir de la firmeza de la resolución que declara la extinción de la acción penal.

La solicitud deberá contener un plan de reparación del daño causado por el delito, a satisfacción de la víctima de domicilio conocido, y un detalle de las condiciones que el imputado esta dispuesto a cumplir conforme al artículo siguiente. El plan podrá consistir en la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño causado o una

reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos. Si efectuada la petición aun no existe acusación, el Ministerio Público describirá el hecho que le imputa.

Para otorgar el beneficio, son condiciones indispensables que el imputado admita el hecho que se le atribuye y que la víctima manifieste su conformidad con la suspensión del proceso a prueba, En audiencia oral, el tribunal oirá sobre la solicitud al fiscal, a la víctima de domicilio conocido así como al imputado y resolverá de inmediato, salvo que difiera esta discusión para la audiencia preliminar.

La resolución fijará las condiciones conforme a las cuales se suspende el procedimiento o se rechaza la solicitud, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, según criterios de razonabilidad.

La suspensión del procedimiento podrá solicitarse en cualquier momento antes de acordarse la apertura a juicio, y no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los tribunales respectivos.

Si la solicitud del imputado no se admite o el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no podrá considerarse como una confesión.

Asimismo, el CPCA, que entrará en vigencia el 1º de enero del 2008, comprende un capítulo sobre conciliación en la vía contencioso administrativa. Particularmente el artículo 72, inciso 1) señala:

Artículo 72.-

1) La Administración Pública podrá conciliar sobre la conducta administrativa, su validez y sus efectos, con independencia de su naturaleza pública o privada.

(...)

En caso de que se logre solucionar la disputa, total o parcialmente, mediante acuerdo conciliatorio, éste deberá ser homologado por el mismo juez conciliador:

Artículo 76.-

Si las partes principales o sus representantes llegan a un acuerdo que ponga fin a la controversia, total o parcialmente, el juez conciliador, en un plazo máximo de ocho días hábiles, homologará el acuerdo conciliatorio, dando por terminado el proceso en lo conducente, siempre que lo acordado no sea contrario al ordenamiento jurídico, ni lesivo al interés público.

Este artículo establece dos criterios para que un acuerdo pueda ser homologado: que no sea contrario al ordenamiento jurídico y que no lesione el interés público. El primer criterio parece estar en contradicción con el artículo 72 del CPCA que se citó. La validez es la sujeción de la conducta o acto administrativo al ordenamiento jurídico. En consecuencia, no es posible conciliar sobre la validez de un acto –como indica el artículo 72- sin incluir en

la negociación la sujeción o no a la legalidad de alguno o bien todos sus elementos constitutivos. Este punto deberá ser aclarado jurisprudencialmente a partir del 2008.

Por otra parte, se establece además una etapa de conciliación previo al inicio del procedimiento administrativo a seguir en la Comisión Nacional del Consumidor. Al respecto el artículo 55 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Número 7472, indica:

Artículo 55.- Conciliación

Antes del inicio formal del procedimiento y cuando se trate de intereses puramente patrimoniales, la Unidad técnica de apoyo de la Comisión nacional del consumidor debe convocar a una audiencia de conciliación a las partes en conflicto. En casos extraordinarios y según se autorice en el Reglamento, las partes pueden realizar sus presentaciones por cualquier medio que lo permita.

En la audiencia de conciliación, el funcionario de la Unidad técnica de apoyo de la Comisión nacional del consumidor debe procurar avenir a las partes proponiéndoles un arreglo y sugiriéndoles la conveniencia de él.

En el acta correspondiente, que deben firmar las partes y el funcionario, se debe dejar constancia de todo acuerdo al que lleguen. En el mismo acto, el funcionario

debe aprobar el arreglo, salvo cuando sea contrario a la ley. Este arreglo tendrá la misma eficacia de la resolución de la Comisión para promover la competencia en los términos del artículo 61 de esta Ley, pero sin recurso ulterior.

De no lograrse un acuerdo durante la audiencia de conciliación o si las partes no se presentan a ella, se debe iniciar el procedimiento indicado en el artículo 53 de esta Ley.

De esta norma cabe recalcar, la eficacia conferida al acuerdo conforme a su naturaleza administrativa. Una vez aprobada la conciliación por el funcionario respectivo, se produce el agotamiento de la vía administrativa, sin posibilidad de interponer recurso administrativo alguno en su contra. Ello significa que sí pueden ser impugnados a nivel jurisdiccional, lo cual constituye una excepción a la generalidad de los acuerdos conciliatorios, a los que se les otorga la condición de cosa juzgada.

Facilitación. Conflictos Multipartes.

Puede darse el caso de conflictos en los que concurren más de dos partes, como es comúnmente. Estos son los conocidos como “Conflictos Multipartes”. Al haber más sujetos intervinientes lógicamente la solución puede volverse más compleja. Es común que los asuntos sean muy controvertidos.

El método utilizado generalmente para alcanzar soluciones alternativas en estas circunstancias es denominado “facilitación.” Mediante este este

mecanismo un sujeto “facilitador” interviene con el objeto de incentivar la participación, equilibrando las fuerzas, restringiendo los ataques, y encontrando consensos. Su papel es muy similar al del conciliador. Se encuentra al servicio del grupo, no de los intereses o perspectivas de alguno de los participantes. A pesar de la intervención del facilitador, este método es autocompositivo, pues éste solo hace sugerencias en el proceso, y no juzga los resultados finales o parciales del proceso. Su esfuerzo se debe enfocar sobre todo a unificar.

Como se indicó los conflictos de este perfil pueden volverse especialmente complicados. Al existir varias partes es probable que existan varios y distintos tipos de representantes de distintas naturalezas, como grupos de presión, autoridades gubernamentales, científicos, técnicos, abogados, etc. Ello hace que exista una enorme diversidad de intereses en juego. Incluso en muchos casos se encuentran de por medio los intereses de generaciones futuras, como en los casos de conflictos ambientales. También conlleva una gran desigualdad inter partes, en razón de su organización, capacidad y recursos. Generalmente la mejor forma de manejarlos es procurar que cada parte tenga un vocero autorizado.

En nuestro ordenamiento no existe normativa específica que regule este método de resolución alterna de conflictos. Sin embargo, por sus características es perfectamente posible aplicar la normativa referente a la conciliación, método con el que muestra una clara afinidad. Por ejemplo, en el caso de que las partes nombren voceros, la complejidad disminuye, y los límites con la conciliación son oscuros. En la realidad, la distinción entre conciliación y facilitación en conflictos multipartes puede reducirse a una cuestión

puramente terminológica, con mínimas nulas diferencias prácticas. Por ello, al referirnos en adelante a “conciliación” entenderemos también “facilitación”, además de la “mediación” como se indicó anteriormente.

Otros.

Es importante mencionar por último que existen otros métodos, tales como los híbridos arbitraje-mediación, mediación-arbitraje. Sin embargo determinar especificidad no es relevante para el propósito de este trabajo.

3. Conciliación.

Una vez dibujado someramente el panorama de los métodos más relevantes de resolución alternativa de conflictos, procederemos a precisar un poco más las características de la conciliación, tema del presente trabajo.

ALVAREZ DESANTI se refiere a conciliar como:

“componer, ajustar los ánimos de quienes están opuestos entre sí. Es una expectativa o posibilidad que le corresponde a las partes. Es el intercambio de puntos de vista entre pretensiones y propuestas de composición entre las partes que discrepan. Es un arreglo concertado entre los adversarios para evitar un pleito. Se intenta por la espontánea voluntad de éstos o con la participación de un tercero con carácter de pacificador,

quien interviene para tratar de componer las diferencias ya surgidas o que estén por surgir.”¹³⁵

Así es como se aplica en este instituto el principio de “justicia entre partes”, pues como señala ARAUJO en la mediación y conciliación:

“son ellas mismas quienes disponen lo justo o no, independientemente de los criterios de justicia que pueda tener el tercero neutral, no obstante, este (sic) debe velar, en todo momento, porque ambas partes cuenten con los recursos necesarios para que sus decisiones se encuentren bien fundamentadas.”¹³⁶

Esta forma de resolver conflictos presenta muchas ventajas, como la privacidad, y el ahorro de tiempo y dinero que de otra manera se hubiera perdido si se sometiera el conflicto a las vías de heterocomposición tradicionales.

Además de los atributos señalados, se pueden citar las siguientes características:

1. Voluntariedad. También llamado libertad de las partes, no obligatoriedad de concurrir. Esto no afecta el cumplimiento del acuerdo ya convenido.

¹³⁵ ALVAREZ DESANTI, Arnoldo. Principios generales sobre la conciliación. Ob.cit. pp.362 y 363.

¹³⁶ ARAUJO GALLEGOS, Ana Margarita. Ob.cit. p.105.

2. Consensualidad. La resolución final se encuentra en manos de las partes, y se toma por consenso.
3. Cosa Juzgada. El acuerdo tiene el efecto de una sentencia judicial.
4. Obligatoriedad del acuerdo. El acuerdo es obligatorio, no solo por ser cosa juzgada sino por su naturaleza contractual.
5. Imparcialidad del tercero. Es un deber del conciliador mantener una posición imparcial, de acuerdo con el artículo 13 inciso a) de la Ley RAC.
6. Confidencialidad, todos los intervinientes tienen la obligación de guardar secreto sobre lo que se diga en la audiencia. No se reciben pruebas y se registra en documentos lo menos posible, mediador toma notas que son destruidas al final.
7. Informalidad, buscando agilidad y ambiente de tranquilidad. El proceso tiene el rumbo que las partes le vayan dando.
8. Resolutivo. Se pretende la solución del conflicto.
9. Opera en cualquier momento del proceso judicial. Las partes pueden acudir a proceso conciliatorio hasta después de dictada sentencia.
10. Acento en el futuro, se busca mejorar relaciones de las partes, fortaleciendo la comunicación para un futuro conflicto, que se busca prevenir.
11. Protagonismo de las partes. Partes son dueñas del contenido del proceso, y son quienes controlan el procedimiento.
12. Contextualidad. Acuerdo ligado a la realidad y efectivo.

Por otra parte, la conciliación puede manifestarse en varios modelos, según la estructura subjetiva con que cuente. Puede conformarse por

-Partes y conciliador.¹³⁷

-Partes, conciliador y abogados.

-Comediación: dos mediadores y las partes.

-Panel de varios mediadores especialistas en distintas materias, las partes y/o abogados.

El papel del tercero imparcial en la conciliación es de enorme importancia. De su actuación depende en gran medida el éxito de la solución del conflicto. El tercero imparcial no debe imponer. Más bien debe proponer y conducir a soluciones. Requiere tener conocimientos sobre el fondo del problema, para poder explorar soluciones. Para ello debe informarse, interpelar a las partes, y en general facilitar la comunicación.

Se acostumbra que el conciliador o mediador de un “discurso inicial”, que se trata de una explicación a las partes sobre la forma y alcances del procedimiento. Una vez establecido este marco, las partes proceden a exponer sus posiciones. En este punto el tercero debe escuchar en forma activa, y repetir en sus propias palabras la posición de cada una. De esa forma puede “traducir” lo que la parte quiere decir realmente, aprovechando para eliminar las cargas emocionales y poniendo sobre la mesa planteamientos objetivos y asertivos. El conciliador sin duda debe ser hábil y frenar las escaladas de conflicto para mantener la situación bajo control.

En relación con la materia susceptible de ser objeto de conciliación, los criterios para delimitarla dependen de la normativa aplicable al caso.

¹³⁷ Como se precisó respecto a la facilitación, en esta estructura podría entenderse por “Partes” más de dos intervinientes.

Artículos 2, 4 y 5 de la Ley RAC.

Estos artículos señalan que se puede conciliar respecto a “diferencias patrimoniales de naturaleza disponible.” El elemento de patrimonialidad es claro, en principio. Se refiere a los bienes de la parte que concilia. Una parte puede llegar a acuerdos de este tipo en relación con dinero, inmuebles, muebles o semovientes. Sin embargo, si adoptamos un concepto de patrimonio más amplio nos veríamos obligados a incluir también los derechos del sujeto. Ello también parece procedente en principio. Sin embargo bienes o derechos deben ser de naturaleza disponible. Este concepto es más difícil de concretar. Podríamos partir de una perspectiva negativa, determinando lo que no es disponible.

Respecto la indisponibilidad de derechos, se considera que crea una “sustracción normativa de contenidos”¹³⁸ que imposibilita negociar con ellos. Se le ha definido como:

“aquella limitación a la autonomía individual por la que se impide a un sujeto, con legitimación y capacidad adecuadas, efectuar total o parcialmente actos de disposición sobre un derecho determinado”¹³⁹

¹³⁸ ALVAREZ, Eduardo. Autonomía Individua e Irrenunciabilidad en Derecho de Trabajo. Tomo XLVIII. 1950.p.902. Citado por PEREZ CASTILLO, Raymundo y otra. Análisis de la vigencia del principio de irrenunciabilidad de derechos del trabajador en relación con la conciliación judicial o extrajudicial como medios de resolución alterna de conflictos en el Derecho individual de trabajo costarricense. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. 2003.p.26.

¹³⁹ OJEDA AVILEZ, Antonio. La renuncia de Derechos del Trabajador. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. Segunda Edición. 1971.p.58. Citado por PEREZ CASTILLO, Raymundo y otra. Ob.cit.

Esto significa que su titular puede ejercer y gozar de tales derechos, pero no puede renunciar a ellos. Ejemplo de ellos pueden ser los derechos de la personalidad, los derechos electorales, la patria potestad, o las potestades de imperio en derecho público.

Igualmente es posible encontrar bienes indisponibles, respecto a los cuales existe impedimento para negociar. Ejemplos de ellos son los bienes demaniales, los inmuebles destinados a habitación familiar, o los relacionados con pensiones alimentarias.

Por lo anterior es que la disponibilidad se debe determinar en el caso concreto, observando la regulación específica que el ordenamiento disponga al respecto.

Artículo 36 del CPP

El régimen de conciliación en sede penal es bastante restrictivo y celoso de los intereses públicos. Lo delicado de la materia hace que ello sea imprescindible. Se abre la posibilidad de conciliar principalmente ante la poca gravedad de los delitos, la conveniencia para las víctimas o la reducida relevancia pública de los intereses afectados. En primer lugar se permite conciliar en faltas o contravenciones, dada la baja peligrosidad del delincuente que favorece sus posibilidades de permanecer y desempeñarse en libertad sin problema. En esos casos parece conveniente adoptar una solución que implique un compromiso de mantener la armonía y neutralizar la escalada del conflicto. Puede resultar más efectivo. Además se permite conciliar en delitos de acción privada, que corresponden a conductas típicas irrelevantes para los intereses

públicos. En esta categoría se encuentran principalmente los delitos contra el honor, que es un bien jurídico importante, pero de rango medio en la escala de prioridades públicas. Por ello se puede disponer. Es poca la preocupación que debe causar, en términos tanto de prevención general como especial, el hecho de que un sujeto responsable por injurias y calumnias permanezca impune. Situación ésta contraria a la de los delitos de acción pública a instancia privada, cuya gravedad es mayor. Ejemplo de éstos son las relaciones sexuales consentidas con una persona mayor de doce y menor de quince años. Sin embargo estos casos sí se posibilita la conciliación, pero por otro motivo: la conveniencia para la parte ofendida. Si a la misma se le da la disponibilidad para iniciar o no el proceso penal, con mayor razón se le debe dar la opción de una resolución alterna. Por último, es posible conciliar en delitos que admitan ejecución condicional de la pena, en los cuales las sanciones no son mayores a tres años de prisión, así como en aquellos ilícitos con penas no privativas de libertad, por lo que se apela nuevamente a la reducida peligrosidad del delincuente, y la irrelevancia pública de los ilícitos.

Art.72, inciso 1 del CPCA.

Este inciso es demasiado amplio como para poder hacer alguna precisión. Como se señaló anteriormente, posibilita conciliar sobre la validez -y por tanto la legalidad- de los actos administrativos, siempre que, de acuerdo con el artículo 76 del mismo CPCA, lo acordado no sea contrario al ordenamiento jurídico, ni lesivo al interés público. A nuestro criterio estos límites se deben aplicar estrictamente para la determinación de la materia conciliable.

Para finalizar es conveniente resaltar el hecho de que algunos acuerdos conciliatorios deban ser homologados. Este procedimiento funciona como una aprobación o visto bueno que da una autoridad estatal al acuerdo, garantizando que lo dispuesto en él es acorde con la ley y no viola normas de orden público. Este control de legalidad se establece ante la existencia de un interés que amerite protección con prevalencia sobre la libre disposición privada, y es una prueba de que ante la conciliación las autoridades sancionadoras no renuncian a su potestad. A ello nos referiremos adelante.

B.) CONCILIACION EN SEDE ADMINISTRATIVA

Las consideraciones hechas respecto a los métodos de resolución alterna de conflictos se refieren a los elementos y características que les son propias en términos generales. Estos rasgos, sin embargo, muestran algunos bemoles ante la intervención de la Administración Pública.

Los sujetos de derecho privado se rigen por el principio de autonomía de la voluntad. Este principio reconoce a los individuos los derechos subjetivos de libertad o libertades públicas que ostentan, lo cual se ha consolidado con el advenimiento del Estado de Derecho como hoy lo conocemos. Así ha sido posible garantizar a los particulares la libertad de conducir su conducta según su mejor criterio, siempre y cuando no esté prohibido por el ordenamiento jurídico. Este es ciertamente el enfoque de la regulación de las libertades públicas: el ciudadano tiene derecho a realizar cualquier conducta, siempre y cuando no haya una norma que la prescriba como ilícita.

Por el contrario la Administración se encuentra en circunstancias diferentes. El pueblo soberano es el que decide a través de los mecanismos democráticos la forma en que será gobernado. Esto se traduce en leyes, que desarrolladas y complementadas con normas de rango inferior establecen y delimitan las posibilidades de acción de la Administración. Es así como, en forma opuesta al derecho privado, la Administración puede actuar siempre que exista una norma que así lo posibilite, y en la forma que la misma lo señale, con la posibilidad muy limitada de realizar actuación discrecional. Todo el actuar administrativo parte de este principio fundamental contenido en los numerales 11 de la Constitución Política y 11 de la LGAP, que respectivamente señalan:

Artículo 11.

Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública.

Artículo 11.-

1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice

dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa.

Este es el régimen del principio de legalidad, el cual hace que la resolución alterna de conflictos en que participe la Administración tome un cariz diferente. Los sujetos de derecho privado tienen la posibilidad de conciliar, siempre que no haya norma que lo prohíba, mientras que la Administración debe estar autorizada en los términos que se expuso. Sin embargo la aplicación de este planteamiento no es tan simple, por lo que debemos desarrollar algunas precisiones. Principalmente respecto a la autorización que debe existir en derecho público para poder recurrir al instituto de la conciliación.

1. La discrecionalidad administrativa.

Si bien la Administración debe actuar bajo autorización legal, siempre existirán circunstancias en el desarrollo concreto de sus funciones que no estarán reguladas. Es impensable considerar que para todas y hasta las más irrelevantes actividades administrativas deba existir un reglamento o norma que describa minuciosamente, paso a paso, cómo debe operar el funcionario público. Por ello, frente a estas potestades regladas, que expresan el principio de legalidad en su forma pura, existen también la potestades discrecionales de

la Administración, a cuya relación GARCIA DE ENTERRIA se refiere de la siguiente forma:

"El ejercicio de las potestades regladas reduce a la Administración a la constatación (ascertainment, en el expresivo concepto italiano) del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente. Hay un proceso aplicativo de la Ley que no deja resquicio a juicio subjetivo ninguno, salvo a la constatación o verificación del supuesto mismo para contrastarlo con el tipo legal. La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo (...)

Por diferencia de esa manera de actuar, el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración comporta un elemento sustancial diferente: La inclusión en el proceso aplicativo de la Ley una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular. **Ha de notarse, sin embargo, que esa estimación subjetiva no es una**

facultad extra-legal, que surja de un supuesto poder originario de la Administración, anterior o marginal al Derecho; es, por el contrario, una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la Ley que ha configurado la potestad y que se la ha atribuido a la Administración justamente con ese carácter.

(...) No hay, pues, discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto." ¹⁴⁰ (el subrayado y remarcado no son del original)

En coincidencia con GARCIA DE ENTERRIA se ha expresado la jurisprudencia nacional, mediante la resolución número 19-F-97 de las 14:40 del 2 de abril de 1997, emitida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:

"La discrecionalidad es esencialmente la libertad de elección que tiene la Administración, de escoger entre una pluralidad de alternativas, todas igualmente justas, según su propia iniciativa, por no estar la solución concreta dentro de la norma. Esta libertad de la Administración no es arbitraria, su existencia tiene su fundamento en la Ley y su ejercicio está delimitado en ésta."

¹⁴⁰ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Ob. Cit. pág. 268.

Es así como la necesidad de valorar las circunstancias concretas y de estimar la oportunidad y conveniencia del actuar administrativo en casos determinados es muchas veces imprescindible, lo que hace necesario aplicar la técnica del apoderamiento discrecional.

Se debe mencionar que el tema de la discrecionalidad es delicado, pues no puede considerarse como una posibilidad de actuación irrestricta o arbitraria. No debe entenderse como una autorización para decidir caprichosamente; siempre el sentido de toda actividad discrecional ha de ser la búsqueda de la alternativa que mejor satisfaga el interés público. Por ello se considera que debe mantener un componente reglado que guíe su aplicación. Al efecto SANTAMARIA PASTOR sostiene que:

"El tratamiento jurídico de la discrecionalidad ha de ser elaborado con un exquisito equilibrio. Equilibrio conceptual, en primer término, en cuanto que los conceptos de potestad reglada y potestad discrecional son eminentemente relativos: ninguna potestad discrecional es enteramente reglada, ni enteramente discrecional. (...) Y equilibrio valorativo, sobre todo que evite un planteamiento maniqueo en el que lo reglado constituya un óptimo, y lo discrecional aparezca como la encarnación del mal absoluto." ¹⁴¹

Este mismo tratadista se ha encargado de señalar cuáles elementos son los que deben ser siempre reglados en toda potestad. Ellos se mencionarán a

¹⁴¹ SANTAMARIA PASTOR Juan Alfonso. Ob.cit. p.887.

continuación haciendo un breve cotejo con los requisitos de validez que nuestro ordenamiento exige en el acto administrativo, el cual a fin de cuentas es la manifestación concreta de toda potestad:

El hecho de su existencia misma, es decir, la creación de la potestad.

Nuestra LGAP es acorde a ello, tal como lo evidencia su artículo 11.2, que para la validez del acto administrativo indica que éste:

“deberá dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia.”

Por ello es necesario que normativamente sea otorgada la competencia al respectivo órgano.¹⁴² La potestad sancionadora, de acuerdo con los artículos 19 y 59 de la LGAP, deberá ser otorgada por norma de rango legal, en tanto su influencia alcanza el ámbito de los derechos constitucionales y atribuye potestades de imperio.

El supuesto fáctico que legitima su empleo.

Este tiene un tratamiento diferente por nuestro ordenamiento. Si bien el artículo 133.1 de la LGAP establece que el motivo del acto “deberá ser legítimo y existir tal como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto.”, el punto 2

¹⁴² Es necesario hacer una salvedad respecto a la situación extraordinaria del funcionario de hecho, regulado en los artículos 115 y siguientes de la LGAP.

siguiente contempla la posibilidad de que no esté regulado, o lo esté parcialmente. No obstante, hablando propiamente de la potestad administrativa sancionadora nuestro el supuesto fáctico debe ser reglado, pues precisamente constituye la descripción de la conducta estimada como infracción por el ordenamiento. El propio principio de legalidad, manifestado como una garantía material, obliga a que esta conducta sea delimitada por una *lex certa*. (Esto sin perjuicio del complemento reglamentario, propio de la reserva de ley relativa, y coincidente con el principio de juricidad.) Es evidente que lo contrario abriría enormes posibilidades a la arbitrariedad. Con ello concuerda JIMENEZ MEZA, según se citó anteriormente, quien sostiene que en este campo el método de la analogía y la discrecionalidad no pueden tener lugar.

La competencia del órgano que la ejerce.

Este punto se encuentra comprendido dentro de la la creación de la potestad, por lo que no interesa ulterior comentario.

El fin de la potestad.

Con ello concuerda parcialmente nuestra LGAP, al señalar en su artículo 131.2 que:

“Los fines principales del acto serán fijados por el ordenamiento; sin embargo, la ausencia de ley que indique los fines principales no creará discrecionalidad del administrador al respecto y el juez deberá

determinarlos con vista de los otros elementos del acto y del resto del ordenamiento.”

A pesar de ello contempla la posibilidad de que no haya ley que los regule. Sin embargo consideramos que por su íntima relación con la competencia material efectivamente debe estar contemplado al tratarse de la potestad sancionadora.

Como vemos, el contenido de un acto administrativo si puede ser discrecional. Tal como señala el artículo 132 de la LGAP señala:

Artículo 132.-

1. El contenido deberá de ser lícito, posible, claro y preciso y abarcar todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo, aunque no hayan sido debatidas por las partes interesadas.
2. Deberá ser además proporcionado al fin legal y correspondiente al motivo, cuando ambos se hallen regulados
3. Cuando el motivo no esté regulado el contenido deberá estarlo, aunque sea en forma imprecisa.
4. 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, éstos últimos sean legalmente compatibles con la parte reglada del mismo.

El único impedimento para que el contenido sea discrecional es que el motivo no esté regulado, que no es el caso de la potestad administrativa sancionadora, siempre que el establecimiento a nivel normativo de la conducta que configura una infracción es necesario. Incluso el mismo inciso 4 del artículo citado contempla la existencia de discrecionalidad.

Adicionalmente a lo expuesto sobre este instituto, SANTAMARIA PASTOR menciona dos características que es importante considerar:

La discrecionalidad es el resultado de una acción deliberada del legislador.

Esto es aceptable bajo el supuesto de una buena técnica legislativa. GARRIDO FALLA¹⁴³ sostiene en forma concordante que existe precisamente discrecionalidad cuando de la estructura lógica de la norma se desprenda una posibilidad de elección administrativa, es decir, se desprenda que el legislador ha querido atribuir discrecionalidad.

La discrecionalidad crea un ámbito de indiferencia jurídica, que es de carácter relativo pues debe sujetarse a los principios generales del Derecho y a los principios constitucionales.

¹⁴³ Ver GARRIDO FALLA, Fernando. Ob.cit. 262

Nos encontramos de acuerdo con este planteamiento, precisando la necesidad de que al manifestarse como acto administrativo la discrecionalidad se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, que es un concepto más amplio, según lo establece el artículo 128 de la LGAP como requisito de validez.

Para delimitar adecuadamente la discrecionalidad, es importante además distinguirla de los conceptos jurídicos indeterminados:

"Si lo propio de todo concepto jurídico indeterminado, en cualquier sector del ordenamiento, es que su aplicación solo permite una única solución justa, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho."¹⁴⁴

En contraposición a los conceptos jurídicos indeterminados, ante la discrecionalidad es posible tener múltiples posibilidades de acción, y todas legales. Tan ajustado al ordenamiento podría ser en determinadas circunstancias aplicar una sanción por una infracción administrativa, como homologar un acuerdo conciliatorio que resulte beneficioso para las partes y sobre todo para el interés público.

¹⁴⁴ GARCIA ENTERRIA, Eduardo. Ob.cit. p.386.

Ahora bien, como se mencionó la discrecionalidad no es un ámbito de libertad para la Administración. Por ello es imprescindible señalar los límites que regulan su ejercicio en el ordenamiento jurídico nacional, como son entre otros los establecidos en los artículos 15, 16, 17, 160 y 216 inciso 1 de la LGAP. Estas restricciones contienen conceptos sujetos a las más variadas interpretaciones y aplicaciones, como son por ejemplo los “principios elementales de justicia”. Sin embargo son guías que impiden desvíos crasos respecto a la línea que debe llevar la actividad administrativa.

Artículo 15.-

1. 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.
2. El Juez ejercerá contralor de legalidad sobre los aspectos reglados del acto discrecional y sobre la observancia de sus límites.

Este artículo nos deja ver cómo, a pesar de la indiferencia jurídica que el legislador se supone permitió en forma voluntaria, las actuaciones discrecionales deben sujetarse al ordenamiento, lo cual incluye principios constitucionales como los de razonabilidad, igualdad o proporcionalidad. En el mismo sentido, y respecto al procedimiento administrativo, el artículo 216 inciso 1 del mismo cuerpo legal dispone:

Artículo 216.-

1. La Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del procedimiento con estricto apego al ordenamiento y, en caso de las actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquél.

(...)

Por su parte el artículo 16 de la LGAP reza:

Artículo 16.-

1. En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.
2. El Juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad.

Los conceptos contenidos en este artículo son una herramienta de enorme importancia para valorar la sujeción del acto discrecional al cumplimiento de los fines públicos que lo deben sustentar. Sobre todo en materia ambiental, y en relación con el denominado carácter de sustrato técnico meta jurídico y de multidisciplinariedad que el Derecho Ambiental promueve, pues en gran medida redundan en el tratamiento de aspectos metajurídicos.

Artículo 17.-

La discrecionalidad estará limitada por los derechos del particular frente a ella, salvo texto legal en contrario.

Esta disposición restringe las posibilidades de decisión discrecional de la Administración frente al administrado. Ante el posible ejercicio de la discrecionalidad, el derecho de los particulares deberá ser respetado.

2. La opción de la conciliación como parte de la discrecionalidad administrativa.

En una conciliación, la Administración puede encontrarse en tres posiciones: 1) Como autoridad sancionadora competente respecto a asuntos en los cuales se lleva a cabo una conciliación, ya sea que funja o no como tercero neutral o conciliador. 2) como conciliador o tercero neutral en asuntos que no tienen ligamen alguno con su potestad sancionadora, simplemente como promotora de la paz social y la armonía; y 3) Como parte. A continuación nos referiremos por separado a estas posibles posiciones, sobre todo a la primera y tercera, que son las directamente relacionadas con el tema de la presente investigación.

2.1. Administración como autoridad sancionadora competente respecto a asuntos en los cuales se lleva a cabo una conciliación.

El primer punto que se debe aclarar es que en este supuesto la Administración no renuncia a la potestad sancionadora. Si se somete a su competencia el conocimiento de un ilícito y el procedimiento resulta en una conciliación, no es posible considerar que la Administración esté aplicando el

Principio de oportunidad o el ejercicio facultativo de su actividad sancionadora. Como mencionamos antes, tales posibilidades se materializan cuando la Administración decide discrecionalmente no iniciar un procedimiento sancionador, o bien no continuar un procedimiento en curso, por considerar que no es oportuna la sanción. Esto se daría en un ejemplo como el siguiente. Un oficial de tránsito encuentra un vehículo parqueado en una zona no permitida, y en ese mismo momento ve a un conductor irrespetar la luz roja del semáforo avanzando a gran velocidad. En esas circunstancias el oficial decide no iniciar el procedimiento sancionador por el aparcamiento ilícito, en aplicación de un principio de oportunidad, y se dispone a perseguir al automóvil que ignoró la señal de alto. Otro ejemplo (que en nuestro país es de cuestionable aplicación) podría tener lugar ante la desestimación de un procedimiento sancionador ya iniciado por haber escasa culpabilidad de parte del infractor y no estar en juego intereses públicos importantes.¹⁴⁵ En ambos casos no habría consecuencias jurídicas para los beneficiados. Simplemente la autoridad considera que las infracciones no ameritan la operación del aparato administrativo, por ser ello inoportuno o inconveniente. Por el contrario en una conciliación el procedimiento sí da resultado, establece consecuencias para el infractor, que de aplicarse el principio de oportunidad no se darían. La potestad sancionadora no deja de ser ejercida por el hecho de que el conflicto sometido a su concimiento sea objeto de una forma de resolución alterna, pues no se da una renuncia al conocimiento del asunto. Más bien, se ejerce en una forma alternativa, aceptando de conformidad con el ordenamiento, que las partes tomen un papel activo en la finalización de la controversia y tengan la posibilidad de dimensionar las consecuencias del ilícito de un modo que

¹⁴⁵ Ver al efecto NIETO GARCIA, Alejandro. Ob.cit.p.143. Este es una de las justificaciones que dicho autor señala como excepción a la persecución, a través de la figura de la discrecionalidad vinculada. En nuestro país esta figura es de dudosa aplicación a nivel administrativo sancionador.

satisfaga sus intereses y principalmente el interés público, tanto en el caso de que sea la propia autoridad sancionadora el tercero imparcial, como si lo es un algún otro sujeto.

No obstante lo anterior, la conciliación sí mantiene un punto en común con el Principio de oportunidad o el ejercicio facultativo de la actividad sancionadora: la discrecionalidad. Esta forma de resolución de conflictos dentro de un procedimiento administrativo sancionador debe surgir como una opción de actuar lícitamente frente a la propia imposición de la sanción a que da lugar la infracción que se conoce.

Es importante tener en cuenta que de acuerdo con nuestro ordenamiento la Administración se encuentra obligada a cumplir con las potestades que se le han conferido¹⁴⁶, como lo establece la LGAP:

Artículo 66.-

1. Las potestades de imperio y su ejercicio, los deberes públicos y su cumplimiento, serán irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles.
2. Sólo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercer una potestad de imperio. Dicho compromiso sólo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral y oneroso.

¹⁴⁶ Esto sin perjuicio de las precisiones mencionadas sobre la aplicación real de esta obligación, en relación con el principio de oportunidad o ejercicio facultativo.

3. El ejercicio de las potestades en casos concretos podrá estar expresamente sujeto a caducidad, en virtud de otras leyes.

¿Entonces como armonizamos la discrecionalidad para admitir la conciliación frente a un mandato de sancionar y una prohibición a renunciar a dicha potestad establecidos con carácter legal?

Como señalamos, el hecho de que una autoridad sancionadora admita que el procedimiento bajo su conocimiento se resuelva por una conciliación no significa por si mismo una renuncia a la potestad, desde luego siempre que ese método se encuentre dentro de las alternativas lícitas con que cuenta la autoridad para su ejercicio. En consecuencia, si la atribución legal de la potestad sancionadora obliga a la Administración expresa y únicamente a conocer los hechos constitutivos de infracción e imponer las respectivas sanciones, debe existir una norma del mismo rango que permita la posibilidad de adoptar un acuerdo conciliatorio y resolver el caso de una forma alternativa. Tal mandato legal de sancionar cuando así proceda es ciertamente una norma que establece una competencia sancionadora, y por lo tanto le es aplicable el artículo 59.1 de la LGAP:

Artículo 59.-

1. La competencia será regulada por ley siempre que contenga la atribución de potestades de imperio.

(...)

Esta disposición conlleva la imposibilidad de modificar o exceptuar esa competencia material de sancionar en protección de los intereses públicos, incluyendo su ejercicio alternativo al aceptar una conciliación, si no es por una norma de rango legal. Si no hay una ley que permita a la autoridad sancionadora la adopción de un acuerdo conciliatorio, ésta no tiene otra vía que conocer los hechos, determinar si constituyen ilícitos y de ser así imponer las consecuencias respectivas al infractor. La potestad sancionadora no puede ser aplicada en una forma diferente a la establecida por el ordenamiento, sin que ello implique invalidez.

Ahora bien, ciertamente existen disposiciones legales que podrían abrir espacio a la discrecionalidad administrativa posibilitando la adopción de acuerdos conciliatorios.¹⁴⁷ Algunas de ellas son las siguientes:

Artículos 2, 3 y 5 de la Ley RAC.

En primer lugar, estas disposiciones se encuentran dirigidas principalmente a sujetos de derecho privado. Como se ha podido notar hablan de “Toda persona” y de “particulares”, lo cual hace forzada su aplicación a la Administración Pública. En segundo lugar, tal carácter general y laxo les impide abrir un espacio a la discrecionalidad administrativa. Sin duda alguna es necesaria una mayor precisión para poder permitir a las autoridades sancionadoras dar lugar a la conciliación, considerando que es una potestad de imperio la que se está modificando. Dichos numerales están dirigidos a las partes contendientes. En ellos se permite a los disputantes a conciliar, no se autoriza a ninguna autoridad sancionadora para que de lugar a conciliación en

¹⁴⁷ Algunas efectivamente han sido aplicadas y se aplican en la actualidad con ese fin.

los asuntos en que se encuentra compelida a conocer, juzgar, y de ser el caso sancionar. Es en tal sentido que el artículo 2 permite a toda persona recurrir a tales métodos “para solucionar sus diferencias”, y es un hecho indiscutible que la autoridad sancionadora no tiene ninguna diferencia, tiene un mandato legal. Ello se refleja en que los acuerdos allí regulados deben versar sobre materia disponible, lo cual no puede predicarse sin duda alguna de la potestad sancionadora administrativa en protección de intereses públicos. La única forma de eximir a la Administración de sancionar y permitir una conciliación, sería un mandato expreso que condicione su competencia. En consecuencia, estos artículos son insuficientes para abrir alternativas a la Administración frente a su mandato punitivo compelido por la ley en forma expresa.

Artículos 18 de la Ley RAC y 27 inciso 3 de la LGAP.

Estas disposiciones se encuentran clara y expresamente destinadas a regular los métodos del arbitraje y la transacción, de los que uno tiene carácter heterocompositivo y de competencia, y el otro tiene lugar ante conflictos jurisdiccionales, situaciones ajenas a la conciliación en sede administrativa. Esto podría considerarse un motivo suficiente para descartar su aplicación como fundamento para permitir la discrecionalidad en procedimientos administrativos sancionadores. Sin embargo hay criterios que defienden su aplicación analógica a la conciliación. Por ejemplo el de la Procuraduría General de la República, expresado en su dictamen número C-318-2006, el cual a su vez cita al pronunciamiento número C-111-2001, del 16 de abril del 2001:¹⁴⁸

¹⁴⁸ Este criterio ha sido reiterado, entre otros, en los pronunciamientos OJ-155-2001 del 24 de octubre del 2001, C-335-2001 del 5 de diciembre del 2001, OJ-056-2002 del 23 de abril del 2002, C-115-2002 del 10 de mayo del 2002, OJ-047-2005 del 12 de abril del 2005 y OJ-017-2006 del 13 de febrero del 2006.

“En lo que interesa a la consulta formulada, debemos indicar que el artículo 27.3 de la Ley General de la Administración Pública dispone que corresponderá conjuntamente al Presidente y al Ministro respectivo ‘transar y comprometer en árbitros los asuntos del ramo’.

El artículo 219 del Código Procesal Civil establece la transacción como una forma de terminación anormal del proceso judicial.

Por su parte, el artículo 2º de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social – Número 7727– establece que tanto la negociación, la mediación, la conciliación y otros mecanismos similares se aplican ‘para solucionar sus diferencias patrimoniales’. Y el artículo 18 *Ibidem* dispone que ‘Todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3), del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública’

Si bien es cierto, esta última norma no hace mención expresa de la conciliación y/o transacción, a la luz de estas disposiciones, se puede afirmar que existe una autorización general para que la Administración pueda someter sus diferencias a transacción, lo anterior por

mención expresa del artículo 27 antes aludido y la conciliación por interpretación ampliativa del citado numeral 18.

Y cabe advertir, como ya lo hicimos, que mediante interpretación, tanto de esta Procuraduría como de la Contraloría General, se ha considerado que tanto la Administración centralizada como la descentralizada, incluidas las corporaciones territoriales municipales, están autorizadas a acudir tanto al arbitraje como a la transacción (Al respecto, véanse los dictámenes C-225-88 de 11 de noviembre de 1988 de la Procuraduría General, y 2239 de 23 de febrero de 1996 de la Contraloría General).”

A pesar de ello, consideramos que estas normas son insuficientes para abrir la discrecionalidad que permita a una autoridad sancionadora admitir la conciliación. En primer lugar, el artículo 18 de la Ley RAC en su párrafo final, señala que permite al Estado someter **sus controversias** a arbitraje. Es decir, se refiere al Estado como parte, trata sobre sus controversias, y una autoridad sancionadora no tiene ninguna controversia, no se contrapone a sujeto alguno. Es cabalmente la cúspide de la pirámide en un procedimiento de heterocomposición, sin compartir más interés que el de hacer valer la ley. Igual sentido se desprende del artículo 27 inciso 3 de la LGAP. Para mayor claridad es necesario hacer un simple ejercicio de susitución de términos para dar sentido a los conceptos que tal inciso señala, de acuerdo con la interpretación ampliativa de la Procuraduría General de la República. Textualmente señala el inciso que “Corresponderá a ambos [Presidente y Ministro], además, *transar*

y comprometer en árbitros los asuntos del ramo.” Esto equivaldría bajo la interpretación señalada a decir que “Corresponderá a ambos, además, conciliar en los asuntos del ramo.” Esto se entiende dirigido sin ninguna duda al Estado como parte. Sería forzar nuevamente la interpretación del artículo entender que ello equivale a decir que les corresponderá “admitir solucionar el conflicto sometido a su competencia sancionadora por conciliación” en los asuntos del ramo. Solo a las partes corresponde transar, comprometer en árbitros y conciliar.

Artículo 55 de la LPC.

A diferencia de los casos anteriores, a nuestro criterio esta disposición es ejemplar. Muestra un adecuado y completo tratamiento de la materia, acorde con la naturaleza de la potestad administrativa sancionadora.

En primer lugar, establece la realización de una audiencia de conciliación como etapa previa al procedimiento. Ello favorece la claridad en las actuaciones de la Comisión, proporciona orden al trámite, y seguridad a los intervinientes. Por otro lado, se designa a la Unidad Técnica de Apoyo al Consumidor como encargada de la función de tercero neutral. Esta sí es una inequívoca apertura a la conciliación, a la discrecionalidad que permita la adopción de acuerdos conciliatorios. Esta norma hace de la conciliación una parte de la competencia de este órgano, quebrando la indefectibilidad del mandato legal sancionador.

Por otro lado si las partes llegan a un arreglo, el cual debe constar un acta levantada al efecto, dicha Unidad opera como un control de legalidad,

estando obligada a aprobar o improbar lo convenido. Ello hace evidente la inexistencia de una renuncia a la potestad sancionadora. El deber de controlar que el acuerdo cumpla con la ley resguarda el interés público cuya protección es la razón de ser de dicha autoridad, es parte de su competencia material.

Además el artículo regula en forma precisa la eficacia del acuerdo, en una forma acorde a la naturaleza administrativa de las potestades sancionadoras de la Comisión. En su párrafo tercero establece expresamente que tendrá igual eficacia que una resolución de la Comisión para Promover la Competencia, de acuerdo con el artículo 61 de la LPC, pero sin recurso ulterior. Esto significa que agota la vía administrativa, lo cual permite, como se dijo oportunamente, el cuestionamiento del acuerdo en sede judicial. Así se dimensionan sus efectos con respecto al principio constitucional de división de poderes.

Todo lo anterior nos lleva a establecer como conclusión algunos puntos fundamentales de divergencia entre las características de la conciliación en su manifestación general, y la conciliación de que trata el presente acápite:

Consensualidad limitada. En la conciliación en su manifestación ordinaria las partes son las que construyen la solución del conflicto, con ayuda del conciliador pero con un control pleno de los alcances del acuerdo. Esta característica debe matizarse cuando se trata de una controversia es objeto de conocimiento por parte de una autoridad administrativa sancionadora. La Administración en ese caso no puede desentenderse y permitir que las partes dispongan como mejor les parezca, ignorando el mandato que le obliga a proteger bienes jurídicos relevantes para la ciudadanía en general. Por ello, en

los casos en que la autoridad sancionadora cuente con la posibilidad de permitir discrecionalmente que las partes convengan en un acuerdo conciliatorio, la Administración debe fungir como contralora de la legalidad, oportunidad y conveniencia de lo acordado, con la obligación de revisarlo, y de homologarlo solo si lo considera procedente. Esto sin duda limita la consensualidad que existe regularmente en la materia, pues las partes no pueden disponer a su libre voluntad sobre la solución de la disputa. Si bien todo acuerdo conciliatorio debe estar sujeto al ordenamiento, ello no es un requisito formal para finalizar el conflicto. En cambio en las circunstancias que indicamos, la Administración debe velar por el interés público, y declarar la eficacia del acuerdo si es procedente. Incluso, de no ser procedente se encuentra obligada a improbar el acuerdo, para prevenir a las partes sobre la necesidad de modificarlo o bien proceder a imponer las sanciones que corresponderían ordinariamente.

Impugnabilidad. La conciliación que ponga punto final a un procedimiento administrativo en el cual una autoridad sancionadora tenga mandato de juzgar en protección de intereses públicos no puede tener carácter de cosa juzgada. Una resolución final dictada en un asunto de este tipo -en la que se ordene imponer una multa al infractor por ejemplo- es por naturaleza equiparable a una resolución que homologue un acuerdo conciliatorio, por lo cual también debe ser revisable en vía jurisdiccional. El derecho administrativo sancionador, si bien es una manifestación del *ius puniendi* único del Estado, mantiene su naturaleza administrativa. Esto hace que sea impugnabile ante los órganos jurisdiccionales; sostener lo contrario vulneraría el principio constitucional de división de poderes, y permitiría a la Administración invadir funciones propias del poder judicial. Tal como señaló

María Gerarda Arias en un seminario realizado por la Procuraduría General de la República:

“Los “procesos” alternos para la resolución de conflictos no son ejercicio de la función jurisdiccional, en consecuencia, a sus resoluciones no se les puede atribuir el carácter de cosa juzgada material, lo cual es negar el Derecho a una Tutela Judicial Efectiva.”¹⁴⁹

Informalidad limitada. La naturaleza pública de los intereses que intervienen en un procedimiento administrativo sancionador puede hacer necesario que se establezcan determinadas formalidades para alcanzar un acuerdo. Bien puede determinarse un momento procesal particular para la conciliación. Asimismo es posible que sea conveniente arribar a un estadio determinado del proceso para determinar con mayor certeza si la materia puede ser objeto de conciliación. Otras limitantes a la informalidad podrían ser por ejemplo la mencionada homologación o la concurrencia del Estado en la construcción de la solución, como representación activa de los intereses públicos.

2.2. Administración como conciliador o tercero neutral en asuntos que no tienen ligamen alguno con su potestad sancionadora, simplemente como promotora de la paz social y la armonía.

¹⁴⁹ ARIAS, María Gerarda. “Justicia y resolución alternativa de conflictos.” En Seminario sobre la Participación de la Procuraduría General de la República en la Resolución Alternativa de Conflictos. Memoria. Segunda Edición. Procuraduría General de la República. 2002. (abril 13 y 14 del 2000) pp. 89 y 90.

En nuestro ordenamiento la participación de la Administración desde este puesto es prácticamente nula. A pesar de ello se ha hablado de la conveniencia de que el Estado establezca un centro de conciliación. Así lo propuso la actual Procuradora General de la República, en un seminario sobre el papel de esa institución en la resolución alternativa de conflictos. En esa oportunidad se refirió al caso de la conciliación de la Comisión Nacional del Consumidor –fuera del supuesto que nos ocupa- y de la Defensoría de los Habitantes, conciliadora a un nivel informal, mostrándose afín con su actuación. Particularmente manifestó: “...no descarto la idea de la participación del Estado como conciliador, aunque considero que no debe ser la regla.”¹⁵⁰ Específicamente habló de la posibilidad de que fuese la misma Procuraduría la que tuviera a cargo un centro de conciliación –en respaldo a la idea de Luciano Parejo y Federico Sosto, expositores en la actividad- pues cuenta con un gran respeto y credibilidad que le ponen en capacidad de asumir ese reto. Es interesante esta propuesta, sobre todo considerando su aislamiento del derecho administrativo sancionador.

2.3. Administración como parte.

Es posible que la misma Administración sea parte en un procedimiento administrativo sancionador. Alguna institución autónoma o descentralizada, algún órgano desconcentrado, o el mismo Gobierno Central pueden figurar en una controversia sometida dicha potestad, ya sea en calidad de infractores,

¹⁵⁰ BRENES ESQUIVEL, Ana Lorena. “Posibles reformas legislativas ante el papel del Estado-Procuraduría frente al RAC.” En Seminario sobre la Participación de la Procuraduría General de la República en la Resolución Alternativa de Conflictos. Memoria. Segunda Edición. Procuraduría General de la República. 2002. (abril 13 y 14 del 2000)

denunciantes o coadyuvantes. En esta situación el actuar de la Administración –entendiendo por ella los entes y órganos mencionados- dependerá además de la condición procesal con que participe, de factores como su naturaleza jurídica y su régimen jurídico. Las condiciones en que se encuentra una institución sujeta al derecho público son muy diferentes a una sometida al derecho privado, como se ha podido ver. Asimismo, dentro de los órganos o entidades cubiertos por el derecho público, son diferentes las circunstancias en que se encuentra uno con desconcentración máxima, de las de otro que tenga desconcentración mínima o carezca por completo de ella. Asimismo, la condición procesal con que participen definitivamente influye, pues como es lógico su papel será diferente en caso de ser infractor, así como denunciante, o coadyuvante por mandato legal.

Ha sido aceptado que, a nivel general, un ente u órgano estatal como los descritos sea parte en una conciliación con base en los artículos 2, 3 y 5 de la Ley RAC, así como en el artículo 27 de la LGAP en relación con el 18 de la Ley RAC. Ello lo pudimos notar en el dictamen C-111-2001 de la Procuraduría General de la República, citado anteriormente. Sin embargo reiteramos nuestra posición restrictiva, pues consideramos que la aplicación de los artículos mencionados a la Administración podría resultar un forzada. En primer lugar los numerales 2, 3 y 5 tratan específicamente de “Toda persona” y de “particulares”, conceptos que dudosamente podrían incluir sujetos de derecho público. Y en segundo lugar los artículos 18 y 27.3 regulan al arbitraje y la transacción, institutos que entendidos en su puridad no concuerdan con la conciliación. Por ello es necesario hacer una reforma legal que permita expresamente la conciliación para el Estado como parte.

Bajo el supuesto de que esa reforma se realizara, y expresamente se incluyera en tales normas que además de “Toda persona” y “particulares” puede “todo sujeto de derecho público” recurrir a la conciliación, se hace importante determinar en qué materias esto podría darse. Como sabemos, en tales disposiciones se limita esta forma de resolución de controversias a lo patrimonial y disponible. Es por ello que consideramos atinada y aplicable a la conciliación la restricción de materias que hizo la Procuraduría General de la República en su dictamen C-111-2001 de 16 de abril del 2001. Allí, al referirse al arbitraje, determinó que no caben procesos arbitrales en relación con “tributos, dominio público, seguridad, orden público y salud, por citar algunos ejemplos.” Como se ve la lista no es *numerus clausus*, por lo que en otro lugar de ese mismo pronunciamiento hizo estableció un punto de enorme importancia:

“En todo caso, debemos advertir que la limitación va a estar definida por la imposibilidad de negociar en contra de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. De esta forma, no es posible que se concilie aspectos sobre los que hay norma expresa en contrario, incluidas las reglamentarias, por el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos.”

A nuestro criterio dentro de las materias vedadas a la conciliación cabría lo relacionado con el medio ambiente, bien jurídico que comparte la relevancia y el interés público de las materias señaladas por la Procuraduría. Sin embargo ello requiere ciertas precisiones, a las cuales nos referiremos adelante.

C.) CONCILIACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL.

Existen materias en las cuales el instituto de la conciliación no tiene cabida. La importancia de ciertos bienes jurídicos crea una plataforma que impide a los sujetos, públicos y privados, alcanzarlos y disponer sobre ellos cuando se encuentran de por medio en un conflicto. Tuvimos la oportunidad de ver algunos ejemplos, a raíz del dictamen C-111-2001 de la Procuraduría General de la República. Tal es el caso de la salud, que como derecho constitucional engarzado en el derecho a la vida, y como derecho humano, es innegociable. No puede haber pacto entre partes en que se disponga sobre ella, pues el orden público lo impide. Es un campo en que las libertades públicas se anulan; la libertad contractual y el derecho a conciliar son incompatibles con el derecho a la salud.

Ahora bien, ¿Podría considerarse el medio ambiente como un bien jurídico de esta categoría? ¿Goza de este mismo rango el derecho constitucional a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, por encontrarse relacionado precisamente con la vida? ¿De ser así, puede ser materia conciliable en alguna medida?

Ello trataremos de responderlo partiendo de las características del ambiente como bien jurídico tutelado y del concepto de daño ambiental.

1. Ambiente como bien jurídico tutelado.

El concepto de medio ambiente, como lo conocemos hoy día, ha sido el fruto de un largo y complejo proceso histórico. Desde los orígenes del ser humano la naturaleza, el medio que lo rodeaba, era concebido como un enemigo. El hombre, en su lucha por sobrevivir, debía salir cada uno de sus días a vencer a los animales y a las enfermedades que lo enfrentaban. Su objetivo era la conquista de la naturaleza, lograr superar la falta de alimento, la enfermedad, la incomodidad, para prolongar su existencia. Si bien en algunas culturas ancestrales como la inca se han encontrado rasgos de protección al ambiente¹⁵¹, esta concepción antagonista ha predominado en la historia de la humanidad. No ha sido sino hasta épocas recientes en que se ha dado un viraje hacia una nueva concepción del medio ambiente, y ello debido en gran medida a lo que señala MARGALEF con toda claridad:

“el impacto del hombre sobre la biosfera es proporcional a la densidad de la población y a la energía que consume cada individuo”¹⁵²

Por ello, y a partir de la Revolución Industrial en primera instancia, la relación de la humanidad con el medio cambio de forma irreversible. La tecnología desarrollada en ese período (en el campo de la siderurgia particularmente, y con el desarrollo de maquinaria cuyo funcionamiento se basaba en carbón como combustible) requirió un mayor consumo de recursos naturales para poder desenvolverse y crecer. A su vez, y paradójicamente, el

¹⁵¹ Este grupo social protegía celosamente las aves, llegando incluso a penar con muerte a quienes pisaran sus asentamientos en momentos de crianza. Esto se debía a que el excremento de algunos de los pájaros era de gran utilidad como abono a la tierra. Ver a efecto JAQUENOD DE ZÖGÖN, Silvia. El Derecho Ambiental y sus principios rectores. Tercera Edición. Editorial DYKINSON S.L., Madrid, 1991.p.113.

¹⁵² Citado por JORDANO FRAGA, Jesús. La protección del Derecho a un medio ambiente adecuado. Editorial S.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995. p.17.

propio desarrollo tecnológico tuvo como consecuencia la potenciación de las posibilidades humanas para la explotación de estos recursos, lo que redundó en una vertiginosa avanzada de deterioro ambiental.

Este proceso continuó en el siglo XX. Sin embargo, en forma paralela el creciente conocimiento científico alcanzó a profundizar en la comprensión de la naturaleza, de cómo funcionan y se interrelacionan los elementos del medio: flora, fauna, aire, agua y suelo.¹⁵³ Estos procesos continuaron hasta la época de la Segunda Guerra Mundial, cuando la preocupación por la sobreexplotación de los recursos y la contaminación con desechos industriales se hacía patente, y exigía acciones como las que dieron lugar a la creación de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza en 1948. Fue así como se empezó a tomar conciencia a nivel internacional de las dimensiones de la problemática ambiental, de que la afectación de uno de los elementos del medio ambiente tiene efectos en los otros sin distinción de límites político territoriales, lo que convertía el asunto en un tema de interés global. Distintas iniciativas llevaron a la adopción de instrumentos internacionales de protección al ambiente, entre los cuales podemos encontrar la célebre Declaración de Estocolmo en 1972, que ciertamente es tenida por algunos como referencia del nacimiento del Derecho ambiental moderno. Esta Declaración recoge muchos de los elementos que hoy dan sustento a la modernidad de este Derecho, y por ende a una nueva percepción del medio ambiente. Por ejemplo, en el artículo 2 declara que se deben preservar los recursos naturales en beneficio de las presentes y futuras generaciones, da un paso significativo hacia la solidaridad en el tema ambiental. Además esta Declaración representó la toma de un paso acelerado en derecho internacional del medio ambiente, e integró la ecología y

¹⁵³ El Derecho Ambiental moderno incluye el paisaje como elemento del medio ambiente.

su vocabulario en el Derecho.¹⁵⁴ Su trascendencia alcanzó a la Cumbre de la Tierra, realizada en Río de Janeiro en 1992, donde sus principios fueron reafirmados. Ciertamente fue la base para que allí se adoptara la Convención sobre Diversidad Biológica, la cual Costa Rica ratificó junto a 107 países. Ello desde luego no quita meritos a la propia Declaración de Río, en la que se empieza a dar protagonismo al concepto de “desarrollo sostenible”.

Este fenómeno ha tenido influencia en nuestro ordenamiento, particularmente con la creación de la Sala Constitucional, cuyas resoluciones empezaron a desarrollar estas nuevas tendencias. El contralor constitucional logró importantes precedentes jurisprudenciales sobre el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, como protección a la vida y a la calidad de ésta, y originó el establecimiento del mismo como un derecho fundamental. Ello condujo a que, en 1994, se modificara el artículo 50 de la Constitución Política, consagrando el rango constitucional de este derecho. En ese mismo artículo, párrafo tercero, se establece la obligación del Estado de garantizar, defender, preservar y desarrollar legalmente este derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Así se consolidó el medio ambiente como un bien jurídico que interesa a la colectividad en su conjunto, comprendiendo a quien no sea directamente afectado por su deterioro. Ello se manifiesta en la obligación de protegerlo incluso en defensa de las generaciones futuras. Así llega a consolidarse su rango de derecho colectivo o

¹⁵⁴ Ello se puede notar en que, con posterioridad a Estocolmo, la UICN y el WWF elaboraron la “Estrategia mundial por la conservación”, con el apoyo del PNUMA y la UNESCO, la cual tenía el objeto de exhortar a los gobiernos a realizar planes de emergencia, reformar la legislación y la política ambiental, en un plano interno, así como a la cooperación y coordinación de políticas nacionales en el plano internacional, impulsando la Declaración de 1972. Asimismo en 1982, se tomó el denominado “Plan de Acción 1982-1992” en la Conferencia de Nairobi, en Kenia, reiterando los alcances de la Declaración de Estocolmo para el uso racional de los recursos naturales, la búsqueda de modelos alternativos de desarrollo, etc.

de solidaridad, parte de los derechos humanos de tercera generación, cuya naturaleza abre la legitimación incluso hasta alcanzar la acción popular.

2. Daño ambiental y responsabilidad.

En la actualidad es generalmente aceptado considerar al daño ambiental como aquel menoscabo, trastorno o riesgo, creado por cualquier acción u omisión, respecto a alguno de los elementos del medio ambiente, entendiendo por ellos los naturales, bióticos o abióticos, así como al medio cultural. Puede derivarse de conductas dolosas, en las que su causante actúa con el propósito de lograr el daño, así como conductas culposas con las que se propicia a raíz de la mera falta de cuidado diligencia.¹⁵⁵

No todo daño ambiental es relevante a nivel jurídico. Cualquier ser humano tiene impacto dañoso sobre el ambiente en alguna medida. Todos producimos desechos, liberamos dióxido de carbono a la atmósfera, contaminamos agua, etcétera. Sin embargo estos daños, en el tanto son tolerables y pueden ser asimilados por los ciclos normales de funcionamiento del medio ambiente, no son considerados contrarios al derecho.¹⁵⁶ (Sin embargo esto no impide la generación de responsabilidad por hechos lícitos, con base en la teoría del abuso del derecho.)

¹⁵⁵ Sobre las características de la responsabilidad por daño ambiental ver el planteamiento de PEÑA CHACON, Mario. “Daño, responsabilidad y reparación ambiental” en www.iucn.org/themes/law/pdffdocuments/CEL10_PenaChacon03.pdf

¹⁵⁶ A pesar de ello, como se ha advertido, en última instancia será al legislador a quien corresponda aplicar estos criterios, por lo que podría existir alguna variación entre la teoría y la efectiva disposición de la potestad punitiva estatal.

El daño ambiental puede ser difuso, tal como el interés que representa. Esto en el tanto es difícil concretar en muchos casos los sujetos intervinientes. Por un lado señalar a los causantes puede resultar difícil o muchas veces imposible; en muchos casos las manifestaciones del daño se dan en una forma muy aislada a sus causas, y retrotraerse a investigar y buscar a quien lo provocó es una tarea compleja. En cuanto a los afectados, se considera difuso por la misma amplitud de la legitimación activa.

Asimismo, el daño puede ser expansivo, pues el trastorno concreto puede derivar en la afectación de otros elementos del ambiente, alterando su equilibrio y generando nuevos daños. Esto puede hacer que sea un daño incontrolable o irreversible. Esa cadena es común dada la fragilidad del equilibrio natural. También puede ser biofísico, en el tanto significa un deterioro al recurso natural, y puede ser social en cuanto cause la pérdida o disminución de los beneficios que el recurso lesionado provee a la sociedad normalmente. Incluso se considera que puede darse un daño moral colectivo, ante la posibilidad de que se lesionen intereses colectivos no patrimoniales por el daño acontecido, como la estabilidad y paz de la comunidad en su totalidad.

Por otra parte el daño ambiental tiene un régimen de responsabilidad propio, regido por principios de Derecho ambiental como el preventivo, precautorio, de corrección en la fuente, y de contaminador pagador. Esto lo hace diferir en gran medida del régimen ordinario que conocemos en materia civil. Mientras que en éste último el daño debe ser cierto, aunque no sea actual, en materia ambiental el daño puede tener algún grado de incertidumbre.¹⁵⁷ Al tratar de los elementos del medio ambiente nos

¹⁵⁷ Ver al efecto PEÑA CHACON, Mario. Ob.cit.

encontramos frente a una realidad compleja, conformada por una amplia y delicada red de relaciones interdependientes cuyo funcionamiento es difícil y a veces imposible de seguir, incluso con el apoyo de criterios científicos calificados. En este campo no puede hablarse de precisión, la incertidumbre reina, por lo que respecto al daño ambiental se debe contar únicamente con una probabilidad futura en grado de verosimilitud.

Asimismo, y como se indicó al tratar los principios del Derecho administrativo sancionador, el tipo de responsabilidad que prevalece en materia ambiental es el objetivo. Ello ha sido el fruto de un proceso de reformas legales y de interpretaciones judiciales y administrativas, de cuya etapa final puede considerarse representativo el citado voto número 1669-2000 de la Sala Constitucional. El damnificado no debe comprobar la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta del agente dañino y el daño causado, como sucede con la responsabilidad subjetiva en la cual debe establecerse a través de este nexo el dolo o la culpa del sujeto dañoso. Esta teoría de la responsabilidad objetiva tiene raigambre en las teorías clásicas del riesgo creado y el riesgo provechoso, que plantean el deber de responder ante la producción de daños originados por una situación o actividad riesgosa. Es decir, quien se beneficie del peligro debe ser responsable cuando éste se concrete en daños, siendo las únicas eximentes la fuerza mayor, el caso fortuito, el consentimiento del reclamante, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero.

Una importante consecuencia de la responsabilidad objetiva en materia ambiental es la inversión de la carga de la prueba, que obliga a que sea el

presunto causante del daño quien presente pruebas en detrimento de la responsabilidad que se le imputa. Esto funciona prácticamente como una presunción de culpabilidad, bajo la cual el denunciante inicia el procedimiento determinado y es el denunciado quien debe desvirtuar los hechos que se le atribuyen. El artículo 109 de la Ley de Biodiversidad establece expresamente esta inversión en la carga de la prueba:

Artículo 109.- Carga de la prueba

La carga de la prueba, de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas, corresponderá a quien solicite la aprobación, el permiso o acceso a la biodiversidad o a quien se le acuse de haber ocasionado daño ambiental.

Una característica muy importante de este régimen es que la responsabilidad es solidaria. Ello significa que cada una de las personas físicas o jurídicas que participaron en la creación del riesgo deben responder como si hubieran ellas mismas causado el daño. Así lo establece el artículo 101 de la LOA, eliminando de plano la dificultad de deslindar la responsabilidad de los distintos participantes en el daño causado.

A pesar de lo anterior la prioridad del régimen es, antes que la sanción, la prevención del daño, de acuerdo con el Principio preventivo y el Principio de corrección en la fuente. El interés supremo es desincentivar el deterioro del ambiente. Ello se debe ver reflejado en la forma de reparar el daño. Para ello es necesario el establecimiento de reglas claras, que den seguridad a la hora de concretar las medidas compensatorias que expresarán la responsabilidad. Un

caso ejemplar de este tipo de regulación es la directiva comunitaria sobre responsabilidad ambiental aprobada por el Consejo de la Unión Europea en marzo del 2004. En ella se establecen una serie de reglas y prioridades, que bien deberían ser implementadas en nuestro omiso ordenamiento para beneficio del medio ambiente y de la seguridad jurídica. Guiados por lo expuesto en su Anexo II, intentaremos a continuación un planteamiento sobre el tema.

Ante la producción del daño, se debe afrontar la reparación a la luz de los principios de Derecho ambiental citados, así como de las siguientes prioridades:

Prioridad 1. Reparación *in natura*.

Este sistema de reparación es el ideal para todo daño ambiental. Lo que busca es restablecer las cosas al estado anterior al deterioro. Es decir, *curar* el daño de modo que los elementos afectados se recuperen y vuelvan a las condiciones en que se encontraban antes de haber sido afectados. En el caso hipotético de una torre que obstaculiza la visibilidad de un hermoso valle desde la cumbre de la montaña, el daño causado al paisaje puede ser reparado *in natura*, mediante el simple derribo de la torre. Sin embargo no todo daño ambiental permite esta reparación. Muchas veces no es posible revertir el deterioro causado, como por ejemplo la extinción de una especie, o la matanza de los individuos en determinado ecosistema. En este caso se debe recurrir a la Restauración equivalente o Restauración Alternativa.

Prioridad 2. Restauración equivalente o Restauración alternativa.

Estos mecanismos buscan alternativas de compensación del daño, como por ejemplo la recomposición de elementos equivalentes del medio ambiente, o bien, de los mismos elementos dañados pero en otros ecosistemas. Este es el caso, por ejemplo, de un daño causado a un bosque primario, en que se lleva a cabo la tala de varios árboles. Una forma posible de reparar en forma equivalente sería sembrar determinada cantidad de árboles en otro lugar, siempre permitiendo que el sitio se restablezca al ritmo natural.

Por otro lado, es necesario valorar los daños económicamente, a pesar de que la estimación económica de los elementos que conforman el ambiente sea objeto de enorme discusión. Vale decir que existe una variedad de metodologías con planteamientos distintos para lograr lo que se conoce como *monetarización del daño*.¹⁵⁸ Incluso en los procesos seguidos por el TAA ha habido conflicto sobre las metodologías utilizadas por los funcionarios del MINAE para cuantificar este rubro. Como es de suponer, las discusiones llegan a niveles muy técnicos, para convertirse prácticamente en campo exclusivo de especialistas. Es por ello que no se pretende ampliar sobre el tema en este trabajo, y en consecuencia se hablará de monetarización del daño indistintamente de la metodología de valoración que se utilice para lograrla.

¹⁵⁸ Ver al efecto MARTIN MATEO, Ramón. Ob.cit. 263 y ss.

En relación con la prioritaria reparación *in natura*, la monetarización abre posibilidades para que el causante del daño pague por las labores de reparación. Así las acciones concretas pueden ser realizadas por el Estado u organizaciones ambientalistas, que se supone cuentan con el conocimiento y la base institucional apropiados para ello. Para ello las acciones deben ser determinadas, tomando en cuenta la conveniencia de la recuperación natural del paraje sin que intervenga directamente el ser humano en relación con las acciones directas para devolver los recursos a su estado básico de forma acelerada. Una vez establecidas con certeza, es posible obligar al causante a que las financie. Desde luego el responsable conserva un deber de cooperación en este caso, que le impone dar la información que se le requiera, facilitar las actividades reparadoras, etc.

En cuanto a la Restauración equivalente o Restauración alternativa, la monetarización es también adecuada. Aunque los daños sean irreversibles o de difícil recuperación, es necesario aproximarse a ellos económicamente. Así, una vez determinadas las opciones de reparación que resulten más beneficiosas al medio ambiente, y con base en la valoración, la autoridad evaluará cada una conforme a los siguientes criterios:¹⁵⁹

- a) los costos de llevarla a la práctica.
- b) la probabilidad de éxito de cada opción
- c) las medidas en que cada una de las opciones contempladas servirá para prevenir futuros daños, sin que se produzcan daños colaterales y

¹⁵⁹ Ver artículo 3.2 del Anexo II de la Directiva de Responsabilidad por Daño Ambiental Número 2004/35/CE, aprobada en 2004 por el Consejo de la Unión Europea en http://www.cica.es/aliens/gimadus/12-13/RESPONSABILIDAD.htm#_ftn61

d) las medidas en que cada una de las opciones contempladas beneficiará a cada elemento del medio ambiente.

Con base en este análisis es que la autoridad determinará entonces las opciones de restauración más adecuadas. Asimismo, la monetarización permitiría que las actividades reparadoras en concreto sean asumidas por el Estado o alguna organización competente en la materia.

Si bien nuestro ordenamiento en diversas disposiciones no solo sanciona sino que obliga a la reparación de los daños causados,¹⁶⁰ no existe un régimen expreso que regule la responsabilidad en la forma indicada. Las directrices expuestas deberían ser establecidas normativamente, para que deban ser consideradas obligatoriamente a la hora de imponer responsabilidades. Ello redundaría en un beneficio al ambiente y a la seguridad jurídica.

3. Materia conciliable.

Como se ha venido reiterando, el medio ambiente es un bien complejo, representativo de un interés difuso, y relacionado con los derechos más básicos que puede ostentar un ser humano. El deterioro de sus elementos puede afectar la salud humana, ya sea en una forma mediata o inmediata. En consecuencia puede llegar a poner en peligro la vida, lo cual cada vez parece ser una aseveración cada vez menos descabellada considerando los efectos del cambio climático. Por tanto debemos establecer como principio que en materia de daños relevantes jurídicamente la materia ambiental no debe ser conciliable. A pesar de ello nuestro ordenamiento no tiene una regulación clara

¹⁶⁰ Por ejemplo en el artículo 151 de la Ley de Aguas, el artículo 52 de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos, o el artículo 103 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre.

al respecto. Como señaló la Procuraduría General de la República, en el citado dictamen C-111-2000, los límites a la conciliación se deben encontrar en el propio ordenamiento; así podemos desprender de acuerdo con la Ley RAC que es procedente en materia patrimonial y disponible. Con ello coincide RODAS:

"Una primera precisión nos debe llevar a señalar que la conciliación en materia ambiental se extiende tan solo a los contenidos económicos de controversias particulares y por ende queda excluida su aplicación frente a actos administrativos generales o normas de carácter general, impersonal y abstracto."¹⁶¹

Sin embargo, a nuestro parecer los criterios de *disponible* y *patrimonial* son insuficientes. Debe promulgarse legislación que regule específicamente el tema, y que considere el régimen particular de responsabilidad que opera. Por ello intentaremos establecer, de conformidad con la teoría y principios del Derecho ambiental, la materia en la que excepcionalmente se puede conciliar a raíz del daño ambiental **que sea objeto de sanción.**

En primer lugar, se debe tener como no conciliable todo lo relacionado con daños futuros al ambiente, siempre que éstos sean evitables y controlables por derivarse de un daño expansivo previamente causado. Esta es una conclusión de la más simple lógica, pues el Estado siempre está obligado a evitar e impedir toda conducta ilícita. (Ello no solo ocurre en materia ambiental por el principio preventivo.) Sin embargo, considerando la

¹⁶¹ RODAS, Julio. Ob.cit.p.107.

incertidumbre del daño ambiental, si debe existir la posibilidad de conciliar sobre el daño futuro, siempre que sea incontrolable e irreversible.

Asimismo, dentro de lo inconciliable se debe tener la Reparación *in natura*. Si un daño ambiental admite ser revertido al estado de cosas anterior a su ocurrencia, aunque sea respecto a una parte, no puede ser objeto de conciliación la obligación del causante de hacer que eso suceda. Este tipo de reparación es prioritario, y si se determina la responsabilidad de un daño de este tipo, se impone el mandato de llevarla a cabo, ya sea que lo haga el propio causante o un tercero a instancia suya. El hecho de que exista una valoración económica del daño o del costo de la actividad reparadora no debe ser motivo para salvar esta regla. La única excepción admisible sería que el realizar la reparación tuviera un costo o una dificultad exorbitante, que con base en el principio de proporcionalidad permitiera un margen siempre estricto de conciliación.

Respecto a la Restauración equivalente o Restauración alternativa, se puede establecer cierta materia excepcionalmente conciliable. Ante la imposibilidad o dificultad de revertir el daño -incluyendo la excepción a la inconciliabilidad hecha respecto a la Reparación *in natura*- lo procedente es que la autoridad considere individualmente varias formas de reparación, las cuales deben cumplir cada una con requisitos estrictos como los que se indicó en su oportunidad. La sujeción a estos requisitos debe ser materia no conciliable. Sin embargo, una vez determinada la viabilidad de tales vías de reparación, es adecuado ceder espacio a la conciliación. Puede ser en cuanto a la elección de los mecanismos a aplicar entre los aprobados, o bien respecto a los pormenores de su aplicación. Asimismo, podría conciliarse respecto a la

relación entre el costo de las formas de reparación a elegir y el monto de valoración del daño ambiental. Parece razonable establecer un margen a partir del monto de la valoración del daño, dentro del cual se pudiera conciliar con el responsable. Por ejemplo, si el valor del daño ambiental es de 100, podría establecerse la posibilidad de que las medidas reparadoras alcancen un valor no menor de 70. En esa forma el margen estaría regulado, y se reduciría el campo a la discrecionalidad.

En conclusión, la materia es en principio indisponible. Asimismo, no todos los aspectos patrimoniales relacionados son conciliables. Por ello consideramos necesario legislar al respecto, para lo cual es imprescindible incluso una reforma a nivel procesal (que modificaría la informalidad propia de la conciliación.) Es imperativo que la conciliación tenga su oportunidad una vez realizada una valoración completa del daño, que permita tener una perspectiva certera desde la cual se pueda aplicar lo que se viene exponiendo.

4. Legitimación.

El derecho a un ambiente sano, relacionado directamente con la protección de la vida, ha llegado a coadyuvar en la conformación de lo que se conoce como los Derechos Fundamentales de Tercera Generación. Estos derechos promueven los intereses de las colectividades, para el logro de un desarrollo económico y social inclusivo y respetuoso con el medio ambiente.¹⁶² En nuestro país tienen su más diáfana manifestación en el citado artículo 50 de la Constitución Política. Con la reforma que dio lugar a su redacción actual,

¹⁶² Al respecto véase Cancado Trindade Antonio, Medio Ambiente y Desarrollo: formulación e implementación del derecho al desarrollo como un Derecho Humano, San José. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Primera Edición , 1993, p-13.

hecha en 1995, se consagra a nivel constitucional el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Si bien la Sala Constitucional había reconocido con anterioridad a la modificación su carácter fundamental, al ocurrir el cambio se consolida esta condición eliminando cualquier duda o incertidumbre¹⁶³. La modificación de este artículo fijó un punto de giro en el avance de Costa Rica entre los países con una normativa de vanguardia en la materia ambiental. Así se confirmó un amplio marco de legitimación para actuar ante la conculcación del derecho a un medio ambiente sano. Dicho artículo garantiza la posibilidad del ciudadano de acceder a un debido proceso ante los órganos judiciales y administrativos con competencia sobre la materia ante la violación de la normativa ambiental. Esta posibilidad existe no solo para los sujetos directamente afectados, sino que, dadas las características de los intereses en juego, la legitimación es más amplia. En esa forma se consolidó la influencia de las nuevas ideas ambientales, según las cuales:

“el presupuesto procesal de la legitimación tiende a extenderse y ampliarse en una dimensión tal, que lleva necesariamente al abandono del concepto tradicional, debiendo entender que en términos generales, toda persona puede ser parte y que su derecho no emana de títulos de propiedad, derecho o acciones concretas que pudiera ejercer según las reglas del derecho convencional (...)”¹⁶⁴

Aunque la Sala Constitucional no haya sido satisfactoriamente clara en cuanto a la definición de los “intereses difusos” la jurisprudencia muestra una

¹⁶³ Véase al respecto las sentencias número 3705-93 y 4423-93 de la Sala Constitucional.

¹⁶⁴ Sala Constitucional, Voto 2331-96.

evidente apertura a la legitimación objetiva, lo cual incluso permitiría afirmar que implícitamente se está dando una Acción Popular.¹⁶⁵

Esto permite que en los distintos procesos, a nivel judicial o administrativo, puedan participar múltiples sujetos. Incluso se puede convertir a los asuntos en verdaderos conflictos multipartes. Bien pueden concurrir particulares, asociaciones, organizaciones no gubernamentales, o entes u órganos públicos, ya sea como partes desde un inicio o en calidad de querellantes o coadyuvantes. En tales posiciones, cada uno tiene su legítima facultad para intervenir y participar en la toma de acuerdos conciliatorios. Sin embargo, el hecho de que su legitimación derive del interés difuso, no puede llevar a concluir que tiene una amplia representación del interés difuso que permita conciliar más allá del derecho propio, pues no hay mandato o representación de ninguna índole que así lo avale. El que alguien pueda interponer una denuncia, o iniciar un procedimiento administrativo por daño ambiental, no implica que esté autorizado a conciliar en representación de todos los ciudadanos, incluso de generaciones futuras. Si bien debe tenersele como damnificado, aunque sea en forma mediata, existen muchas otras personas afectadas por el daño, cuyos intereses pueden verse perjudicados al atenuar y contextualizar sus consecuencias jurídicas mediante la adopción de un acuerdo conciliatorio. Estos intereses ciertamente no pueden considerarse disponibles; no es aceptable que una persona pueda conciliar, negociar, ceder, sobre derechos ajenos, existiendo posibilidad de que se le cause perjuicio. Ello

¹⁶⁵ Al respecto véase GUIER OREAMUNO CARLOTA. La legitimación para la defensa del medio ambiente. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1995, p.112. Cabe mencionar, para fines ilustrativos, que la acción popular sí está clara y efectivamente establecida por el artículo 103 de la Ley de Biodiversidad, Número 7788, para gestionar en vía judicial o administrativa en defensa de los elementos de la biodiversidad.

es viable jurídicamente solo en caso de que esos intereses difusos estén debidamente representados. Pero ¿Quién tiene la representación respecto a estos intereses?

Existe un mandato constitucional de protección del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Textualmente señala el artículo 50 de la Carta Fundamental que “El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho.” Esta obligación, que no puede ser desistida, constituye una clara autorización al Estado, otorgada por el pueblo en forma democrática para lo represente y defienda este alto interés en su nombre. Solo el Estado puede arrogarse esta función. Ahora bien, dentro del Estado, el órgano más indicado y el competente para desarrollar este mandato constitucional es la Procuraduría General de la República. Como se pudo ver anteriormente, ello ciertamente sucede en materia penal, en la que debe tenerse como parte en todas las causas relativas a delitos ambientales. Si bien es admisible la participación del MINAE y otros entes públicos, la legitimación para representar los intereses colectivos debe entenderse atribuida al asesor legal del Estado. En esa medida, su participación debería tenerse como obligatoria también en sede administrativa. Es necesario considerar la posibilidad de que el mismo gobierno central, por ejemplo, incurra en una violación a la normativa ambiental, que eventualmente diera lugar a un procedimiento ante el TAA. En ese caso cabe preguntarse ¿Cómo podría conciliar la representación legal del Estado infractor, ejercida por la PGR, con la representación de los intereses difusos acuerpada también por la PGR? Este es un caso que habría que estudiar con detenimiento al construir la reforma legal que para ello se requiere. Sin embargo, parece conveniente que sea una división particular de la PGR la encargada de la conciliación, que sea

distinta de la que representa al Estado infractor. Otra alternativa podría ser la participación concurrente en esos casos de la Defensoría de los Habitantes, como ente independiente que vigile y resguarde de un abuso de parte del Estado.

5. Retos de la conciliación en materia ambiental.

La naturaleza del medio ambiente como bien jurídico tutelado hace que la conciliación en este campo sea compleja. Ello se dificulta aún más al considerar las características del daño ambiental, así como el régimen particular de responsabilidad y de reparación.

Estas dificultades se manifiestan por ejemplo en el campo de la valoración ambiental. No existe coincidencia sobre la metodología más adecuada para realizarlo. Esto provoca que la información con la que se cuenta para resolver los conflictos genere confusión y pérdida de credibilidad. Asimismo acrecienta las desigualdades, pues solo quien tenga una considerable capacidad económica podrá contratar consultores técnicos especializados que realicen sus estudios particulares y desvirtúen lo aseverado en la valoración de daños. Además se dificulta, por ejemplo, la labor de deslindar los daños reversibles de los irreversibles, lo que hace que se parta de presupuestos frágiles para llegar a los acuerdos conciliatorios.

Por otra parte, es muy común que los daños ambientales den lugar a conflictos multipartes, lo cual es siempre un reto a la hora de construir acuerdos conciliatorios. La participación de muchas personas conlleva la existencia de una variedad de posiciones a conciliar, de una diversidad de

perspectivas del conflicto. Esto hace complejo el trabajo de encontrar puntos en común. Aunque la técnica de nombrar voceros de los distintos sectores sea de mucha ayuda, puede darse posteriormente controversia dentro de un grupo. Ello se complica si se agrega que las posiciones de algunos actores se encuentran determinadas por los roles particulares en que cada uno se desempeña. Tal es el caso de las partes regidas por el Derecho público, por ejemplo, que por principio deben asumir las posiciones que la ley les ordena.

Otro de los retos es la implementación de la conciliación a nivel administrativo, objeto del presente trabajo. Según ZELEDON solo lo patológico debería llegar a instancias judiciales. “Por ello dentro de las soluciones alternativas de la justicia también se comienzan a prever las instancias administrativas.”¹⁶⁶ Sin embargo ello no puede dejarse a la libre voluntad y discrecionalidad administrativa.

Por último, uno de los numerosos retos en la conciliación es el cumplimiento de los acuerdos. En algunos casos la estructura institucional para dar seguimiento a la puesta en práctica de lo acordado es débil. En cuanto a las indemnizaciones y al financiamiento de medidas compensatorias por el responsable, se hace difícil muchas veces lograr que el contenido económico llegue con la agilidad necesaria. Por otra parte, la constatación de la reparación *in situ* y su seguimiento representa una carga que no siempre es bien administrada por las autoridades competentes.

¹⁶⁶ ZELEDON ZELEDON, Ricardo. La modernización de la justicia agraria y ambiental. En Memoria del I Congreso del Comité Americano de Derecho Agrario, celebrado en San José y Liberia, Costa Rica, del 19 al 23 de mayo de 1997. Primera Edición. Editorial Guayacán. 1998. P.62.

D.) ACUERDOS CONCILIATORIOS EN EL TAA.

En el contexto que se ha venido delimitando es que el TAA ha propuesto, admitido y homologado la adopción de acuerdos conciliatorios, los cuales se ven condicionados por la naturaleza administrativa del procedimiento y la particularidad de la materia ambiental. Dentro del marco conceptual que se ha desarrollado, partiendo tanto de las posiciones de los juristas más reconocidos, así como de las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional, y la jurisprudencia judicial y administrativa que ellas han originado, intentaremos analizar más detalladamente este tipo de acuerdos.

1. Fundamento legal.

A pesar de que no existen registros oficiales en el TAA, se ha podido constatar que la adopción de acuerdos conciliatorios se ha fundamentado el artículo 314 del CPC, lo cual consideramos improcedente. Es una norma establecida para la conciliación en sede judicial; no puede desprenderse de ella en ningún sentido el otorgamiento de poderes discrecionales para que el TAA pueda aceptar que un conflicto sometido a su competencia sea resuelto por este método. La norma no modifica la potestad sancionadora del TAA, por lo que éste siempre se mantiene obligado a realizar su actividad de imposición. Asimismo, la normativa que aplica a nivel procesal en el TAA es la LOA en primera instancia así como el MPTAA, la LGAP, y por analogía ciertas disposiciones de la jurisdicción agraria. La única forma en que se podría fundamentar la aplicación del CPC al Derecho administrativo sería la condición de fuente supletoria que ostenta el derecho privado, de acuerdo con

el artículo 9 de la LGAP. Sin embargo ello sería una clara extralimitación, carente del sustento necesario para modificar en una forma indubitable la potestad de imperio que la LOA le confiere al TAA.

Caso similar sería si se aplicaran los artículos 2, 3, 5 y 18 de la Ley RAC. Estas normas se dirigen a los conflictos de “particulares” y de “Toda persona”. Asimismo, regulan la posibilidad de que mediante un acuerdo se resuelvan “sus diferencias” o “sus controversias”. Como se dijo, ello las hace inaplicables a un órgano administrativo sancionador como el TAA, que aparte de encontrarse regido por el Derecho público, no tiene ninguna diferencia ni es parte en ninguna controversia, sino que tiene un mandato inexcusable de ejercer una potestad sancionadora.

En cuanto al artículo 27 inciso 3 de la LGAP, consideramos que no es aplicable al TAA, pues es un órgano desconcentrado, así que no sería posible que el Ministro del ramo y el Presidente se inmiscuyan en su competencia, ordenándole admitir la conciliación en determinado asunto. Además habla de “transar” lo cual sugiere que ello aplica en una conciliación en la que el Estado es parte y además existe un proceso judicial, así como “comprometer en árbitros”, lo cual implica la condición de Estado parte.

Podría decirse que el inciso i) del artículo 99 de la LOA abre la posibilidad de admitir acuerdos, pues entre las “medidas protectoras y sanciones” que podría derivar un procedimiento sería la aplicación de “Alternativas de compensación de la sanción...”. Sin embargo ello no significa de ninguna forma que las partes puedan disponer sobre tales alternativas,

pues el artículo es claro al señalar que la Administración “aplicará” esas medidas.

En consecuencia, y como se indicó en su oportunidad, se hace necesaria una norma que regule expresamente el tema, y que faculte en forma clara al TAA para que admita que un procedimiento se concluya mediante un acuerdo de conciliación. **En consecuencia, es considerando esta advertencia sobre la necesaria reforma legal señalada que se continuará analizando la aplicación de tal instituto en el TAA.**

2. Competencia del TAA para admitir la conciliación.

El acto final de homologación en que se acuerpa y se da validez a la conciliación ante el TAA, tiene la misma naturaleza que cualquier otra resolución definitiva sobre un asunto bajo su conocimiento. Por lo tanto, no hay razón alguna que modifique lo expuesto sobre la competencia exclusiva del TAA. (Ello teniendo en cuenta la mencionada excepción al principio de *non bis in idem*, aplicada a nivel administrativo y referida a la diversidad de intereses protegidos, caso de la materia relacionada propiamente con salud.)

No obstante, en nuestro sistema prevalece el criterio de que los procesos sancionatorios seguidos en sede administrativa y los desarrollados en sede penal con los mismos elementos son independientes. Sin embargo, en el caso del TAA, esta independencia es meramente **formal**. Aunque lo resuelto en una instancia no determine a nivel jurídico lo tramitado en la otra, en la realidad ocurren diversos vínculos entre ambos procesos. Las negociaciones, las

pruebas, y los descubrimientos de hechos nuevos planteados en una instancia, comúnmente son alegados y tienen efectos en la otra. Podría considerarse en algunos casos que los procesos son hasta reiterativos. (Esto lo veremos al analizar casos concretos de conciliación en el TAA) Por tanto, recalamos nuestra posición a favor del principio *non bis in idem*, y defendemos el establecimiento y aplicación de las dos reglas que deberían prevalecer en este tipo de conflictos: 1) La prioridad del proceso penal. En caso de que se determine que en un asunto seguido ante el TAA se encuentra de por medio un posible delito, el Tribunal debería suspender el procedimiento para que sea en sede penal en que se dirima la controversia. Como se sostuvo antes, solo debe conservar la competencia para dictar medidas cautelares con base en el principio preventivo y precautorio que privan en materia ambiental, mientras que la jurisdicción penal asume la competencia y ejercita la posibilidad de modificarlas o revocarlas. 2) La prevalencia de la sentencia penal sobre la resolución administrativa. Así la adopción de acuerdos en el TAA se vería subyugada a lo que se disponga en materia penal. Si se dicta sentencia condenatoria, el TAA se vería inhibido para conocer del asunto, evitando la imposición de una doble sanción. Asimismo, si se desestima por cualquier motivo la causa en sede penal, el TAA puede retomar el asunto y adoptar un acuerdo si ello procede. Para ello debe sujetarse a los hechos probados en la instancia judicial.

Por otro lado, es pertinente establecer que el control de la Sala Constitucional respecto a los acuerdos que se adopten en el TAA se mantiene en la misma medida que en el caso de una resolución ordinaria. Según lo expuesto en el punto A) 3.2.b de la Sección II, la Sala puede obligar al TAA a actuar de conformidad con los preceptos y principios constitucionales. Ello

incluye la posibilidad de cuestionar mediante un recurso de amparo la resolución que homologue un acuerdo conciliatorio, siempre que no sea por motivos técnico-ambientales como ha sostenido la jurisprudencia. Así podría la Sala dictar medidas cautelares, ordenar la suspensión del acto de homologación, y ordenar la restitución de los derechos vulnerados al momento de resolver el asunto en forma definitiva. También es posible impugnar la constitucionalidad de las normas aplicadas para la adopción del acuerdo, teniendo en cuenta que el acto de homologación agota la vía administrativa.

Por último, los acuerdos tomados en el TAA son recurribles en la vía judicial, como lo indicamos al referirnos a su carácter de Impugnabilidad. El acto administrativo dictado en el que se homologue un acuerdo conciliatorio en esa instancia administrativa es por naturaleza impugnabile en vía contencioso administrativa, con clara restricción al carácter de cosa juzgada material que se predica de la generalidad de los acuerdos de este tipo. Ello constituye su diferencia esencial con un órgano jurisdiccional.

3. Participantes en la conciliación en el TAA.

Partiendo de la amplia legitimación que existe en materia ambiental, además de los damnificados directos los sujetos privados poseedores de un interés difuso pueden perfectamente comparecer e intervenir en la elaboración y adopción de acuerdos conciliatorios en el TAA. Sin embargo, conviene hacer una referencia más precisa a ciertos participantes, en virtud de las posiciones que ocupan.

PGR

Como se ha venido mencionando, la participación de la PGR en la construcción y adopción de acuerdos conciliatorios es absolutamente necesaria. Es este órgano el idóneo para representar propiamente el interés difuso que se encuentra de por medio en estos conflictos. Su intervención debe ser garantía de la aplicación correcta de la ley y de la defensa enérgica del medio ambiente. Su posición y autoridad en el campo jurídico no es equiparable a la de ningún otro órgano o ente estatal. Por ello reiteramos que su participación es simplemente imprescindible. Como se indicó, podría darse el caso especial de que el infractor sea el mismo gobierno central, representado por la PGR. En esas circunstancias cabe valorar la participación concurrente de la Defensoría de los Habitantes, como un factor extra de control, o bien, que dentro de la PGR se constituya una división dedicada a las conciliaciones. Es un punto que conviene estudiar a fondo en caso de una eventual reforma legal.

MINAE

Por la competencia de dicho Ministerio, cuya jerarquía no crea distorsión sobre el TAA, consideramos muy importante su participación. Principalmente por su relación directa con la materia ambiental en todo aquello ajeno a lo punitivo. Su incursión en las tratativas y construcción de acuerdos conciliatorios es determinante. Sin embargo, dada la saturación de funciones la experiencia ha sido que su actuación no tiene la agilidad necesaria. Este es un campo que se debe mejorar, pues la posición del MINAE es idónea para lo relacionado con la conciliación.

Áreas de Conservación.

Su conocimiento directo y específico de la problemática de las zonas de su competencia resulta imprescindible no solo en la negociación y adopción de acuerdos conciliatorios, sino en el trámite general seguido en el TAA. Como parte del MINAE, sus funcionarios se encuentran obligados a colaborar con el Tribunal, realizando inspecciones, estudios, recolección de pruebas, etc. Ello hace que conozcan en forma directa los casos, su verdadero impacto en los ecosistemas, y sus repercusiones a nivel social, en una forma más fidedigna que los funcionarios del propio TAA. Si bien los propios miembros del Tribunal se encuentran facultados para realizar inspecciones oculares, su aproximación a los hechos nunca será la misma que la de funcionarios cercanos a la zona, conocedores de las localidades, de sus formas de producción, de su problemática ambiental previa a los hechos denunciados, etc. Por ello es que en muchos de los casos figuran incluso como denunciantes. Estas circunstancias hacen que las Áreas de Conservación se encuentren en una posición favorable para la construcción de acuerdos conciliatorios. Una gran parte de los casos conocidos por el TAA se originan en conflictos multipartes, y las Áreas de Conservación tienen generalmente una relación más íntima con los pobladores de las localidades afectadas. Su opinión es invaluable en cuanto a la proposición y adopción de planes de restauración, y su participación debe ser un elemento de peso para que estos planes sean efectivos, a pesar de que en la práctica hayan actuado con lentitud. Por ello es necesario aprovechar su posición y sus atribuciones, y lograr una mayor eficiencia mediante el control de su papel en la ejecución.

Ministerio de Salud.

Al no ser excluyentes las competencias del TAA y el Ministerio de Salud, los procesos sancionatorios seguidos por estos entes tienen una independencia formal, en forma similar a lo que ocurre con los procesos penales. Los funcionarios de salud por su lado recopilan prueba, elaboran dictámenes, emiten órdenes sanitarias, y sancionan infracciones. Aunque ello sea realizado desde perspectivas distintas, se abre la posibilidad de que pruebas presentadas en un proceso sean llevadas al otro por ejemplo. Incluso existe la posibilidad de que un funcionario del Ministerio de Salud rinda ante el TAA su testimonio sobre los hechos objeto del proceso. En materia de conciliación propiamente, puede ser conveniente que en determinados casos participe un funcionario de salud, en el tanto los acuerdos a adoptar tengan verdadera importancia respecto a su competencia. Es decir, si se está conociendo de una contaminación a un manto acuífero parece muy apropiado que ocurra esta participación, con el fin de coordinar los esfuerzos que se están desplegando con la actuación del Ministerio de Salud al respecto, y lograr una sinergia entre las iniciativas de ambos lados. Sin embargo esto es difícil de poner en práctica. Además podría convertirse en muchos casos en una carga a la agilidad que el procedimiento debe tener.

Defensoría de los Habitantes.

Es posible que se de la participación de la Defensoría en los procesos seguidos ante el TAA, así como en las conciliaciones. Su intervención puede ser importante en casos con conflictos multipartes complejos, en los que se le requiera como un vocero de carácter público y de reconocido prestigio.

Asimismo podría fungir como un control adicional en los que interviene el Estado como infractor, como se señaló anteriormente.

SETENA.

La SETENA podría tener una participación relevante en la construcción y adopción de acuerdos conciliatorios, en el tanto sea pertinente y adecuada su asesoría en asuntos técnico ambientales. Como sabemos, el daño ambiental tiene manifestaciones variadas y complejas. En muchos de los casos la SETENA podría no contar con la pericia necesaria para brindar una asesoría adecuada. Por ello es su participación debe ser brindada a solicitud del TAA.

Organizaciones no gubernamentales (ONG's), Fundaciones, Asociaciones.

En muchos de los casos este tipo de entidades se encuentran por definición dirigidas a proteger el medio ambiente. Su participación es muy importante en la medida en que cuentan con información técnica especializada, que permite abordar los casos con una base científica sólida, y da la posibilidad de criticar en forma fundamentada las valoraciones de los daños, y los propios acuerdos conciliatorios. Por otra parte en la gran mayoría de los casos cuentan con la autoridad moral para fungir como voceros de los ciudadanos afectados en los conflictos multipartes. Ello no solo facilita la adopción de acuerdos, sino que redundan en una mejor protección de los intereses de los damnificados. Por último, su participación es muy importante en la etapa de ejecución de acuerdos. Su probidad les hace idóneas para la vigilancia de su cumplimiento. Asimismo pueden encargarse de la administración de sumas derivadas de

indemnizaciones, en cuyo caso deben ceder, y están obligados a abrirse en campos como el de la privacidad de su información. Así lo confirma la Sala Constitucional mediante la resolución número 2669-2006 de las 18 horas del 28 de febrero del 2006, en la que dispuso que:

“el derecho de petición es amparable frente a una persona de derecho privado, cuando ésta ejerza una función de interés público y si la petición planteada guardare relación con el desarrollo de tal tarea social, claro está, siempre y cuando se cumplan los presupuestos fijados en el artículo 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En este asunto, la fundación aludida realiza no solo una evidente función de interés público, sino que se encuentra autorizada a manejar fondos públicos.”

4. Naturaleza del acuerdo conciliatorio.

El carácter administrativo de los acuerdos adoptados en el seno del TAA, así como la materia sobre la que éstos tratan, es motivo de que éstos padezcan de Impugnabilidad, así como que se caractericen por su Consensualidad limitada e Informalidad limitada. A continuación nos referiremos a estos dos últimos elementos, dado que sería reiterativo insistir en el primero.

Consensualidad limitada.

Los acuerdos conciliatorios que finalicen un procedimiento seguido ante el TAA deben ser necesariamente homologados por el mismo Tribunal.

Asimismo, es nuestro criterio que todos los acuerdos conciliatorios de tal carácter deben ser construidos y adoptados con la participación de la PGR. Incluso consideramos que su criterio sobre el acuerdo debe ser vinculante. En esta forma se garantiza que lo acordado sea conforme con el ordenamiento jurídico. De regularse en esa forma, el acuerdo sería adoptado por las partes con la PGR, la cual daría su visto bueno para proceder al segundo control vinculante, el del TAA. Asimismo, en caso de que se regularan expresamente los temas a los que nos hemos referido anteriormente, como la materia conciliable, los requisitos con que deben cumplir los mecanismos de restauración equivalente o alternativa elegidos así como el margen porcentual conciliable en caso de que esos daños sean monetarizados, competiría comprobar que ello sea respetado en los acuerdos. Ello limita también la informalidad que ordinariamente media en las conciliaciones.

Informalidad limitada.

La presencia de requisitos normativos para la viabilidad de la conciliación restringe la libertad con que las partes cuentan comúnmente en la construcción y adopción de acuerdos. Por ello, consideramos que uno de los elementos limitantes de esta informalidad que se debe implementar es la previa realización de una valoración del daño. La determinación de las dimensiones de la vulneración al ambiente es un presupuesto lógico para iniciar negociaciones. Esto hace que la conciliación tenga un momento procesal propio. Asimismo, esta valoración debe cumplir con ciertos lineamientos mínimos, que faciliten su aplicación a la conciliación, de acuerdo con lo que se planteó respecto a la responsabilidad ambiental y la materia conciliable. Por ejemplo, debe establecer en forma clara e independiente: 1) qué acciones

preventivas se deben tomar, 2) en qué medida el daño admite reparación *in natura* y por que medio puede realizarse, 3) en qué medida es posible restaurar en forma equivalente o alternativa, así como la sugerencia de formas de hacerlo, 4) la valoración independiente del daño de los puntos 2 y 3.

5. Forma en que se adoptan los acuerdos.

5.1. Tercero neutral.

Es una práctica común que cuando se adoptan acuerdos de este tipo, el TAA funge como conciliador además de su papel como ente homologador. A nuestro criterio es más práctico que el TAA se concentre en su función juzgadora y revisora de los acuerdos, sin iniciativa en su construcción. Podría serlo, en todo caso a través de un área específica de la institución, ajena a sus miembros decisores, que sea la que encargada de esa tarea. Una posibilidad viable sería además que la conciliación entre partes se lleve a cabo fuera del TAA, es decir, ante un conciliador privado. Así podría establecerse que los costos de la conciliación “extra-administrativa” sean asumidos por la parte interesada. Esto siempre y cuando se den dos condiciones, que en este momento enfatizamos por considerarlas imprescindibles en toda conciliación:

- 1) Que participe la PGR, para lo cual es necesario extender a estos casos la obligatoriedad establecida para los procesos penales.
- 2) Que el TAA establezca plazos razonables para la presentación del acuerdo para su homologación, bajo pena de proceder de ordinario.

5.2. Iniciativa de llegar a un acuerdo conciliatorio.

Ha ocurrido que el TAA ha sido quien ha propuesto la solución por esta vía alterna. A nuestro parecer, deben ser las partes las que lo propongan, lo cual es conveniente establecer a nivel normativo. La materia ambiental es excepcionalmente conciliable, por lo cual debe tenerse como prioridad la imposición de las sanciones, medidas e indemnizaciones en forma unilateral. El TAA no debe tener iniciativa, considerando que mediante la conciliación las consecuencias para el infractor se pueden atenuar. La solución por medio de esta forma alternativa debe ser extraordinaria. Son las partes quienes tienen que proponer y convencer al Tribunal de que la adopción de un acuerdo conciliatorio en determinado caso es la solución más conveniente. Si realmente ello conviene a los intereses públicos tocaría a la PGR -de acuerdo con nuestra propuesta de su participación obligatoria- hacer una valoración y promover la iniciativa ante el TAA en representación de la colectividad.

5.3. Resolución de homologación como acto final.

Por otra parte, como lo establece el artículo 327 de la LGAP, aplicable al TAA, el acto final "...deberá ajustarse a los preceptos y limitaciones del Libro Primero de esta ley." Esto significa entre otros aspectos -como el sometimiento al ordenamiento jurídico, la sujeción a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia ante la discrecionalidad, así como la necesidad de contar la competencia para dictar el acto- que debe cumplir con los elementos esenciales del acto administrativo: motivo, contenido y fin. De lo contrario sería un acto inválido, y susceptible de algún tipo de nulidad.

En primer lugar se deben indicar con claridad elementos fácticos que dan lugar al procedimiento, es decir, el motivo. Actuar de forma distinta implicaría la vulneración más burda del debido proceso.

En segundo lugar el acto debe tener un contenido, que se encuentre íntimamente ligado al motivo. De acuerdo con el artículo 132 de la LGAP este debe ser “lícito, posible, claro, preciso y abarcar todas las cuestiones de hecho y de derecho surgidas del motivo...” Es así como debe contener una relación entre los hechos y las normas con base en las cuales se toma. Ello implica no solo hacer referencia a las normas que establecen las infracciones, sino también a las que permiten la conciliación, donde reside precisamente la debilidad en el estado actual de cosas. Ciertamente es al analizar el contenido que toma relevancia el planteamiento que hemos hecho sobre la necesaria regulación de la materia conciliable y la sustancia de los acuerdos.

Asimismo, el numeral indicado establece que el contenido deberá ser “proporcionado al fin legal y correspondiente al motivo, cuando ambos se hallen regulados.” Considerando que el contenido estuviera debidamente regulado, según nuestra propuesta, y teniendo que el motivo lo está por ser el elemento fáctico de una infracción, la homologación debe ser una medida proporcional a los hechos que dieron lugar al procedimiento. Aquí debe aplicarse el principio de proporcionalidad, que conlleva la necesidad de que la resolución sea fundamentada en cuanto a la relación entre los compromisos adquiridos y el motivo o situación de hecho.

En tercer lugar, debe tener un fin, o varios como lo establece el artículo 131 de la LGAP. Ello quiere decir que el acuerdo homologado por el TAA debe

producir un resultado último, de índole no jurídica, que redunde en la protección del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Es así como el fin puede ser la reparación del daño, el pago de las indemnizaciones, o la toma de medidas preventivas, entre otras, que tienda a lograr un efecto positivo real sobre el bien jurídico que se protege. Lo contrario constituiría desviación de poder.

5.4. Requisitos de los acuerdos.

La dificultad de encontrar un fundamento legal adecuado para la adopción de acuerdos conlleva la imposibilidad de determinar con certeza qué es lo que éstos deben contener. Una de las posibilidades es aplicar el artículo 12 de la Ley RAC:

Artículo 12.- Requisitos de los acuerdos

Los acuerdos adoptados con motivo de un proceso de mediación o conciliación, judicial o extrajudicial, deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Indicación de los nombres de las partes y sus calidades.
- b) Mención clara del objeto del conflicto y de sus alcances.
- c) Indicación del nombre de los mediadores, los conciliadores y, si se aplica, el nombre de la institución para la cual trabajan.
- d) Relación puntual de los acuerdos adoptados.

- e) Si hubiere proceso judicial o administrativo iniciado o pendiente, indicar, expresamente, la institución que lo conoce, el número de expediente y su estado actual y la mención de la voluntad de las partes de concluir, parcial o totalmente, ese proceso.
- f) El conciliador o mediador deberá hacer constar en el documento que ha informado a las partes de los derechos que se encuentran en juego y les ha advertido que el acuerdo puede no satisfacer todos sus intereses. También deberá hacer constar que ha advertido a las partes sobre el derecho que las asiste de consultar, el contenido del acuerdo, con un abogado antes de firmarlo.
- g) Las firmas de todas las partes involucradas, así como la del mediador o conciliador.
- h) Indicación de la dirección exacta donde las partes recibirán notificaciones.

A nuestro parecer estos elementos deben incluirse indefectiblemente en los acuerdos. Sin embargo, la especialidad de la materia hace necesario que se cumpla con otros requisitos en forma obligatoria. Entre ellos proponemos los siguientes:

- Compromisos concretos.

Aunque parezca el requisito más elemental, es común que sea incumplido. Se debería establecer a nivel normativo la necesidad de que los compromisos, dentro de los que se incluyen los planes reparadores, contengan actividades específicas, cuyo cumplimiento pueda distinguirse.

- Separación absoluta entre planes de reparación y planes de gestión.

Es necesario establecer por una parte los planes de gestión y por otra los referentes a la reparación del daño, ya sea reparación *in natura*, restauración equivalente o alternativa, así como la monetarización que pueda derivar de ellas. Ello por cuanto los segundos parten de que propio daño ya fue causado, o se causará indefectiblemente. Por su objetivo es reparador y/o indemnizatorio no es admisible mezclarlos con los planes de gestión, que se refieren a las acciones que se tomarán a futuro para el desarrollo de la actividad que dio lugar al daño. Como mencionamos anteriormente no es conciliable lo relacionado con daños futuros cuando éstos son evitables y controlables. Por lo tanto los planes de gestión deben encontrarse aislados de los planes de reparación. Como sabemos en su construcción y aprobación no hay margen de conciliación, simplemente se aprueban o imprueban de acuerdo con los requerimientos técnicos del caso. Incluso su visto bueno no es competencia del TAA.

A pesar de lo anterior no encontramos perjuicio alguno en que estos planes de gestión se incluyan en un acuerdo una vez aprobados, o bien que se incluya la promesa de contar con ellos. Ello solo refuerza la obligación que ya de por sí existe de contar con ellos.

- Separación dentro de planes de reparación, entre reparación *in natura* y restauración equivalente o alternativa.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, lo relacionado con la reparación *in natura* debe ser inconciliable. Sin embargo no encontramos obstáculo alguno para que sea incluido dentro del acuerdo conciliatorio, como una forma de reforzar su cumplimiento. A pesar de ello, es conveniente que se distinga y se aisle de la restauración equivalente o alternativa, puesto que esta es materia conciliable.

- Plazos para informe sobre cumplimiento de compromisos.

Es claro que la ejecución de los compromisos enfrenta obstáculos que en el momento de su adopción son difíciles de prever. Si bien en algunos casos como cuando existe el deber de depositar una suma determinada por concepto de monetización, es inaceptable cualquier retraso, en muchos otros como los relativos a compromisos que dependen de terceros, la dilación es comprensible. A pesar de ello, consideramos necesario que se establezcan en forma razonable fechas límite para el cumplimiento de determinados objetivos, solo en esa forma se puede controlar el avance logrado e incentivar la

diligencia. Así se podría establecer la obligación periódica de presentar informes al respecto, los cuales sí deben respetar rigurosamente las fechas pactadas. Es decir, el no haber cumplido integralmente con alguna labor asumida para determinada fecha puede no significar un incumplimiento, siempre y cuando el retraso sea justificado; caso contrario al de no informar puntualmente sobre el avance de los compromisos.

6. Ejecución de los acuerdos.

En primera instancia, debemos establecer como hecho indiscutible que la ejecución de los acuerdos va a ser un reflejo de la forma en que han sido adoptados, y de la valoración de daños de la que se ha partido. La imposición de los requisitos y controles que se han venido exponiendo, sin duda resultaría en que los acuerdos sean más eficaces, más acordes a la realidad, y con mayor grado de cumplimiento voluntario. Sin embargo, debemos ocuparnos de las condiciones ciertas en que se ha desarrollado la conciliación en el TAA. En la página web del MINAE se afirma que el grado de cumplimiento de los acuerdos es de un 95%.¹⁶⁷, aunque no exista ningún tipo de registro sobre los casos que se han resuelto mediante esta vía alterna. Esta aseveración deja una enorme duda. Por ello más adelante haremos referencia a tres casos concretos resueltos mediante conciliación, para ver en la especie en que medida se aplica todo lo que se ha venido exponiendo. Antes analizaremos los medios con que cuenta el TAA para fiscalizar y hacer valer los compromisos originados en la conciliación.

¹⁶⁷ http://www.minae.go.cr/dependencias/tribunal_ambiental.htm

Como se mencionó en su oportunidad, el TAA puede recurrir al auxilio y respaldo técnico de todos órganos y funcionarios del MINAE. Esto significa que durante la ejecución de los acuerdos, puede solicitar a los funcionarios del Área de Conservación respectiva o a la SETENA, por ejemplo, que realicen una inspección en el lugar de la restauración para reconocer el avance de los compromisos. Esto pues el propio TAA no cuenta con personal especializado al efecto. Este tipo de constataciones de campo debería ser prioritario. Así podría hacerse una confrontación de los informes periódicos del acuerdo con la realidad. Incluso los mismos miembros del TAA deberían visitar los lugares donde se están llevando a cabo las actividades reparadoras. Es necesario enfatizar enérgicamente en que el acto de homologación no significa que el TAA se puede desentender de los asuntos. Con ello se agotaría la fase de imposición de la actividad administrativa sancionadora, pero restaría la de ejecución. Sería conveniente que esta inspección, con respaldo de personal técnico del propio MINAE o de las instituciones especializadas como las universidades, se realice ante la finalización de la ejecución de los compromisos. Así se podría constatar el efecto del acuerdo, y valorar su eficacia. En caso de que exista incumplimiento, o cumplimiento irregular, el TAA debería contar con la potestad de obligar al infractor a realizar nuevas actividades.

El artículo 9 de la Ley RAC señala:

Artículo 9o.- Acuerdos judiciales y extrajudiciales

Los acuerdos de conciliación judiciales una vez homologados por el juez, y los extrajudiciales, tendrán

autoridad y eficacia de cosa juzgada material y serán ejecutorios en forma inmediata.

Considerando la precisión hecha respecto a la cosa juzgada, este artículo podría aplicarse a la conciliación en el TAA. En cuanto al contenido monetario de los acuerdos, este artículo se respalda con el 630 inciso 5) del CPC, que señala:

Artículo 630.- Procedencia.

Procede la ejecución por la vía de apremio cuando se solicita en virtud de los siguientes títulos, siempre que en ellos se establezca la obligación de pagar una cantidad de dinero, líquida y exigible:

(...)

5) Acuerdos conciliatorios.

Este numeral no hace distinción alguna respecto a la naturaleza de los acuerdos. Sin embargo es claro que se refiere a aquellos de contenidos patrimonial, puesto que regula el proceso de ejecución. En este proceso se podrían decretar embargos de todo tipo. Sin embargo ¿qué sucede con los acuerdos en cuanto a su contenido no monetario?

El Código Penal establece en su artículo 305 el delito de desobediencia:

Artículo 305: Se impondrá prisión de quince días a un año al que desobedeciere la orden impartida por un funcionario

público en el ejercicio de sus funciones, salvo que se trate de la propia detención.

La correcta aplicación de este artículo representaría una consecuencia real ante el incumplimiento no solo de aspectos no monetarios, sino de los monetarios también. Sin embargo el monto de la pena es irrisorio, debería incrementarse para el caso de este tipo de acuerdos. En todo sería conveniente hacer la advertencia sobre este delito en la resolución de homologación, para un mayor cumplimiento voluntario.

Es importante recordar además que ante la no ejecución del acuerdo es posible recurrir a la vía del recurso de amparo ante la Sala Constitucional, como sucedió en el caso correspondiente al voto número 2006-013738 de las 18 horas 7 minutos del 13 de setiembre del 2006:

“(…) Con recursos presupuestados en el año 2005, se costeo el estudio de las mejoras de la Planta de Tratamiento elaborado por el Ingeniero Especialista en Situaciones Sanitarias y con base en él se están realizando las gestiones pertinentes para implementar las mejoras recomendadas, sin embargo aprecia que tales acciones debieron ser implementadas desde hace muchos años, de acuerdo con los compromisos adquiridos por la Municipalidad ante el Tribunal Ambiental Administrativo en 1999 y con las órdenes del Ministerio de Salud. Por ello estima la Sala que se

ha producido una infracción del derecho al medio ambiente y el derecho a la salud de los amparados y de todos los habitantes de la localidad de Oreamuno, pues la falta de operación eficiente de la planta de tratamiento de aguas residuales genera contaminación y atenta contra la salud pública por la contaminación de las aguas de la quebrada Mantas, que tiene gran trascendencia pues las aguas son utilizadas para el riego de actividades agrícolas en la región. La Sala concluye que se ha producido una infracción al derecho a la salud y al medio ambiente en perjuicio de los amparados, producto de la omisión del ente público llamado a la solución del problema aquí planteado, en este caso la Municipalidad recurrida de realizar las acciones oportunas a fin de que la operación de esta planta de tratamiento sea óptima, lo que es su entera responsabilidad, por lo que el recurso debe ser declarado con lugar únicamente en cuanto a la Municipalidad recurrida (...)” (la negrita y subrayado no son del original)

A nuestro criterio, consideramos necesario que se establezca dentro de la normativa a crear para regular la conciliación en el TAA, que el infractor no será liberado de responsabilidad hasta tanto no haya cumplido completamente con los compromisos del acuerdo, en forma similar a lo establecido en materia penal. La conciliación no significa una declinación al ejercicio de la potestad

sancionadora administrativa, por lo que la actividad de ejecución se mantiene y debe realizarse. Para ello debe implementarse como un estadio formal del procedimiento la rendición de un informe final de cumplimiento, en que conste la relación entre los compromisos y la realidad. Asimismo, debe establecerse específicamente que si de este informe final se desprende un incumplimiento o cumplimiento irregular de lo acordado, el TAA podrá establecer medidas adicionales obligatorias, o bien en casos graves continuar el conocimiento del asunto como si no hubiera habido conciliación.

7. Análisis de casos.

Primer caso.

Infractor:

Café Vecinos S.A.

Denunciante:

Funcionarios Área de Conservación Pacífico Central, Oficina Subregional Aguirre Parrita

Expediente en el TAA:

20-00-TAA

Expediente en sede penal:

00-200052-457-F-E-S. Fiscalía y Juzgado Penal de Aguirre y Parrita.

Inicio del procedimiento:

El procedimiento ante el TAA se inició con la denuncia interpuesta el 21 de febrero del 2000 por un funcionario del Área de Conservación Pacífico

Central, Oficina Subregional Aguirre Parrita (OSRAP). Esto cinco días después de que la denuncia fuera puesta por el mismo funcionario ante la Fiscalía de Aguirre Parrita, la cual inició el conocimiento del asunto bajo el expediente número 00-200052-457-F-E-S.¹⁶⁸

Hechos denunciados:

El 10 de febrero del 2000¹⁶⁹ el funcionario denunciante se presentó al lugar de los hechos, donde se estaban realizando obras para la construcción de un complejo de habitaciones para turismo. En la visita constató diferencias entre las obras cuyo permiso se había solicitado a la oficina de MINAE y las que efectivamente se estaban realizando. Había un acceso para maquinaria pesada, con dimensiones de 4 metros por 250, comunicando 5 cortes a nivel – rampas- en una montaña que colinda con el Parque Nacional Manuel Antonio. En una parte se penetraba 20 centímetros de profundidad por 7,30 metros de largo dentro del Parque Nacional. Asimismo se encontraron 4 Guarumos y 2 Chilamates cortados. El daño principal se produjo además del suelo y recurso forestal, al recurso biológico y paisaje.

Fundamento legal.

En la resolución que da traslado a la parte denunciada no se enuncian las normas presuntamente infringidas con los hechos denunciados. Asimismo,

¹⁶⁸ Cabe mencionar que existen ciertas inconsistencias en el expediente penal respecto a las fechas de las actuaciones. Por ejemplo la denuncia tiene fecha 17 de febrero, y sin embargo tiene sello de recibido de 16 de febrero.

¹⁶⁹ Vale decir que en esa misma fecha a las 10 horas la Fiscalía hizo su inspección en el lugar, a pesar de que la denuncia tiene fecha posterior.

propriadamente en cuanto a la adopción de la conciliación se cita como fundamento el artículo 314 del CPC.

En sede penal el procedimiento se tramita con base en la presunta comisión del delito establecido en el artículo 27 de la Ley Forestal, número 7575.

Trámite.

23 de febrero del 2000

En esta fecha el TAA dispone mediante la resolución 71-00-TAA que “previo a instaurar formal procedimiento” se lleve a cabo una inspección ocular en el lugar de los hechos. Esta inspección se realizó el 3 de marzo siguiente fecha prevista en un principio, y constató los hechos denunciados. Esto con posterioridad a la inspección realizada por el Fiscal Auxiliar Rodrigo Alcazar Hernández el 10 de febrero anterior.

30 de marzo de 2000.

Se solicita en el expediente penal la incorporación de la PGR.

5 de abril del 2000

El TAA dispone mediante la resolución 158-00-TAA citar a audiencia oral y pública al representante de la sociedad que realiza las obras.

27 de junio del 2000

Según consta en la resolución 288-00-TAA, ese mismo día fue realizada la audiencia oral y pública, sin que conste acta alguna. En ella se dispuso únicamente solicitar a la Municipalidad de Aguirre la concesión de un permiso de construcción a la denunciada, para que lleve a cabo obras de estabilización que impidan deslizamientos eventualmente perjudiciales a los vecinos así como un mayor daño al ambiente.

24 de julio del 2000

La representación de la parte denunciada solicita fijar una fecha para exponer al TAA el acuerdo de conciliación a que se ha llegado entre los personeros del MINAE, el Procurador Ambiental (a quien no se había convocado al proceso).

26 de julio del 2000.

Mediante resolución número 347-00-TAA, el Tribunal resuelve solicitar la incorporación de la PGR al proceso.

18 de agosto del 2000.

En esta fecha comparece la PGR, y solicita a su vez la nulidad de todo lo actuado, con excepción de aquello que tienda a la protección del ambiente. Ello por cuanto se ha causado una evidente indefensión al tenersele como parte ya habiéndose realizado incluso la audiencia oral y privada. Además solicita que

se tomen las medidas cautelares correspondientes, y que si se debe llevar a cabo otras obras en el lugar, se obligue a que éstas cuenten con una evaluación de impacto ambiental.

30 de agosto del 2000

El Tribunal dicta la resolución 436-00-TAA, en la que declara sin lugar el recurso interpuesto por la PGR. Señala que en adelante se tendrá como parte al órgano consultivo del Estado en todas las actuaciones, por lo que tendrá la oportunidad de defender sus intereses. Asimismo, señala que por la acción de inconstitucionalidad -en estudio para ese entonces- contra el artículo 99 de la LOA, es improcedente la imposición de medidas cautelares. Finalmente convoca a todos los intervinientes a audiencia oral y privada.

16 de noviembre del 2000

Se realiza audiencia oral y privada. Las partes aportaron dos documentos en esa oportunidad. A folio 93 aparece el documento denominado “Valoración de daños ecológicos Café Vecinos S.A.” elaborado por funcionarios del MINAE. En este estudio se hace una valoración del daño, con base en un criterio de valor de mercado, partiendo de la inversión inicial erogada para causar el daño. Así se analizan las zonas de vida alteradas, tipos de cobertura vegetal, categorías de manejo, grado de susceptibilidad del ecosistema, daño in situ, valor potencial del lugar, usos de la zona afectada y amenazas a la población humana. Con esa base se estimó el daño en c.24,000,000.00 que representa 350% del monto invertido en las obras.

Además se aportó el “Plan de Mitigación de Impactos Ambientales”, elaborado por una empresa privada a solicitud de la denunciada. Este documento trata en forma específica pero teórica los posibles impactos a los distintos elementos del ambiente, así como las medidas preventivas y protectoras que se pueden tomar ante ellos. Por lo tanto no concreta ni establece un plan claro para hacer frente al daño causado. Se da un tratamiento que no aterriza al caso particular.

El representante de la denunciada propone un acuerdo económico, que consiste en una indemnización a 5 años plazo de un total de \$77,000 que equivalía en ese momento a c.24,700,000 y corresponde al monto en que los funcionarios del MINAE valoraron el daño. El denunciante, funcionario del OSRAP, y de la PGR se manifiestan en concordancia. El TAA levanta la sesión.

22 de diciembre del 2000

Mediante resolución 627-00-TAA, se le ordena a la denunciada presentar en un plazo de 10 días el Formulario de Evaluación Ambiental Preliminar (FEAP) del proyecto que originó el procedimiento. Posteriormente, y a solicitud de prórroga del plazo por parte de la denunciada, el TAA corrige la resolución y dispone que lo que se requiere es un Plan de Gestión Ambiental, dado que las obras ya han iniciado.

20 febrero del 2001

A pesar de que solo se ha presentado el FEAP ante SETENA por parte de la denunciada, sin que éste haya tenido algún resultado, el TAA dispone

mediante la resolución 99-01-TAA poner en conocimiento de las partes un proyecto de acuerdo de conciliación, que consta de lo siguiente:

- El pago de una indemnización al Estado por un monto de \$77,000 pagaderos en dos tratos de \$22 mil y uno de \$33 mil:
 - a) El primer pago de \$22 mil se realizaría el 1 junio de 2001, mediante la donación de un vehículo último modelo al MINAE.
 - b) El segundo pago de \$22 mil se haría el 2 de enero de 2002, mediante la entrega de un vehículo igual al anterior a la PGR.
 - c) El tercer pago por \$33 mil, se destinaría al Fondo de Valoración y Restauración del Daños Ambientales, a entregar a más tardar el 2 de enero 2003.
- Cumplir con las directrices que dicte SETENA con ocasión del FEAP.

26 de febrero del 2001.

La PGR se opone, por no contener un plan de reparación íntegra del daño ambiental al estado natural anterior, ni señalar que el traspaso de los vehículos al Estado se debe hacer libre del pago de derechos, entre otros motivos.

9 de marzo del 2001.

El TAA cita a folio 210 a firmar el acuerdo de conciliación.

Acuerdo de conciliación.

Aún y cuando la parte denunciada solicitó postergar la firma del acuerdo hasta que se tuviera resolución sobre el Estudio de Impacto Ambiental, el TAA desestimó la gestión y luego homologó mediante la resolución 159-01-TAA del 15 de marzo del 2001 el acuerdo conciliatorio, sin ninguna modificación de fondo en relación con el proyecto sometido a audiencia. Asimismo, aprobó el Plan de Mitigación presentado.

El acuerdo tuvo la venia del TAA con base en el artículo 314 del CPC, y fue firmado, además de los miembros del Tribunal, por el funcionario del OSRAP denunciante, el representante de la PGR y el de la empresa denunciada.

Suspensión del procedimiento a prueba en sede penal.

El 29 de junio del 2001 se lleva a cabo la audiencia preliminar, en la cual participan los representantes del Ministerio Público, de la denunciada, y de la PGR. En ella se expone la posibilidad de finalizar el procedimiento por medio de la suspensión a prueba, con la ejecución de un plan reparador de indemnización al Estado. La parte denunciada expuso el plan, que es prácticamente idéntico al aprobado en el TAA. (En el expediente se hacen reiteradas referencias al procedimiento seguido en el TAA) A pesar de ello, difiere en que se asigna destino a los saldos remanentes de la compra de los vehículos, que en ambos casos son del \$1500. Asimismo, se establece el compromiso de ejecutar un Plan de Mitigación durante 4 años, junto con el reconocimiento del pago de costas. Además se conmina al imputado, representante de la empresa denunciada en sede administrativa, a que no

cambie su domicilio, y se presente a la oficina de Vigilancia y Adaptación social de San José, para que vigile cumplimiento de plan reparador.

Cumplimiento del acuerdo.

De acuerdo con la resolución número 49-03-TAA del 24 de enero del 2003, la entrega de los vehículos fue realizada tanto al MINAE como a la PGR. Sin embargo, la suma restante de \$33 mil no había sido invertida en la forma acordada. Ello pues la constitución del Fondo de Valoración y Restauración de Daños Ambientales no pudo hacerse efectiva. Fue así como se acordó, con participación de la PGR, del Ministro de Ambiente y Energía, la empresa denunciada y la misma Fundación dicha, la modificación del destino de ese dinero, para que se dirija a los siguientes objetivos: 1) Apoyar con \$5 mil el programa de Educación Ambiental del MINAE, que había quedado desfinanciado; y 2) Reforzar la capacidad institucional del TAA con \$28 mil, mediante la adquisición de bienes.

En la ejecución de ambos puntos, el TAA no manejará suma de efectivo alguna, sino que será la Fundación de Parques Nacionales la encargada de hacer los giros contra pro forma y solicitud de cheque. Así se desprende de las facturas constantes en el expediente la compra de mesas, computadoras, sillones, archivadores, así como los gastos de traslado de instalaciones del TAA y el pago de los alquileres por 1 año en el nuevo local, entre otros.

Por su parte, en sede penal, la Dirección General de Adaptación Social fue la encargada de constatar el cumplimiento de los compromisos, exceptuando lo relativo al Plan de Mitigación. Ello lo expresa en el propio

escrito dirigido al TAA, en el que indica que se ha cumplido el Plan Reparador y por tanto se puede dar por extinguida la acción penal. Es así como el Juzgado declara la extinción el 20 de julio de 2005.

Comentario.

En este caso existen varios puntos que reflejan los planteamientos que se han venido haciendo. En primer lugar, podemos notar que concurren infracciones a leyes ambientales, y posibles delitos. En el momento en que el TAA constata esta concurrencia, debería declarar la suspensión del proceso, para que sea el proceso penal el que continúe su curso. Ello sin perjuicio de que, como se ha dicho, hubiera podido mantener su competencia respecto a medidas cautelares tendientes a evitar mayores daños. Así se habría evitado una duplicidad de acciones estatales innecesarias que solo representan un desperdicio de recursos. En sede penal se interpuso acción civil resarcitoria, por lo que la responsabilidad de la empresa no queda excluida.

Por otra parte, en el proceso penal se convocó a la PGR mucho antes que en el procedimiento administrativo. Por ello consideramos que es necesario implementar la obligatoriedad de su participación en este último en la misma forma que en tal jurisdicción. En este caso queda en evidencia que el mandato de tener a la PGR como parte es efectivo. Así es posible contar con un mayor control desde el principio del procedimiento, ejercido por un órgano calificado para defender el interés difuso. En el caso de especie la PGR fue ciertamente citada por el TAA, pero tardíamente. Incluso ya se había llevado a cabo una audiencia oral y privada. Es por ello que, con toda razón, la PGR solicita la nulidad de todo lo actuado. Es una clara violación al derecho de defensa el que

se le cite una vez realizada dicha audiencia. Ello es aún más grave si tenemos en cuenta que el TAA ni siquiera respetó su obligación de levantar un acta de tal diligencia. Sin embargo la nulidad fue rechazada, de lo cual disentimos. Asimismo, se pudo notar que la PGR hizo observaciones al proyecto de acuerdo conciliatorio, aunque posteriormente no se hayan hecho cambios sustanciales. En fin, estos simples actos reflejan la necesidad de que la PGR participe desde un inicio, para que cuestione, impugne, y obligue a que se respete el ordenamiento jurídico.

En cuanto a la valoración del daño ambiental, cabe mencionar que no se establece con claridad su carácter. No se especifica en qué medida es reversible o irreversible. En consecuencia, no se indica expresamente si admite reparación *in natura*, o bien restauración equivalente o alternativa. Esto es de vital importancia para determinar la conciliabilidad en el conflicto. Tampoco se establecieron posibles actividades concretas para llevar a cabo la restauración o reparación. Esto se reflejaría en el “Plan de Mitigación de Impacto Ambiental” presentado por la parte denunciada, en el cual no se concretan actividades claras para la restauración, ni mucho menos fechas de avances. Asimismo, no distingue entre lo referente a reparación y a gestión.

Si bien el acuerdo que se aprobó consistió en el pago de una indemnización correspondiente al 100% del monto en que se valoró el daño causado es necesario hacer ciertos cuestionamientos. A raíz de una deficiente valoración del daño ambiental, el TAA no contaba para el momento de la homologación con un criterio para determinar qué forma de reparación era procedente. Sin embargo ello no justifica su omisión de solicitar a las partes, a SETENA o a cualquiera de las entidades competentes, una aclaración al

respecto. Esta omisión completamente injustificada es la que permite que los dineros correspondientes a la monetarización del daño hayan sido destinados a cuestiones que consideramos no son prioritarias, lo cual podría representar incluso un vicio respecto al fin del acto administrativo. Como se pudo notar, casi la totalidad del dinero quedó distribuido entre MINAE, SETENA y el propio TAA, que son ciertamente todos los sujetos procesales a excepción del infractor. Ello nos da fuertes indicios además de que en estas negociaciones los intereses propios tienen un gran peso, e influyen en forma determinante sobre el resultado. Por lo tanto, queda en evidencia la falta de regulación respecto a las prioridades que deben privar y a los contenidos que debe tener la valoración del daño ambiental y los planes reparadores. Es necesario introducir elementos reglados en la discrecionalidad del TAA para adoptar los acuerdos.

Con relación a la aplicación del artículo 314 del CPC, reiteramos nuestras reservas de que abra la discrecionalidad que permita al TAA admitir la resolución de las controversias sometidas a su conocimiento por medio de conciliación. Es una norma creada para su aplicación en sede jurisdiccional, en los asuntos principalmente comerciales y civiles. Es una norma que solo podría aplicarse al TAA subsidiariamente, en forma residual, sin la claridad y fuerza para modificar la potestad sancionadora otorgada al TAA.

Por otra parte, el acuerdo adoptado en sede penal es prácticamente idéntico al homologado por el TAA. Esto no refleja otra cosa que el desperdicio de recursos y el ejercicio desordenado del *ius puniendi* estatal. En nuestro ordenamiento se maneja un criterio de independencia entre ambas vías. Sin embargo como vemos es puramente formal, pues el resultado penal y

administrativo para efectos prácticos fue el mismo. Por ello reiteramos la necesidad de dar prioridad al proceso penal.

Por último, un aspecto positivo respecto al acuerdo homologado, fue el cumplimiento de la empresa infractora en el aspecto monetario. El manejo de este tipo de compromisos es fácil de controlar y de ejecutar forzosamente, lo cual incentiva el cumplimiento voluntario.

Segundo caso.

Infractor:

Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)

Denunciante:

Se inició de oficio.

Expediente en el TAA:

174-03-TAA

Expediente en sede penal:

03-202240-306-PE. Fiscalía y Juzgado Penal de San Carlos.

Inicio del procedimiento en sede penal:

4 de noviembre del 2003.

Hechos denunciados:

El 30 y 31 de octubre del 2003 se realizó un desembalse en la Planta Hidroeléctrica Peñas Blancas, en San Carlos, la cual se alimenta del río de su mismo nombre, y es uno de los principales afluentes del Río San Carlos. Al

realizar el vaciado se abrió paso a una enorme cantidad de sedimentos que se encontraban acumulados en el embalse, los cuales saturaron las aguas río abajo, y provocaron la muerte una enorme cantidad de peces, camarones, lagartos y otros seres a falta de oxígeno.

El procedimiento se inició de oficio el 4 de noviembre de 2003, con base en dos publicaciones sobre los hechos que se hicieron en el diario La Nación el 2 y 3 de noviembre. (El proceso en sede penal se inició el 7 de noviembre de 2003, bajo el expediente 03-202240-306-PE, a raíz de la denuncia interpuesta por el señor Gerardo Céspedes Rodríguez.)

Fundamento legal.

En el procedimiento seguido ante el TAA no se indicaron en forma específica las normas infringidas con los hechos denunciados. Sin embargo, en sede penal, la denuncia se fundamentó principalmente en los artículos 1 a 5, 59, 71 y 72 de la LOA, 1, 3, 9 y 11 de la Ley de Biodiversidad, la Ley General de Vida Silvestre y la Ley General de Salud.

Por otra parte como fundamento legal para homologar el acuerdo conciliatorio, en la resolución 759-05-3-TAA del 25 de mayo del 2005, el Tribunal señala el artículo 314 del Código Procesal Civil en el considerando único, sin hacer explicación o dar razonamiento alguno. Esto aunque de seguido en el por tanto refiera al artículo 314 del Código Penal, lo cual parece ser un error material.

Trámite.

10 de noviembre de 2003.

Se presentó un oficio emitido por el Ingeniero Fausto Alfaro, funcionario de MINAE, con un informe sobre los hechos que fue solicitado por el TAA en la misma resolución que da inicio al procedimiento. En tal oficio el señor Alfaro señala que se han girado instrucciones a funcionarios del Área de Conservación Arenal Huétar Norte (ACAHN) para que estén monitoreando los ríos afectados durante dos semanas. Asimismo adjunta un informe realizado por tres funcionarios de la Subregión Pital, realizado el 3 de noviembre, en el cual se ratifican los hechos que dan lugar al inicio del procedimiento.

12 de noviembre del 2003.

El Subgerente presenta copia al expediente de un oficio dirigido al Ministro de Ambiente y Energía, al cual se adjunta un informe que el mismo jerarca solicitó sobre las labores de desembalse realizadas en las fechas en cuestión. Este informe se presentó también en el expediente penal.

En dicho informe indica que tanto para la construcción como para la operación de la planta, se cuenta con los permisos respectivos de SETENA. Sin embargo reconoce que el Plan de Gestión Ambiental presentado y aprobado en la Secretaría, no contiene lineamientos de vaciado de sedimentos. Señala por otra parte que aunque la apertura de la compuerta fue gradual, lo que no impidió que se diera la saturación de sedimentos, por la cual el agua tomó una consistencia “pastosa”.

En dicho documento se establecen finalmente algunas recomendaciones frente al daño causado, como buscar a futuro una mejor coordinación con a MINAE, SETENA y municipalidades para próximos desembalses, así como evaluar con cuidado la periodicidad que éstos tendrán.

El mismo 12 de noviembre de 2003 además se llevó a cabo una reunión convocada por el ICE, con funcionarios de la PGR, de la SETENA, del OIJ y de la Fiscalía de San Carlos, así como del ACAHN. En ella funcionarios de la infractora manifestaron que la actividad de desembalse no fue comprendida en el Estudio de Impacto Ambiental. Asimismo, reconocieron que al momento del desembalse no se sabía la cantidad ni composición de los sedimentos existentes. Ello consta en una nota dirigida a la SETENA, cuya copia se agregó al expediente del TAA.

3 de diciembre de 2003.

Mediante resolución número 1258-03 el TAA resuelve citar a Pablo Cob Saborío, Carlos Obregón Quesada y Víctor Martínez Angulo, en su carácter personal y como Presidente Ejecutivo, Subgerente del Sector Electricidad y Director del Centro de Operación Toro, respectivamente, a una audiencia oral y privada, a la cual se convocan además al Director del ACAHN como coadyuvante, a dos agentes del OIJ, y a tres funcionarios de la Fuerza Pública que siguieron de cerca los hechos.

3 febrero de 2004.

En esta fecha, con la presencia de los señores convocados, se lleva a cabo la audiencia oral y privada programada.

El coadyuvante, Director de ACAHN, presenta copia de la resolución número 1333-2003-SETENA de 21 de noviembre de 2003, en la que la Comisión Plenaria ordena al ICE elaborar, mediante una empresa privada u organización independiente avalada por la Secretaría, un informe sobre el daño causado. Asimismo, se solicita que en 30 días presente un Plan de Gestión Ambiental para la actividad de desembalse, así como un plan de monitoreo de los sedimentos que se manejan en la planta.

Asimismo, los denunciados ofrecen una presentación por escrito relativa a la “Mitigación de impactos del Caso Peñas Blancas”. En dicho documento se establecen las formas de mitigación del daño, analizando cada uno de los elementos del ambiente afectados, así como el tiempo estimado y los responsables. Por ejemplo, en el caso de los peces, el plan de mitigación busca la recuperación de la población mediante la creación de criaderos y la reinserción de peces. En esta tarea se define como responsable al ICE, y como participantes a las comunidades, universidades, e Incopesca. En este informe incluso se hace un análisis del impacto social, considerando una parte importante de los efectos del daño.

Es conveniente destacar que en las conclusiones de este informe se establece que “la totalidad de los impactos son de carácter reversible y local”. Asimismo, se establecen algunas medidas a futuro para un mejor manejo de los desembalses, pero siempre aclarando que todos los mecanismos para hacerlo tienen algún impacto.

Luego de admitir la prueba aportada, se da paso a las intervenciones de los participantes. El Director de ACAHN reconoce la existencia del daño, y la necesidad de prevenirlo a futuro, pero manifiesta su anuencia a la adopción de un acuerdo conciliatorio. En general, las partes externan su intención de llegar a un arreglo. En consecuencia, el TAA dispone suspender la comparecencia.

3 de marzo del 2005.

Luego de transcurrir varios meses, durante los cuales se manejaron varias propuestas de acuerdo de conciliación y planes de mitigación entre el ICE y el MINAE, el TAA hace una prevención a las partes mediante la resolución 348-05-03-TAA, solicitando informar en un plazo de 10 días si se ha logrado un acuerdo definitivo. De lo contrario, indica que procederá a resolver lo que corresponde.

9 de marzo del 2005.

El ingeniero Fausto Alfaro, quien dice actuar como funcionario del ACAHN, señala que apenas se está en proceso de revisión del plan de manejo de sedimentos que se adoptará, el cual en todo caso deberá ser sometido a aprobación de la SETENA. Asimismo hace constar sus observaciones sobre el plan sometido a discusión. Recomienda distinguir en el mismo entre las etapas de mitigación y valoración del daño ambiental, y por otro lado la de gestión. Asimismo señala que las actividades a desarrollar son muy generales, y que no puede renunciarse al planteamiento de recursos administrativos y contencioso administrativos sobre lo acordado como se hace en la cláusula tercera. Por lo

tanto indica que mientras no se modifiquen esos puntos no se declarará conforme con el acuerdo.

12 de marzo del 2005

El director del ACAHN, Ingeniero Edgar Ulate, se manifiesta en un sentido diferente al señor Alfaro, en un escrito en que se refiere a la prevención hecha el 3 de marzo por el TAA. Indica que se la hace imposible manifestarse de acuerdo, pues fue negociado mientras el señor Fausto Alfaro era director del ACAHN, y por lo tanto desconoce el contenido del mismo.

18 de marzo del 2005.

El Ingeniero Carlos Obregón, representante del ICE, pide una prórroga al TAA para la presentación del acuerdo definitivo. Señala que desde la audiencia oral y privada se han venido realizando esfuerzos sostenidos para lograr coincidencia en sus posiciones. Además de que se encuentra presentado ante el Despacho del Ministro de Ambiente y Energía una versión final para su firma, por lo cual el cumplimiento de la prevención no depende de su voluntad.

30 de marzo del 2005.

El TAA dispone mediante la resolución 465-05-3-TAA conceder una prórroga de diez días.

14 de abril de 2005.

El ICE solicita una nueva prórroga, dado que el Ministro aún no ha firmado. Por otra parte, y en la misma fecha, el Subdirector del Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC) dirige una nota al Ing. Edgar Ulate, director del ACAHN, para que analice el acuerdo de conciliación. Indica en el oficio, del cual evidentemente se envía copia al TAA, que las observaciones del Ing. Fausto Alfaro no son relevantes por carecer de su investidura por no formar ya parte del ACAHN, lo cual asegura es fácilmente demostrable.

25 de abril del 2005.

El Ing. Edgar Ulate, director del ACAHN, dirige en consecuencia un escrito al Subdirector del SINAC, en el cual indica que “no tiene mayor objeción al acuerdo logrado entre las partes.”

Acuerdo de conciliación.

Mediante la resolución 759-05-3-TAA, dictada 25 de mayo del 2005, el Tribunal homologa el acuerdo conciliatorio que se encuentra agregado al expediente y firmado por los representantes del ICE, por el señor Edgar Ugalde, en sustitución de Fausto Alfaro, así como por el Ministro de Ambiente y Energía. Cabe mencionar dos elementos muy importantes: 1) En este acuerdo no figura la PGR, cuya participación sí se dio en el proceso penal, 2) Esta resolución no contiene considerando alguno en que se haga referencia al fondo de lo conciliado.

El acuerdo básicamente consiste en lo siguiente:

- Identificación y valoración de los daños producidos por el desembalse.

Esto se desarrolla en un cuadro, en que se comprende el impacto del desembalse por elemento del medio ambiente afectado. Este impacto se valora con los siguientes criterios: 1) Intensidad. 2) Persistencia. 3) Reversibilidad. 4) Carácter espacial. Todas las manifestaciones del daño fueron consideradas temporales y reversibles.

Asimismo, establece por cada uno de los elementos afectados y sus variables, actividades de mitigación o compensación, a las cuales se asigna un plazo de cumplimiento y responsables.

En consecuencia se establecen básicamente las siguientes actividades:

- Flora. Propiciar recuperación natural de los ecosistemas. Para ello se realizarán únicamente actividades de monitoreo.
- Fauna. Propiciar recuperación de los ecosistemas mediante criaderos y reinserción de peces en la parte baja de la cuenca.
- Impacto social. Se propone llevar a cabo charlas explicativas, reuniones, y suministrar material informativo y educativo a la comunidad.

Todas estas actividades tienen como plazo de cumplimiento 5 años.

- Alcances de las medidas de compensación y mitigación.

En el acuerdo se desarrolla, aunque sin demasiada profundidad, la forma en que las actividades anteriormente indicadas se ejecutarán. Se incluyen acciones preventivas para próximos desembalses, como el levantamiento de una Evaluación Ecológica Rápida al menos 3 meses antes de un nuevo desembalse, así como la colecta intensiva de peces al menos una semana antes del vaciado total.

En cuanto al manejo de sedimentos, se indica que el ICE esta haciendo una revisión de los procedimientos, a fin de ponerla en conocimiento de SETENA para su aprobación.

Asimismo indica el acuerdo que se desarrollará un Plan de Gestión de la Sub-cuenca de Peñas Blancas, comprensiva del área biológica, agropecuaria y forestal. Para la realización de las actividades propuestas el ICE designará una Unidad de Gestión.

Del avance de la ejecución del acuerdo se rendirá un informe semestralmente a la SETENA y al TAA, el cual será previamente conocido en la respectiva reunión de seguimiento que deberá sostener con la misma periodicidad la Unidad de Gestión con el ACAHN y un representante de la Unidad Técnica del TAA.

- Estimación

El total de las actividades relativas al acuerdo conciliatorio, se estima en un monto de \$1,529,308.

- Disposiciones finales.

En la cláusula tercera del acuerdo se establece que “Las partes se comprometen en forma expresa a no plantear ningún tipo de recurso o examen al caso archivado, ni en vía administrativa ni contencioso administrativa...”

Suspensión del procedimiento a prueba en sede penal

El proceso fue iniciado por una denuncia ante la Fiscalía de San Carlos, en la cual se ofreció abundante prueba testimonial e incluso documental, constituida por un acta notarial levantada con ocasión de los hechos dañinos. Comparecen como imputados Víctor Julio Martínez Angulo y Rolando Solís Durán, funcionarios del ICE. Asimismo, el 16 de febrero de 2004 compareció la PGR como representante de los intereses colectivos. Cabe destacar que en este proceso la Fiscalía obtuvo informes periciales del Departamento de Ciencias Forenses del OIJ. En la indagatoria los funcionarios de la infractora sostuvieron que las actividades por ellos realizadas fueron parte de procedimientos institucionales diseñados por especialistas, por lo que rechazan los cargos que se les imputan. A pesar de lo anterior, la PGR se constituyó en querellante y actora civil. Asimismo el Ministerio Público interpuso su acusación por la supuesta comisión del delito establecido en el “artículo 132 de la Ley de Vida Silvestre y subsidiariamente del tipificado en el 272 bis del Código Penal.” Posteriormente, en la audiencia preliminar se propuso la suspensión del proceso a prueba, con base en el acuerdo conciliatorio homologado en el TAA. Ante tal propuesta, la Fiscalía se manifestó anuente, siempre y cuando se hiciera mayor precisión de las fechas de cumplimiento establecidas en el acuerdo del TAA. Esto fue solucionado mediante un

documento adicional, por lo que la suspensión del proceso a prueba recibió la aprobación jurisdiccional el 29 de agosto del 2005.

En cuanto al seguimiento de lo acordado, en el expediente penal se presentaron los mismos informes que se han presentado ante el TAA.

Cumplimiento del acuerdo.

- Informe semestral junio 2005.

Según este informe, se ha avanzado más de lo previsto inicialmente. Algunas de las actividades efectivamente realizadas para esa fecha son:

- Planos constructivos de estación piscícola.
- Diversas reuniones con grupos locales.
- Se obtuvo visto bueno de Ministerio de Educación para iniciar con el programa educativo ambiental.
- 60 muestreos.
- Visitas a fincas para desarrollo de proyectos agroconservacionistas y agroforestales.
- Instalación de 2 biodigestores.
- Conformación de comisión de desembalse, que busque solución a la acumulación de material. Se encuentran elaborando procedimientos que serán presentados luego a SETENA.

- Informe semestral diciembre 2005.

De acuerdo con el informe presentado, las actividades más relevantes que se han llevado a cabo son:

- Ensayos de reproducción en cautiverio de guapote y machaca, con excelentes resultados para repoblación.
- Establecimiento de viveros de árboles en 3 escuelas de la zona.
- Entrega de árboles.
- Se creó documento denominado “Formulación de Proyectos de Desarrollo Local en Comunidades de la cuenca del Río Peñas Blancas.”
- Se impartió Programa de Educación Ambiental en distintas escuelas de la zona.
- Capacitación sobre lombricultura.
- Instalación de 6 biodigestores.
- Elaboración de plan de contingencia de desembalses.
- Estrategia de comunicación sobre maniobras en el embalse.

Respecto a este informe, los funcionarios de ACAHN designados para el seguimiento del acuerdo, dirigieron una nota al director de dicha Área, con copia al TAA, SETENA y Juzgado Penal de San Carlos. En ella se manifiesta que, si bien existen aspectos positivos respecto a la ejecución del plan, hay algunas áreas en las que es necesario mejorar. Por ejemplo, se nota que el gasto e inversión ha sido inferior al programado, por lo que se solicita que se hagan los ajustes necesarios, y que se certifiquen anualmente por parte del ICE los montos erogados. Asimismo, se insta a que se obtenga la aprobación de SETENA respecto al Plan de contingencia de desembalses.

- Informes semestrales de junio y diciembre 2006.

En el expediente consta copia de una nota emitida por el ICE y dirigida al encargado de la comisión de seguimiento del acuerdo conciliatorio. Según este escrito, recibido por el TAA el 28 de junio del 2006, el ICE entrega al coordinador el tercer informe semestral. Indica que en el mismo se exponen las actividades realizadas. Además se adjunta copia de la certificación de gastos realizada por la Unidad de la Cuenca. A pesar de ello, no se presenta al expediente del TAA el informe para su aprobación, pues debe pasar por el ACAHN.

Lo mismo sucedió con el informe semestral de diciembre de 2006. El 6 de febrero de 2007 el ICE presentó un escrito al TAA, en el cual manifiesta que presenta las notas de comprobante de entrega de los dos informes semestrales del 2006 al encargado de la comisión de seguimiento de la ejecución del acuerdo, para hacer constar que ha cumplido con su parte.

No fue sino hasta el 21 de setiembre del 2007 que se presentan los dos informes completos correspondientes del 2006, con notas firmadas por los tres miembros del comité. Esta es la última actuación registrada en el expediente seguido en el TAA.

Es así como, según el informe, las actividades más importantes desarrolladas para el período de junio son:

- Inicio de movimientos de tierra en el área donde se construirá la estación piscícola, con la incorporación de SETENA como

consultor. Entrega de formulario D2 a SETENA para iniciar construcción.

- Se continua con la producción en cautiverio de guapote con excelentes resultados, se han criado cerca de 3000 alevines.
- Fue firmado convenio con FONAFIFO, para que el ICE aporte para reforestación, protección y sistemas de regeneración.
- Se mantienen todos los viveros con buenos resultados, menos uno que se trasladó.
- Se ha trabajado en forma conjunta con funcionarios de la UNA, en la elaboración de talleres con ciudadanos de la zona, para llevar a cabo actividades propuestas por ellos, como reforestación, embellecimiento de calles, etc.
- Se han realizado reuniones con asociaciones y distintos grupos de presión, con actividades de diagnóstico y charlas informativas, y capacitación para la formulación de proyectos, con el propósito de que los mismos habitantes sean quienes se encarguen de salir de la pobreza que es uno de sus problemas apremiantes. Los talleres han ayudado mejor a entender los problemas socio ambientales.
- Se impartió Programa de Educación ambiental en 24 escuelas, que contiene componente de clasificación y separación de desechos sólidos, entre otros.
- Se han realizado todos los muestreos propuestos desde febrero de 2006.
- Se continuó coordinando con instituciones como el MAG para la promoción de los biodigestores en la zona, así como la producción de hortalizas en ambientes controlados.
- Se desarrollaron capacitaciones sobre cultivos hidropónicos.

- Hasta la fecha se han instalado 38 biodigestores.
- En el expediente consta la certificación del ICE sobre los montos erogados. Hasta el primer semestre de 2006 se invirtieron c.286,325,941 que representa un aproximado de 21,63% del total.¹⁷⁰

Por otro lado, las actividades principales desarrolladas en el segundo semestre del 2006 según el informe son:

- Convenios para producción de guapote con productores locales. Se continúa con reproducción de guapote.
- Aprobación de factibilidad técnica de INCOPESCA para iniciar la construcción de la estación piscícola. Se iniciaron obras de construcción de la estación piscícola.
- Se trabajó en colaboración con el ICE en otros estudios de biodiversidad en otras áreas como Parrita, Reventazón y Bebedero.
- Se inició con ensayos preliminares para realizar la descripción larval de una especie de barbudo cuyos huevos se encontraron por extracción manual, y se les realizó fertilización in Vitro.
- Ya se presentó a la CGR el contrato con FONAFIFO.
- Se produjeron 3138 plantas en viveros de escuelas en área de de Educación ambiental.
- Se entregaron 18,118 árboles del vivero de plantas de de la Unidad de gestión.

¹⁷⁰ Calculando el total de la estimación del acuerdo a un tipo de cambio de c.500.

- Se mantuvo contacto con distintas asociaciones de la zona, y grupos de presión.
- Asesorías brindadas para gestión comunal. Por ejemplo a la Asociación de Mujeres Activas del INVU, en la planificación de proyectos con enfoque de género para presentarlos al IMAS.
- Se realizaron 9 giras demostrativas a la cuenca con grupos de jóvenes adultos para que vean actividades desarrolladas por ICE.
- Se han realizado muestreos hasta diciembre de 2006 para 23 meses de muestreo.
- Se llevo programa marcaje de peces para ver distribución en la cuenca.
- Se realizó segundo estudio de insectos acuáticos.
- Se elaboraron 3 informes a partir del análisis físico químico de aguas.
- Instalación de 15 biodigestores más.
- Se desarrolló programa de lombricultura con vecinos de la localidad.
- Se invirtieron aproximadamente c.152,065,373 que representa un 19,88% del total.

Comentario.

Vale reconocer en este caso la importancia de que el TAA pueda iniciar procedimientos de oficio. Indiferentemente del medio por el cual sea de conocimiento del Tribunal una presunta vulneración al ambiente, la oficiosidad

en estos casos permite mejorar la capacidad de reacción y manejar un mayor margen para determinar la necesidad de medidas cautelares.

En un informe presentado por el ICE al expediente, confeccionado a solicitud del Ministro de Ambiente y Energía, la infractora reconoce expresamente que el plan de gestión con que cuenta, debidamente aprobado por la SETENA, no contiene una estrategia o procedimiento para realizar desembalses. Esta es una omisión grave que debe imputarse en primera instancia al ICE. Aunque el vaciado que dio lugar a la desgracia fuera el primero que se realizaba en la planta, el Instituto cuenta con conocimiento y experiencia que da la operación de otras plantas similares. Además es iluso pensar que desde un punto de vista técnico no se hayan considerado estas variables al momento de construcción de la represa. En segundo lugar, es clara la negligencia de la SETENA al no tomar en cuenta los desembalses. Esto nos deja dudas acerca de la fortaleza del respaldo técnico con que cuenta el TAA, aunque la deficiencia se haya dado en una fase anterior al daño y fuera de la competencia del Tribunal.

Por otra parte, es importante evidenciar que en la adopción de este acuerdo y en el procedimiento administrativo en general, no participó la PGR. Ello comprueba la necesidad de que se establezca normativamente la obligatoriedad de que concurra al procedimiento. Basta con decir que en este mismo caso y en sede penal, donde esta regulación existe, efectivamente la PGR fue tenida como parte. Incluso se constituyó en querellante y actora civil.

En cuanto al soporte técnico en este caso particular, el TAA únicamente fue auxiliado por funcionarios de la Subregión Pital del ACAHN, que

remitieron un informe de dos páginas sobre los hechos. El resto de la información técnica sobre el daño fue proporcionada por el ICE, y no fue consultada con ningún organismo especializado. Esto a diferencia de lo ocurrido en sede penal, donde la Fiscalía de San Carlos obtuvo informes periciales del Departamento de Ciencias Forenses del OIJ.

Asimismo, a pesar de que se utilizaron criterios adecuados para analizar el daño (como la reversibilidad) el mismo no fue estimado económicamente, sino que lo fueron las actividades que se desarrollarían como parte del acuerdo. Esta imprecisión impide analizar si hubo una relación de proporción entre el daño causado y el monto a que se comprometió el ICE en la conciliación. Esto se complica aún más si consideramos que el plan sobre el que se llegó a la conciliación no distingue en forma clara entre las actividades de gestión y reparación. Como vimos, estas observaciones fueron hechas en el procedimiento por el Director del ACAHN. Sin embargo este funcionario dejó su cargo, y posteriormente, el Subdirector del SINAC simplemente instó a dar el visto bueno voluntariosa e irresponsablemente al nuevo funcionario en el cargo, señalando que sus motivos de oposición “son irrelevantes”. Esto en lugar de cuestionarse qué razones habría para hacer tales observaciones. En estos casos, consideramos que la participación de la PGR sería muy beneficiosa, tanto como la implementación de directrices para la presentación de los resultados de la valoración ambiental.

Asimismo vale mencionar que el ex Director de ACAHN expresó su inconformidad con la imprecisión que presentan las actividades a desarrollar con el acuerdo, así como con la renuncia al planteamiento de recursos administrativos y contencioso administrativos sobre lo acordado. En primer

lugar podríamos decir que las actividades son relativamente generales, pero este no es un defecto grave a nuestro criterio. En un plan tan amplio es poco práctico establecer demasiadas precisiones, que al confrontarse con la realidad en muchos casos van a resultar incompatibles. Sin embargo, respecto a la renuncia a los recursos, nos parece que es una observación válida y muy importante. Estos acuerdos tienen un carácter de Impugnabilidad.

Asimismo, en cuanto al fundamento para admitir la conciliación, se recurrió al artículo 314 del CPC nuevamente. Reiteramos nuestra posición y mantenemos la reserva expresada anteriormente. Por otro lado, en cuanto al razonamiento de la resolución, vale mencionar que brilla por su ausencia. No existe una debida fundamentación entre los acuerdos tomados y los daños causados. Ello podría representar un vicio en el contenido del acto, no existe referencia alguna al fondo del asunto.

Es importante la inclusión de fechas para el control de los avances en de las actividades comprendidas en el acuerdo. En sede penal la Fiscalía solicitó aclarar estas fechas, lo cual hizo el ICE en documento adicional al acuerdo del TAA aportado. No obstante, los porcentajes representativos de los montos erogados por la infractora reflejan un avance razonable del plan, que se puede notar en las actividades más importantes que se han llevado a cabo.

Finalmente, debemos reprochar el incumplimiento a la presentación puntual de los informes de avance. En este punto, parece que el componente estatal del comité encargado ha sido el que ha estado fallando. A principios de diciembre de 2007 aún no se había presentado informe alguno de ese año. Si bien la parte infractora ha hecho constar en el expediente su esfuerzo, el

cumplimiento de lo planeado no puede tenerse como logrado. A ello debemos sumar la inoperancia del TAA para manejar el cumplimiento de los acuerdos. En este caso queda claro que ante el atraso de meses en la presentación de los informes el Tribunal ha permanecido inmutable. Sea cual sea el motivo, el TAA no ha tenido la capacidad siquiera de emitir y notificar una simple resolución a los responsables pidiéndoles explicaciones por el atraso. La fase de ejecución en este caso está completamente abandonada.

Tercer caso.

Infractor:

Standard Fruit Company (Standard)

Denunciante:

Ministro de Ambiente y Energía.

Coadyuvantes:

Asociación Justicia para La Naturaleza

Área de Conservación La Amistad Caribe (ACLAC)

Expediente en sede penal:

No hubo procedimiento.

Hechos denunciados:

El 12 de enero de 2003 ocurrió un derrame de un agroquímico denominado Bravo 72 (benzotilo halogenado clorotalonilo) en el aeropuerto 24

millas en Bataán. Este agente fungicida es de alta toxicidad para peces y crustáceos, según lo indica expresamente su propia etiqueta de identificación. Esto debido a la ruptura de un tanque utilizado para almacenarlo. Si bien una gran cantidad del derrame pudo retenerse en el muro de contención dispuesto al efecto y con aserrín, una cantidad indeterminada alcanzó la escorrentía. Fue así como se desplazó a un canal que se conecta con las lagunas de Santa Marta (Chorejal) y Madre de Dios, hasta la Barra Pacuare y la boca o desembocadura del Río Pacuare. Esto al parecer produjo la muerte de enorme cantidad de gran cantidad de peces, microalgas, aves y mamíferos, cuyos reportes datan del 15 de enero siguiente.

Fundamento legal

Ni en la resolución de inicio del procedimiento o la de homologación se indicó norma alguna referente a alguna infracción particular.

Trámite.

29 de enero de 2003.

El Ministro de Ambiente y Energía interpuso la denuncia ante el TAA.

6 de febrero del 2003.

Por medio de la resolución 81-03-TAA se dispuso solicitar varios informes relacionados con lo sucedido a la Oficina de Protección del Ambiente Humano del Área de Salud de Matina, al Jefe de la Fuerza Pública de Batán,

al Director del Área de Conservación La Amistad Caribe (ACLAC), y al coordinador de la Comisión Ambiental de Corbana. Asimismo, se resolvió llevar a cabo una inspección ocular.

13 de febrero de 2003.

Se realiza la inspección ocular en la zona de los hechos.

14 febrero de 2003.

El representante de la Comisión Ambiental Bananera presenta su informe, en que señala que en el aeropuerto 24 millas de Bataán efectivamente se dio un derrame, pero que por las acciones tomadas, la distancia del Río Pacuare, el factor de dilución y la degradación que sufre el químico derramado en esas circunstancias, la matanza de peces no puede tener relación con el hecho. A este escrito se adjunta, entre otros documentos, un informe el Ministerio de Salud, en que se describen los hechos y se hacen algunas conclusiones. Este informe tiene fecha de 21 de enero de 2003.

12 de marzo del 2003

Mediante la resolución 204-03-TAA, el Tribunal desestima la denuncia en cuanto a la muerte de los peces. Señala que no es posible determinar un nexo de causalidad entre el derrame del químico y tal daño a la fauna. El lugar del derrame se encuentra a 17 kilómetros del río, y tanto por la cantidad de líquido derramado –la cual no establece expresamente- como por la topografía del terreno, es imposible materialmente que haya producido el daño. A esto se

debe adicionar la degradación que el químico sufre al ser liberado, así como el factor disolución. A pesar de ello da inicio al procedimiento por el derrame del agente en sí.

18 de marzo 2003.

El Director Regional del Área de Conservación Huétar Atlántica del Ministerio de Salud, interpone recurso de revocatoria contra la anterior resolución, indicando que se basa en una apreciación subjetiva del TAA ante la existencia de una duda. Señala que en este caso se debe favorecer a la naturaleza por el principio *in dubio pro natura*. Está comprobada la toxicidad del químico para los peces, y ello no ha sido valorado de acuerdo con los principios de lógica y la sana crítica.

20 de marzo del 2003.

En esta fecha el mismo Director del ACLAC, interpone recurso de revocatoria contra la resolución antedicha. Señala que la resolución carece de fundamentos técnicos para determinar la imposibilidad de que el derrame haya llegado al río. Por ello el procedimiento no ha cumplido con su fin de determinar la verdad real de los hechos.

En esta misma fecha la Asociación Justicia para la Naturaleza, que había comparecido al expediente el 14 de marzo anterior. Se basa en que el TAA no contó con la prueba suficiente para resolver como lo hizo. Por ejemplo, no se tomó en cuenta el testimonio de los vecinos del lugar, cuyos testimonios

ofrece. Por ello solicita que se revoque la resolución, y que se realice por parte de la SETENA u otro organismo capacitado, un muestreo de lodos en el lugar.

25 de marzo del 2003.

El TAA desestima los recursos interpuestos por el Director del ACLAC, así como por el Director de la dependencia del Ministerio de Salud. A pesar de ello, acoge el recurso interpuesto por la Asociación Justicia para la Naturaleza, a la cual tiene como coadyuvante en el proceso, y revoca la resolución para conocer de la prueba testimonial ofrecida.

8 de mayo del 2005.

Mediante la resolución 416-03-TAA, el Tribunal cita a audiencia el 16 de julio del 2003.

3 junio de 2003.

Como medida cautelar, y ante la posibilidad de nuevas contingencias, el TAA ordena al ACLAC el levantamiento de un “Protocolo o Reglamento de Procedimientos” ante situaciones similares, en el cual se establezca la forma de coordinación entre el OIJ, el Ministerio de Salud, Ministerio de Seguridad Pública.

23 de junio del 2003.

Standard señala otros casos de envenenamiento de peces, que han salido a la luz en la prensa. Por ejemplo el ocurrido 5 meses después del derrame que se conoce en el procedimiento. Por ello solicita que se posponga la audiencia programada, hasta que se obtengan más pruebas y se aclare lo ocurrido con otros derrames.

4 de julio del 2003.

Standard agrega al expediente una publicación de un campo pagado que se hizo el 30 de junio anterior en La Nación, en la que se hace de conocimiento público un estudio realizado por el Centro de Investigaciones de Contaminación Ambiental de la UCR. De acuerdo con este estudio, en que se analizaron aguas del río en cuestión, el agente encontrado es el denominado “bifentrina”, no contenido en ninguno de los productos utilizados por el sector bananero. Por ello solicita al TAA ordenar a la UCR que certifique dicho estudio. Asimismo, indica que no ha contestado la denuncia hasta no contar con suficientes pruebas.

9 de julio del 2003

Por medio de la resolución 704-03-TAA, el Tribunal determina que es el ACLAC la que debe llevar a cabo la medida cautelar ordenada el 3 de junio del 2003, por lo que no debe el TAA emitir ninguna orden de colaboración al MAG o Ministerio de Salud. Asimismo, rechaza por extemporánea la solicitud de prórroga de la audiencia, y cita a las partes para que comparezcan en Bataán el 8 de mayo del 2003.

15 de julio del 2003.

Standard contesta la denuncia. En primera instancia señala que en ningún momento se ha identificado al Bravo 72 como el causante de la matanza de los peces. Incluso se han encontrado otros agentes tóxicos en el agua, que no son utilizados por Standard. El derrame denunciado es reconocido como cierto, sin embargo fue un accidente controlado, sin efectos trágicos. Se calcula que solo 40 litros salpicaron hacia un caño de aguas pluviales. Por contar con el ISO 14001, se logró impedir que casi la totalidad del derrame fuera retenida en las piletas de contención hechas al efecto. Asimismo reitera las razones dadas por el TAA en la resolución del 12 de marzo del 2003, e indica que en relación con los últimos envenenamientos se ha determinado que el agente causante es la “bifentrina”. Además, debe citarse a otras empresas de la zona que podrían haber causado la contaminación.

16 de julio del 2003

Se realiza la audiencia oral y privada. En ella comparecieron el representante del Ministro de Ambiente y Energía, el Director del ACLAC, quien actúa como coadyuvante, el representante de Standard así como la representante de la Fundación Justicia para la Naturaleza. En primer lugar la excepción de litis consorcio necesaria pasiva por extemporánea. Luego se da la oportunidad a las partes de aportar prueba o algún escrito adicional de conformidad con el artículo 317 inciso a) de la LGAP. El representante del Ministro de Ambiente aporta un documento de valoración del daño ambiental realizado por funcionarios del MINAE.

Posteriormente, se otorga la palabra a la representación de Standard, la cual reitera que no existe nexo de causalidad entre la muerte de los peces y el derrame de Bravo 72. Asimismo, solicita al Presidente del Tribunal detallar el contenido del documento aportado por el representante del Ministro. El Tribunal dispone dar 15 minutos para que se analice el contenido de la valoración.

Este documento analiza los daños con base en una metodología denominada Evaluación Económica del Daño Ambiental en Costa Rica, desarrollada por Barrantes y Di Mare para el Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC). Según el estudio, para establecer el daño biofísico se estableció el estado de conservación anterior al los hechos, para determinar su diferencia con el estado posterior. Asimismo, para determinar el valor económico se consideró el costo social, el costo de la recuperación y el costo económico de los recursos afectados. La información base del estudio se recopiló el 9 de julio del 2003.

Considerando que el estado de conservación del ecosistema no era el óptimo al momento del derrame, se estima que el daño tiene un tiempo de recuperación de un año.

En cuanto al costo social, se hizo un estimado de la afectación económica sufrida en turismo, pesca de subsistencia, pesca deportiva y comercial. Ello se estimó en más de cien millones de colones.

En cuanto al costo de recuperación, como alternativa se recomienda la siembra de guapotes, que según expertos es la única con posibilidades de llevarse a cabo. Lo apropiado es sembrar 4000 hembras reproductivas por cada una de las 50 hectáreas, lo cual tendría un costo total de poco más de 65 millones de colones.

Finalmente, el costo económico se determinó con base en la biomasa inutilizada por la contaminación, para un monto de 168 millones. Así como el total del daño se estimó en c.**333,812,000.00**.

Luego de revisar el documento, la representación de Standard alega que es una valoración exagerada, que no tiene bases técnicas y se funda en testimonios. Además indica que se debió dar traslado del documento y no haberlo presentado de forma sorpresiva. No hay prueba técnica ni científica que pueda establecer un nexo de causalidad entre el desfogue y la muerte de los peces.

Posteriormente se otorga la palabra a los demás comparecientes, quienes reiteran sus posiciones conocidas, y se procede a escuchar la prueba testimonial. Una vez evacuada, se informa a las partes que deberán presentar sus conclusiones por escrito en un plazo de 3 días, y se da por finalizada la audiencia.

31 de julio del 2003.

Luego de que los intervinientes aportaran sus conclusiones, en las cuales reiteran las posiciones que han venido sosteniendo, el TAA dispone mediante

la resolución 774-03-TAA, ordenar a la ACLAC que esclarezca algunos puntos de la valoración al daño ambiental presentada el día de la audiencia oral. Pide que se especifique sobre los criterios y estudios técnicos de los que se partió. Por ejemplo en cuanto a los estudios que determinan que se deben sembrar 4000 guapotes por hectárea, los que determinan el precio de la biomasa afectada, entre otros. Se confiere un plazo de 30 días.

26 de setiembre del 2003.

Luego de la prórroga del plazo otorgado por el TAA, el MINAE presenta las aclaraciones solicitadas respecto a la valoración del daño ambiental. Advierte que los datos procesados fueron acreditados por medio de elementos probatorios poco frecuentes, pero que son los únicos por los cuales se podría conocer el asunto. Tal es el caso del estado anterior al daño, que solamente puede ser acreditado por testimonios de vecinos de la zona. Asimismo señala que los hechos en conjunto revelan la causalidad: testimonios, peritos, ubicación de testigos, reacción humana y animal ante el Bravo 72, altos porcentajes de toxicidad de sustancia en condición muy diluida, y en general la particular aptitud del agente químico para producir el resultado. Aclara además que el tiempo estimado para la recuperación fue calculado únicamente para efectos de la valoración, pues los daños causados son diversos y difíciles de identificar con exactitud. En general, en el addendum a la valoración se hacen referencias a algunos científicos sobre los aspectos cuestionados por el TAA.

30 de setiembre del 2003.

En resolución 1035-03-TAA se resuelve pedir informe sobre la valoración del daño al Instituto de Políticas para la Sostenibilidad (IPS).

17 de octubre de 2003.

El IPS rinde el informe requerido. Señala que el documento debe esforzarse por precisar los montos, cantidades y métodos planteados. Asimismo se debe evitar contar dos veces un mismo aspecto del daño, como sucede al estimar la biomasa y por otra parte la cantidad pescada por los lugareños.

25 de noviembre del 2003.

Mediante resolución número 1240-03-TAA el Tribunal resuelve desechar el informe de valoración de daño ambiental presentado por el MINAE. En su lugar, ordena la creación de una comisión de peritos para que valore el daño ambiental ocurrido, integrada por funcionarios de la SETENA, del IPS, y del Fondo Nacional de Financiamiento Forestal (FONAFIFO).

16 de abril de 2004.

La comisión nombrada para la valoración del daño presenta su informe, del cual hacemos una breve referencia.

Para el desarrollo de la valoración, los peritos designados se sirvieron de la colaboración de investigadores del IPS y científicos de la Universidad Nacional, entre otros, conformando el denominado Grupo de Apoyo. Se utilizó nuevamente la metodología desarrollada por Barrantes y Di Mare, y se realizó

para sustentar su desarrollo un taller de consulta con expertos y habitantes de la localidad, seleccionados por sus conocimientos técnicos y su experiencia, el cual según el mismo estudio es la base principal con que se generaron los resultados. La participación de los funcionarios públicos se dio como un recargo de funciones, en cuanto a los privados fue ad honores.

En cuanto a datos obtenidos en forma directa, científicos de la UNA indicaron que era viable hacer estudios de aguas, sedimentos y de comunidad de peces, aunque ya hubiera transcurrido casi un año del evento. El resultado de estos estudios reveló que el estado del ecosistema no era el óptimo antes de los hechos, pues era de un 78.10%. Sin embargo, a partir de ese punto se logró determinar que la fauna acuática ciertamente había sido afectada. En cuanto al estudio de aguas y sedimentos se determinó una reducida cantidad de invertebrados, así como la existencia de trazas de plaguicidas cuya entidad se encontraba pendiente de confirmación. Asimismo, se realizó un gran esfuerzo para capturar peces y se logró retener pocos individuos. Incluso de especies como el sábalo, guapote y guapote tigre no se logró capturar ninguno. Esta situación diverge sensiblemente a la anterior al daño, cuando según los pobladores no había dificultad en pescar en considerable cantidad. Fue así como se determinó que con el daño causado el estado de conservación pasó de 78,10% se redujo a un 16,8%. A partir de ello se propone en el estudio una estrategia de restauración. En el caso del daño biológico, que se declara reversible, se establece la necesidad de imponer veda a la pesca de algunas especies, así como actividades de repoblación en el caso del guapote. Asimismo, en cuanto a la recuperación del daño biológico en general se estableció un plazo promedio de 8,3 años. Respecto a la actividad pesquera se estableció un plazo de 5 años y a la turística uno de 4.

En conclusión, se determinó que el costo de restauración es de \$85,561 y el costo social de \$237,284, para un total de \$322,845. A esta suma se deben adicionar \$10,692 correspondiente al costo del estudio de valoración.

5 de julio del 2004.

Por medio de la resolución 565-04-TAA, el Tribunal ordena convocar a una audiencia de conciliación ambiental, de conformidad con el artículo 314 del CPC.

12 de julio del 2004.

Se realiza la audiencia de conciliación con la presencia de los representantes de Standard, del Ministro de Ambiente y Energía, de Justicia para La Naturaleza y del ACLAC. Los intervinientes discuten, y la audiencia termina, comprometiéndose todos a presentar un acuerdo “dentro de una plazo de tres para su correspondiente homologación”.¹⁷¹

Acuerdo de conciliación

Las partes comparecen nuevamente el 16 de julio del 2004 para presentar para su homologación el acuerdo de conciliación.

En primer lugar, en el acuerdo se advierte que no ha sido posible establecer un responsable absoluto de la matanza de peces denunciada. Sin

¹⁷¹ Expediente 11-03-TAA, folio 841.

embargo Standard, actuando en consecuencia con sus políticas ambientales de avanzada que le caracterizan, quiere tomar la iniciativa y colaborar con el programa de restauración de los daños acaecidos. Por ello se compromete a colaborar en la restauración de especies como el róbalo, guapote, sábalo y mojarra, a través de un aporte anual de \$8,000 durante 5 años consecutivos, para un subtotal de \$40,000.

Asimismo apoyará económicamente el “Protocolo de Emergencias por contaminación de aguas en el ACLAC” mediante los siguientes aportes que conforman un subtotal de \$60,000:

- \$10,000. Elaboración de base de datos y directorios.
- \$2,000. Elaboración de marco jurídico del Protocolo.
- \$10,000. Información y divulgación.
- \$10,000. Capacitación.
- \$28,000. Equipamiento.

Además hará 3 desembolsos anuales y consecutivos de \$5,000 para el monitoreo ambiental previsto en el Protocolo para un subtotal de \$15,000. Estos rubros sumarían **\$115,000**. Por último, continuará impulsando con su mejor esfuerzo el ya avanzado Proyecto de Aeródromo Modelo y Capacitación en Manejo del Aeródromo, calculado en **\$148,000**.

Se acordó que los dineros serían depositados en una cuenta de la Fundación de Parques Nacionales, y serán utilizados siguiendo los procedimientos administrativos de dicha institución. Para ello, el ACLAC, el Consejo Regional Ambiental y la Asociación Justicia para la Naturaleza, conformarán un comité

que determinará la forma y fecha de los desembolsos de conformidad con el cronograma establecido en el acuerdo. Los depósitos anuales se harán cada 1º de agosto. Asimismo, se harán auditorias anualmente, las cuales serán puestas en conocimiento del TAA.

Por otra parte, se establece en la cláusula novena que el MINAE y la Asociación Justicia para la Naturaleza eximen de responsabilidad a Standard, y se dan por satisfechos plenamente con el acuerdo adoptado. De igual forma, en la cláusula décima se comprometen a no plantear ningún tipo de recurso o examen del caso archivado, sea en vía administrativa o contencioso administrativa, ni a reclamar ningún tipo de indemnización.

El TAA resolvió en el mismo acto homologar el acuerdo, sin fundamentar en forma alguna su beneplácito, y absolvió de toda responsabilidad a Standard y su representante.

Suspensión del procedimiento a prueba en sede penal

En este caso no se prosiguió causa penal.¹⁷²

Cumplimiento del acuerdo.

El 30 de julio de 2004 Standard hizo el primer depósito acordado por la suma de \$73,000.

¹⁷² Esto según información suministrada por el Ingeniero Alexander Bonilla, periodista coadyuvante, la Licenciada Ruth Solano, representante de la Asociación Justicia para la Naturaleza, y consulta en la Fiscalía y el Juzgado Penal de Limón.

El 4 de noviembre de 2004 se reúne por primera vez el comité designado en el acuerdo para la aplicación de los fondos depositados por Standard. En esa reunión surge controversia, pues la Fundación debe cargar los costos de administración sin que se hubiera previsto. Queda la duda de si es posible deducir ese rubro de los \$73,000 que ya se han depositado. Es por ello que el Director del ACLAC.

Por otra parte, consta un oficio de ACLAC presentado el 11 de noviembre de 2004 al TAA, en el cuál se solicita el criterio del Tribunal sobre si el equipo y materiales que se adquieren con los montos del acuerdo deben o no ir al MINAE, y sobre quién debe ser el encargado del manejo de la caja chica.

Mediante oficio número 13-05-TAA el Tribunal contesta señalando que tanto el equipo y materiales así como el manejo de la caja chica, debe encontrarse a cargo del MINAE

Posteriormente, mediante resolución 429-05-TAA, el Tribunal ordena al Director del ACLAC informar si se ha implementado el Protocolo de Emergencias por contaminación de aguas para todo el ACLAC.

El 1º de agosto de 2005 Standard hizo el depósito correspondiente al segundo tracto del acuerdo conciliatorio, por un monto total de \$13,000 (\$8,000 para restaurar especies y \$5,000 de contribución).

Asimismo, consta en el expediente una nota de Standard a la comisión ejecutora del acuerdo conciliatorio, presentada el 10 de enero de 2006, en la que solicita que se le entregue la auditoría del manejo de fondos que debió

haber sido puesta en conocimiento del TAA desde hace 6 meses. Esta nota se reitera con la presentación de un escrito ante el Tribunal.

Por su parte, consta en el expediente una nota del MINAE con fecha 16 de enero de 2006, dirigida a Standard, en la que solicita información sobre la creación del aeródromo modelo y otros compromisos, en vista de que ha habido nuevos eventos de contaminación en la zona. Esta información es provista posteriormente por Standard, que especifica sobre la construcción de piletas, la reubicación de estructuras y establecimiento de un sistema de tratamiento de aguas. Además se ha invertido en capacitación al personal para el manejo de aeródromos.

La Asociación Justicia para La Naturaleza presenta un escrito al TAA, con fecha 16 de marzo de 2006, para informar sobre la lentitud en el cumplimiento del plan propuesto. Indica que no ha sido posible dotar a la comunidad de los equipos de comunicación que se había planeado, pues debe estar a cargo del MINAE. Además afirma que la toma de decisiones ha sido asumida por el MINAE, lo que ha causado atrasos por su inacción. Esto se refleja también en la elaboración del Protocolo de Emergencias, para cuyo desarrollo el MINAE ni siquiera ha convocado a una reunión. Es por ello que solicita al TAA que prevenga al Ministerio y a ACLAC para que informen sobre los motivos de sus atrasos. Esta solicitud es reverberada por Standard en escrito posterior.

Mediante escrito presentado el 6 de setiembre del 2006, el Director ACLAC presenta los informes solicitados el 16 de enero y 16 de marzo del 2006. Específicamente remite el Informe Final sobre el Plan de Trabajo 2005-2006,

preparado por la coordinadora del comité de ejecución, en el que se señalan las actividades realizadas entre agosto de 2005 y julio de 2006:

- Se contrataron especialistas para elaboración de base de datos sobre eventos de contaminación ocurridos, inventario de agroquímicos utilizados en la zona y su manipulación, entre otros.
- Se realizaron talleres y reuniones para la elaboración de un proyecto de Protocolo de Emergencia, el cual fue presentado al Ministro de Ambiente y Energía para su visto bueno a finales de 2005.
- El Instituto Regional de Estudios en Sustancias Tóxicas (IREST) de la UNA elaboró un programa de monitoreo de plaguicidas en los ríos, que se encuentra en su etapa inicial.
- Se indica como avance en el objetivo de capacitación, información y divulgación, la realización de dos talleres.
- Se dio una capacitación a las personas encargadas de atender los eventos de contaminación en las aguas durante las giras de monitoreo.
- En cuanto a la restauración, se contrato a ANAI para que lleve a cabo un programa de biomonitoreo. Asimismo se hizo una gira premilitar con funcionarios de OSPESCA e INCOPECA para discutir sobre la viabilidad de la siembra de guapote. Dada la preocupación por la sobrevivencia de los peces, se señala que mediante los programas de biomonitoreo se podrán determinar los lugares menos contaminados para la actividad.
- Se compro equipo para implementar el protocolo (cámara digital, video bin, computadora portátil, etc)

Al informe se adjuntan como anexos un informe financiero a julio de 2006 (en el cual se indica que el saldo disponible a la fecha es de \$61,060), así como la Propuesta de Decreto de Protocolo de Emergencia, y los Programas de monitoreo y biomonitoreo.

El 26 de octubre de 2006 la representante de Justicia para la Naturaleza presenta un escrito al MINAE reiterando la necesidad de revisar y aprobar el Protocolo propuesto.

Comentario.

En primera instancia es necesario evidenciar la gravedad de que no se haya seguido procedimiento penal por los hechos que dieron lugar la denuncia en el TAA. Los acontecimientos sugieren la comisión del delito establecido en el artículo 162 inciso I de la Ley de Aguas número 276 de 27 de agosto de 1942. Es de suponer que esta normativa es de amplio conocimiento por los miembros del TAA, así como de los funcionarios de las Áreas de Conservación y del propio Ministro del Ambiente. Por ello, y por los cargos en que se encuentran, tienen la obligación de denunciar. El no hacerlo podría incluso tipificarse como un delito de Incumplimiento de deberes o de Favorecimiento personal, según los artículos 320 y 330 del Código Penal respectivamente.

Por otra parte, vale recalcar el rezago del TAA en las primeras actuaciones del procedimiento. Aunque la denuncia del Ministro ante el TAA haya sido interpuesta el 29 de enero de 2003, y la muerte de peces se haya manifestado a partir del 15 de enero, el Ministerio de Salud se había

adelantado ya en la obtención de pruebas. El mismo 21 de enero, es decir 8 días antes de que se iniciara el procedimiento en el TAA, Salud ya había realizado un informe sobre los hechos acaecidos. Esto no solo denota que la posibilidad de actuación de oficio con que cuenta el Tribunal no siempre es aprovechada de la mejor forma, sino también que la descoordinación y el aislamiento entre instituciones afines es enorme.

Conviene también hacer patente la ligereza con que el TAA emitió su posteriormente revocada resolución de desestimación de la denuncia. En este caso parece haber estado aplicando el principio *in dubio pro natura*, pero a la inversa. Existiendo duda prefirió descartar el asunto, en lugar de cuestionarse, de alimentar un poco de curiosidad sobre la causa de una catástrofe de tal magnitud. Afortunadamente el ACLAC y la Asociación Justicia para la Naturaleza impidieron que ello sucediera, de lo contrario posiblemente el caso hubiera sido terminado allí. Precisamente por estas situaciones reiteramos la necesidad de que la PGR participe obligatoriamente, sobre todo considerando que en este expediente no intervino.

En este procedimiento, otro de los puntos que se trataron anteriormente queda en evidencia, como lo es la participación del Ministerio de Salud. Como se pudo notar, hubo prueba común en los procedimientos, aunque la coordinación no haya sido la mejor.

Por otra parte es importante recalcar la participación del IPS en el asesoramiento técnico del TAA. A esta misma institución se debió haber recurrido en el caso del ICE. Este organismo se encargó exactamente de señalar las deficiencias que las valoraciones de daño ambiental de los dos

casos anteriores han presentado, como por ejemplo los relativos a la imprecisión de los montos y métodos planteados. Incluso partir de su asesoría se pudo constatar que la propia metodología se estaba utilizando equivocadamente, al contabilizar dos veces un mismo rubro, por un lado como daño social por la cantidad de peces que pescaban los lugareños, y por otro al estimar la biomasa. Asimismo se le debe reconocer su participación en la segunda valoración del daño. La conformación de una comisión de peritos reflejó un enfoque más inclusivo, a raíz del cual se pudo contar con criterios de distintos expertos así como de los lugareños concedores y de la población afectada en general. La participación del denominado Grupo de Apoyo fue determinante en el resultado.

En cuanto a la valoración definitiva, es importante recalcar que el daño biofísico se declara como reversible, y se plantean plazos aproximados de recuperación. Asimismo se propone una estrategia de restauración, conformada por la necesidad de imponer veda a la pesca de algunas especies, así como actividades de repoblación en el caso del guapote. Incluso se establece un monto por concepto de restauración en forma individual. Ciertamente este tipo de estructuración es en el que hemos venido insistiendo. A partir de esta estructuración de la valoración podemos determinar que el monto del compromiso representa un 81,4% del daño monetarizado, lo cual parece razonable.

Por otra parte, el MINAE y la Asociación Justicia para la Naturaleza eximen de toda responsabilidad a Standard en el mismo acuerdo. Incluso se indica que la compañía lo que está haciendo es tomar la iniciativa y colaborar. No obstante, debemos recalcar que es necesario establecer a nivel normativo

que la liberación de responsabilidad por motivos de los acuerdos tomados en el TAA se dará una vez que todos los compromisos se hayan cumplido, y así haya sido verificado.

Respecto al contenido del acto de homologación, enfatizamos la necesidad de que se fundamente y razone tal resolución, lo cual no sucedió en este caso.

En relación con el cumplimiento, es posible constatar en el expediente del TAA que la parte denunciada ha cumplido razonablemente con sus compromisos. A pesar de ello nuevamente ha habido trabas por la lentitud del MINAE y la ACLAC. En este caso también el seguimiento por parte del TAA ha sido insuficiente.

CONCLUSIONES

Mediante el estudio realizado ha sido posible comprobar la hipótesis que se planteó desde un principio: el marco jurídico que regula la realización e implementación de acuerdos conciliatorios en el TAA es insuficiente, y no otorga las garantías procesales y sustantivas suficientes para proteger el medio. Ello queda reflejado en las siguientes conclusiones puntuales:

- La conciliación es una forma alternativa de ejercer la facultad de imposición inherente a la potestad administrativa sancionadora. A diferencia del criterio de oportunidad o ejercicio facultativo de esa potestad, figuras en las que se declina el procesamiento de un infractor, la adopción de un acuerdo conciliatorio establece consecuencias concretas para el incumplido, llevándose a cabo la fase de imposición y de ejecución. En esta medida se considera una potestad de imperio -tal como la que obliga al TAA expresa y únicamente a conocer los hechos constitutivos de infracción e imponer las respectivas sanciones y medidas indicadas en el artículo 99 de la LOA- y en consecuencia debe ser establecida a nivel legal, según lo manda el artículo 59 de la LGAP. Así podemos establecer que, para que el TAA pueda actuar discrecionalmente resolviendo un asunto por un acuerdo conciliatorio, debe existir una ley que se lo permita expresamente, lo cual no sucede. Bajo el entendido de esta carencia legal es que se desarrolla el resto del trabajo.

- Para la homologación de acuerdos conciliatorios en el TAA esta discrecionalidad se ha fundado en el artículo 314 del CPC, como sucedió en los casos analizados. A pesar de ello, la normativa que aplica a nivel procesal en el Tribunal es la LOA en primera instancia así como el MPTAA, la LGAP, y por analogía las disposiciones aplicables en la jurisdicción agraria. Ello hace que exista vicio en las resoluciones de homologación. La única forma en que se podría fundamentar la aplicación del CPC al Derecho administrativo sería su condición de fuente supletoria que ostenta el derecho privado en esa materia. No obstante sería una extralimitación modificar una potestad claramente atribuida aplicando una norma supletoria y aplicable a un campo completamente distinto al del TAA.
- Los artículos cuya aplicación procede, según algunos, serían los 2, 3 y 5 de la Ley RAC. Sin embargo están dirigidos a “Toda persona” y “particulares”, por lo que no aplican al Estado. Ni siquiera interpretando ampliamente el término “persona”, pues se refiere a ella como parte.
- Asimismo, algunos defienden la aplicación analógica del artículo 18 de la Ley RAC, que permite al Estado someter **sus controversias** a arbitraje. Sin embargo es claro que la norma se refiere al Estado como parte, no como órgano con potestad administrativa sancionadora y carente de controversia alguna, únicamente obligado a cumplir con un mandato sancionador expreso.
- Se afirma también que es posible para la tomar ese tipo de acuerdos aplicar el artículo 27 inciso 3 de la LGAP. Sin embargo, ese artículo se refiere a transacción y a arbitraje, casos referidos al Estado como parte. Además su adopción corresponde al Presidente y Ministro, lo cual contraría la desconcentración máxima con que cuenta el TAA.

- En buena teoría, esta posibilidad de adoptar un acuerdo conciliatorio como parte de la facultad de imposición es una manifestación de discrecionalidad administrativa, que debe respetar el ordenamiento, los principios constitucionales y los principios generales del Derecho.
- En cuanto a la competencia del TAA, a nivel administrativo existen numerosas instancias interventoras en materia ambiental, y en muchos casos desarrollan actividades con duplicidad. Sin embargo, por el mandato expreso de la LOA, la que tiene competencia exclusiva para conocer e imponer sanciones, medidas reparadoras e indemnizaciones es el Tribunal. Ello comprendería también la solución por vía de conciliación.
- El Ministerio de Salud tiene una competencia que en muchos casos puede traslaparse con la del TAA. Sin embargo consideramos que ello es justificado, al aplicar la excepción al principio *non bis in idem*, relativa a la diversidad de intereses protegidos. Por tratarse de salud –aunque esté íntimamente ligado con el medio ambiente- es legítimo que desarrolle un procedimiento existiendo otro en el TAA, sin vulnerar el principio citado.
- En nuestro ordenamiento existe independencia entre la vía administrativa y la penal. Es decir, pueden seguirse procedimientos en ambas instancias con coincidencia de hecho, sujeto y fundamento. Esta independencia es a nuestro criterio una vulneración del principio *non bis in idem*. Aunque la infracción esté a su vez tipificada como delito, el infractor-administrado está siendo juzgado dos veces o sancionado dos veces. Esa justificación es un formalismo jurídico que no puede desembocar en un perjuicio real y desproporcionado para quien cometa el ilícito.

- En muchos casos esa independencia se vuelve formal, pues aunque a nivel jurídico lo que suceda en una instancia no determina a la otra, se comparten pruebas, informes y hasta incluso acuerdos conciliatorios, como sucede en el TAA, en que un solo acuerdo puede dar por finalizados ambos procesos. No obstante debemos advertir que es jurídicamente viable que en un caso determinado se adopte un acuerdo conciliatorio representativo de la totalidad del daño en sede administrativa, y en sede penal sean impuestas a su vez sanciones.
- Es necesario ordenar el aparato punitivo estatal, en concordancia con el principio de proporcionalidad que debe regir la materia. Por ello deben establecerse dos reglas fundamentales, aplicables al TAA:
 - **Prioridad del proceso penal.** Cuando haya un procedimiento en el TAA y por el mismo hecho, sujetos y fundamento, se inicie un proceso penal, el Tribunal debe suspender el trámite, y dar prioridad a la vía jurisdiccional. Con base en el principio preventivo y precautorio, solo deberá mantener la competencia para dictar medidas cautelares, y únicamente en forma transitoria, mientras la jurisdicción penal asume el control. Esto con el fin que no quede desprotegido el medio ambiente en el eventual lapso entre la denuncia ante el TAA y la denuncia en sede penal.
 - **Prevalencia de la sentencia penal.** Si la sentencia es condenatoria, se considerará que la pena absorbe la infracción administrativa, y el procedimiento ante el TAA deberá darse por terminado automáticamente. Si la sentencia es absolutoria, el TAA podrá continuar su procedimiento y adoptar un acuerdo conciliatorio si procede. Ciertamente es posible que una conducta

no tipifique específicamente como delito, pero pueda subsumirse como infracción. Ello posibilita que se reinicie en sede administrativa. No obstante, siempre deberá el TAA respetar los hechos probados en la sentencia judicial.

- Al ser un acto administrativo, la Sala Constitucional puede ejercer su control. Puede hacerlo mediante el conocimiento de recursos de amparo antes o después de la homologación del acuerdo, siempre que no se trate de una segunda instancia revisora de aspectos técnico ambientales, como lo ha delimitado la jurisprudencia. Además puede controlar mediante el conocimiento de acciones de constitucionalidad en contra de normas aplicadas en el TAA, una vez que se haya homologado el acuerdo.
- El carácter administrativo de los acuerdos adoptados en el TAA se refleja en tres características que los distinguen de los acuerdos regidos por el derecho privado:
 - **Consensualidad limitada.** Las partes no pueden disponer libremente del conflicto. La existencia de intereses públicos hace necesario que se de un acto de homologación, o de chequeo por parte de una autoridad de que los acuerdos tomados no contravienen la legalidad ni perjudican esos mismos intereses. Al TAA es al que corresponde la homologación.
 - **Impugnabilidad.** La resolución de homologación es un acto administrativo, que por naturaleza es impugnabile. Lo contrario sería admitir que tiene carácter de cosa juzgada, y vulneraría el principio de división de poderes y el derecho a la defensa judicial efectiva. Esto aplica a la homologación de acuerdos por el TAA.

- **Informalidad limitada.** La naturaleza pública de los intereses que intervienen en un procedimiento administrativo sancionador puede hacer necesario que se establezcan determinadas formalidades para alcanzar un acuerdo. Bien puede determinarse un momento procesal particular para la conciliación, o el arribo a un estadio determinado del proceso para conocer definir si la materia es conciliable.
- El hecho de que los acuerdos versen sobre materia ambiental también tiene implicaciones importantes:
 - **Participación obligatoria de la PGR.** Si bien por el interés difuso existente, procede la participación de diversos sujetos públicos o privados, consideramos que en la construcción y adopción de los acuerdos debe participar obligatoriamente la PGR, como garante de la legalidad y de la protección del interés difuso. Incluso su criterio sobre el acuerdo debería ser vinculante. De regularse así, el acuerdo sería adoptado por las partes con la PGR, la cual daría su visto bueno para proceder al segundo y último control por parte del TAA. En caso de que sea el propio Estado el que vulnere la normativa ambiental, y deba comparecer la PGR además como representante de la parte infractora, es conveniente considerar la participación adicional y obligatoria de la Defensoría de los Habitantes.
 - **Valoración previa de impacto ambiental.** Se debe establecer como requisito previo a la conciliación el levantamiento de una valoración del impacto ambiental que revele la siguiente información mínima, en forma separada y lo más precisa posible:

- Qué acciones preventivas se deben tomar.
 - En qué medida el daño admite reparación *in natura* y por que medio puede realizarse.
 - En qué medida es posible restaurar en forma equivalente o alternativa. Sugerencia de formas para lograrla.
 - La monetarización del daño susceptible de reparación *in natura* (contemplando la posibilidad de que lo pueda reparar un tercero) y de la restauración equivalente o alternativa, cada una por aparte.
- **Materia Conciliable.** Consideramos que los criterios de *disponible* y *patrimonial* son insuficientes para determinar la materia conciliable en el campo ambiental. Por ello se deben establecer los siguientes lineamientos:
- **Reparación *in natura*.** Es a nuestro criterio una materia sobre la cual no cabe conciliación. Existiendo la posibilidad de revertir el daño completamente, los principios que orientan al Derecho ambiental nos llevan a excluir este componente de la resolución alterna. La única excepción admisible sería que tuviera un costo o una dificultad exorbitante. Sin embargo lo anterior no impide que se haga referencia a esta reparación en el acuerdo, a manera de refuerzo.
 - **Restauración equivalente o Restauración alternativa.** Respecto a estos tipos de restauración consideramos viable la conciliación. Podría darse en cuanto a la elección de los mecanismos a aplicar entre los sugeridos por la valoración del daño y posteriormente

avalados por el TAA, o bien respecto a los pormenores de su aplicación. Asimismo, podría conciliarse respecto a la relación entre el costo de las formas de reparación a elegir y el monto de valoración del daño ambiental. En ese aspecto parece razonable establecer un margen a partir del monto de la valoración del daño, dentro del cual se pudiera conciliar con el responsable. Por ejemplo, si el valor del daño ambiental es de 100, podría establecerse la posibilidad de que las medidas reparadoras alcancen un valor no menor de 70.

- **Requisitos de los acuerdos.** A nuestro criterio, se debe establecer normativamente la obligación de que los acuerdos cumplan con los siguientes requisitos.
 - **Compromisos concretos.** En la medida de lo posible, es necesario que se establezcan actividades específicas, cuyo cumplimiento pueda distinguirse.
 - **Separación absoluta entre planes de reparación y planes de gestión.** Los planes de gestión no son materia conciliable, pues su validez se debe al cumplimiento de requerimientos técnicos cuya valoración ni siquiera es competencia del TAA. Nada impide, sin embargo, que formen parte de los acuerdos como una forma de reforzar la obligación legal de contar con ellos.
 - **Separación dentro de planes de reparación, entre reparación *in natura* y restauración equivalente o alternativa.** Aunque la reparación *in natura* no sea conciliable, bien puede incluirse dentro del acuerdo

conciliatorio. Sin embargo es necesario que conste por separado, para distinguirla de la materia conciliable.

- **Plazos para informe sobre cumplimiento de compromisos.** Es necesario que conste el avance de los planes de reparación. Por ello la parte infractora debe comprometerse a presentar informes al TAA, en forma puntual e independiente del avance logrado hasta el momento.
- El incumplimiento o cumplimiento deficiente o tardío de los compromisos adquiridos se debe en gran medida a la ausencia de los requisitos señalados en los acuerdos.
- El TAA cuenta con la posibilidad de solicitar informes técnicos a instituciones calificadas como la UNA, el IPS, la UCR, que bien pueden satisfacer las necesidades de asesoramiento. Sin embargo el Tribunal no siempre recurre a ellas.
- El TAA muestra un deficiente control y seguimiento de los casos una vez que se homologan los acuerdos conciliatorios. Esto hace que ni siquiera ponga en práctica los instrumentos jurídicos con que cuenta para lograr el cumplimiento puntual de los compromisos, como lo son la posibilidad de recurrir a la vía ejecutiva en sede civil, o bien la de interponer una denuncia por Desobediencia. Esta tarea bien podría asignársele a un departamento especializado del Tribunal.
- Es necesario establecer a nivel normativo que el infractor que llegue a un acuerdo conciliatorio en el TAA será liberado de responsabilidad hasta el momento en que haya cumplido con sus compromisos, y ello sea certificado por el mismo TAA con el apoyo técnico respectivo. Así se

extraerá claramente ese aspecto de la materia negociable. Además conviene contemplar a nivel normativo la posibilidad de que, si no se ha cumplido con los compromisos, se establezca una suerte de addendum al acuerdo con medidas complementarias, y si el incumplimiento es grave, se retome el procedimiento y se establezcan las sanciones de ordinario.

RECOMENDACIONES

La recomendación fundamental es la elaboración de una regulación para la conciliación en materia ambiental, tanto a nivel de ley como de reglamento.. Se debe otorgar claramente la posibilidad al TAA de finalizar los procedimientos bajo su conocimiento por medio de acuerdos conciliatorios. Además se debe construir un procedimiento de coordinación entre los órganos competentes, para lograr una comunicación fluida que permita aprovechar a cada uno el avance del otro, y no actúen como entes aislados, con propósitos independientes sin grado alguno de colaboración. Sobre todo tratándose de la relación entre el TAA y el Ministerio de Salud. Y en cuanto a la jurisdicción penal, es necesario establecer normativamente la prioridad del proceso penal y la prevalencia de lo resuelto en sede penal, de acuerdo a lo indicado en las conclusiones. Por otro lado, es necesario regular el procedimiento ante el TAA, para establecer que en caso de conciliación sea necesaria la participación de la PGR y de la Defensoría de los Habitantes, según se expuso, y para normar los requisitos con que deben cumplir tanto los estudios de impacto ambiental como los acuerdos conciliatorios. Así se hará obligatorio establecer acuerdos lo más concretos posible, con plazos de avance razonables y fechas impostergables de rendición de informes, en los que se distinga los planes de reparación de los de gestión, y dentro de los planes de reparación la distinción entre los que corresponden a la reparación *in natura* y los que tratan de reparación equivalente o alternativa, etc. Esto además de las consecuencias por su incumplimiento. Además se debe determinar que el relevo de responsabilidad se de hasta el cumplimiento de los compromisos, so pena de la continuación del procedimiento ordinariamente. En fin, debe establecerse un marco normativo acorde con los principios que informan la materia, para lograr que con los

acuerdos conciliatorios se logre priorizar la reparación, se de relevancia a la prevención, y se obtenga la efectiva realización de los compromisos.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALVAREZ DESANTI, Arnoldo. “Principios generales sobre la conciliación.” En Memoria del I Congreso del Comité Americano de Derecho Agrario, celebrado en San José y Liberia, Costa Rica, del 19 al 23 de mayo de 1997. Editorial Guayacán. 1998. p.362.

ALVAREZ HERNÁNDEZ, Frank, y otra. Temas de Derecho Agrario. Ediciones Solano. San José, Costa Rica. 2004.

ARAUJO GALLEGOS, Ana Margarita. Negociación, mediación y conciliación. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica, 2002.

ARIAS, María Gerarda. “Justicia y resolución alternativa de conflictos.” En Seminario sobre la Participación de la Procuraduría General de la República en la Resolución Alternativa de Conflictos, celebrado en San José el abril 13 y 14 del 2000. Memoria. Segunda Edición. Procuraduría General de la República. 2002.

BRENES ESQUIVEL, Ana Lorena. “Posibles reformas legislativas ante el papel del Estado-Procuraduría frnte al RAC.” En Seminario sobre la Participación de la Procuraduría General de la República en la Resolución Alternativa de Conflictos. Memoria, celebrado en San José el abril 13 y 14 del 2000. Segunda Edición. Procuraduría General de la República. 2002.

CABRERA MEDAGLIA, Jorge. Manual de Legislación Ambiental. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica, 2006.

CANCADO TRINCADE, Antonio, Medio Ambiente y Desarrollo: formulación e implementación del derecho al desarrollo como un Derecho Humano, San José. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1993

CARRETERO PÉREZ, Adolfo. Derecho Administrativo Sancionador. Segunda Edición, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y otro. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Segunda Edición. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1982.

GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II, sexta edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1982.

GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Derecho Procesal Administrativo Costarricense. Editorial Juricentro, San José, 1994.

HERNANDEZ MENDIBLE, Víctor Rafael. Fortalecimiento y/o creación de los tribunales administrativos. Transcripción de ponencia realizada en el “Seminario Iberoamericano de Justicia Administrativa: Dr. Eduardo Ortiz”, realizado en el Colegio de Abogados de Costa Rica del 19 al 23 de abril de 1999. Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo. Número 1. Primer Semestre. San José, Costa Rica.

HERNANDEZ VALLE Rubén, El Derecho de la Constitución, Tomo II. San José, Editorial Juricentro, 1994.

JAQUENOD DE ZÖGÖN, Silvia. El Derecho Ambiental y sus principios rectores. Tercera Edición. Editorial DYKINSON S.L., Madrid, 1991.

JORDANO FRAGA, Jesús. La protección del Derecho a un medio ambiente adecuado. Editorial S.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995.

NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos, Madrid, 1994.

OVIEDO Soto, Tarcisio. Un nuevo proyecto de Tribunales Administrativos, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Número 192. Año 1992.

PATIÑO CRUZ Alejandra y otra. Acuerdos de conciliación y mediación: evolución, naturaleza jurídica y evolución. Tesis de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. 2001.

RODAS, Julio. La conciliación y los conflictos ambientales en Justicia Ambiental. Las acciones ambientales para la defensa del medio ambiente. Universidad Externado de Colombia, 2001.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo. Editorial Ramón Areces, Madrid, 1991. p.885. Incluido en Antología de Derecho Público I, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel. Protección del Medio Ambiente. Sanciones administrativas. En Derecho del Medio Ambiente y Administración Local. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996.

TRISTAN Bosch, Jorge. ¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración Pública? Víctor P. De Zavalía. Editor. Buenos Aires, Argentina, 1951.

ZAFFARONI Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal Parte General. Buenos Aires, Editorial Ediar, quinta edición, 1986.

ZELEDÓN ZELEDÓN Ricardo. “El acceso a la justicia ambiental en Costa Rica” En: Seminario sobre daño ambiental, San José, Costa Rica, 1999 y 2000. Memoria. San José, Costa Rica, Procuraduría General de la República, 2002.

ZELEDON ZELEDON, Ricardo. “La modernización de la justicia agraria y ambiental.” En Memoria del I Congreso del Comité Americano de Derecho Agrario, celebrado en San José y Liberia, Costa Rica, del 19 al 23 de mayo de 1997. Primera Edición. Editorial Guayacán. 1998.

ZORNOZA PEREZ, Juan. El sistema de infracciones y sanciones tributarias. Editorial Civitas. Madrid, España, 1992, p.111.

TESIS

ARNESTO MOYA, Alonso. Los principios del Derecho Administrativo Sancionador. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1998, p.53.

GUIER OREAMUNO CARLOTA. La legitimación para la defensa del medio ambiente. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1995

PEREZ CASTILLO, Raymundo y otra. Análisis de la vigencia del principio de irrenunciabilidad de derechos del trabajador en relación con la conciliación judicial o extrajudicial como medios de resolución alterna de conflictos en el Derecho individual de trabajo costarricense. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. 2003.

SITIOS DE INTERNET Y DOCUMENTOS DE SITIOS.

PEÑA CHACON, Mario. “Daño, responsabilidad y reparación ambiental” en www.iucn.org/themes/law/pdfdocuments/CEL10_PenaChacon03.pdf

Directiva de Responsabilidad por Daño Ambiental Número 2004/35/CE, aprobada en 2004 por el Consejo de la Unión Europea en http://www.cica.es/aliens/gimadus/12-13/RESPONSABILIDAD.htm#_ftn61

LEYES Y REGLAMENTOS

Constitución Política de Costa Rica de 7 de noviembre de 1949.

Código Municipal. Ley No. 7794 de 30 de abril de 1998 y sus reformas.

Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Ley No. 4755 de 29 de abril de 1971 y sus reformas.

Código Penal. Ley No. 4573 de 4 de mayo de 1970 y sus reformas.

Código Procesal Contencioso Administrativo. Ley número 8508 del 28 de Abril del 2006.

Estatuto de Servicio Civil. Ley Número 1581 de 30 de mayo de 1953 y sus reformas.

Ley de Biodiversidad. Ley No. 7788 de 30 abril de 1998 y sus reformas.

Ley de Construcciones, Decreto Ley número 833 del 4 de noviembre de 1949.

Ley General de la Administración Pública. Ley número 6227, del 30 de mayo de 1978.

Ley de Impuesto General sobre las Ventas, Número 6826 de 8 de noviembre de 1982 y sus reformas.

Ley de Jurisdicción Constitucional. Ley número 7135 de 11 de octubre de 1989 y sus reformas.

Ley número 7152 del 21 de julio de 1990 y sus reformas.

Ley Orgánica del Ambiente. Ley número 7575 del año 1995 y sus reformas.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Ley No. 6815 de 27 de setiembre de 1982 y sus reformas.

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Número 7472 de 20 de diciembre de 1994 y sus reformas.

Ley Reguladora del Mercado de Valores, Número 7732 de 17 de diciembre de 1997 y sus reformas.

Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Ley número 3667 de 12 de marzo de 1966.

Ley Sobre Resolución Alterna de Conflictos, Número 7727 de 9 de diciembre de 1997.

Manual de Procedimientos del Tribunal Ambiental Administrativo. Decreto Ejecutivo Número 28054-MINAE del 26 de julio de 1999.

Reglamento General para el Otorgamiento de Permisos Sanitarios de Funcionamiento del Ministerio de Salud, Decreto Ejecutivo No. 33240-S del 30 de junio del 2006.

Reglamento de Rellenos Sanitarios. Decreto número 27378- S de 9 de octubre de 1998.

JURISPRUDENCIA

Sala Primera.

Resolución número 19-F-97 de las 14 horas con 40 minutos del 2 de abril de 1997.

Sala Segunda.

Resolución número 2000-825 de las 10 horas del 13 de setiembre del año 2000.

Sala Constitucional.

Resolución número 2006-013738 de las 18 horas 7 minutos del 13 de setiembre del 2006.

Resolución número 2006-007640 de las 14 horas y 30 minutos del 30 de mayo del 2006.

Resolución número 2669-2006 de las 18 horas del 28 de febrero del 2006

Resolución número 2004-11884 de las 8 horas 30 minutos del 29 de octubre del 2004.

Resolución número 2004-8492 de las 8 horas 41 minutos del 6 de agosto del 2004.

Resolución número 2003-12092 de las 11 horas con 12 minutos del 24 de octubre del 2003

Resolución número 2002-08155, de las 10:37 del 23 de agosto del 2002.

Resolución número 2002-06380, de las 15 horas con 23 minutos del 26 de junio del 2002.

Resolución número 1669-2000 de las 14 horas 51 minutos del 18 de febrero del 2000.

Resolución número 2000-09513 de las nueve horas veinticinco minutos del 27 de octubre del 2000, citada en la resolución número 2007-01393.

Resolución número 2331-96 de las 17 horas 39 minutos del 15 de mayo de 1996.

Resolución número 5469-1995 de las 18 horas del 4 de octubre de 1995.

Resolución número 3929-95 de las 15 horas del 24 de julio de 1995.

Resolución número 1264-95 de las 15 horas 33 minutos del 7 de marzo de 1995.

Resolución número 0030-95 de las 16 horas del 27 de enero de 1995.

Resolución número 5594-94 de las 15 horas 48 minutos del 27 de setiembre de 1994.

Resolución número 6816-93 de las 18 horas 30 minutos del 22 de diciembre de 1993.

Resolución número 4423-93 de las doce horas del siete de setiembre de 1993.

Resolución número 3705-93 de las 15 horas del 30 de julio de 1993.

Resolución número 1739-1992, de las 11 horas 45 minutos del 1º de julio de 1992.

Resolución número 1925-91 de las 12 horas del 27 de setiembre de 1991.

DICTAMENES DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Dictamen número C-096-96.

Dictamen número C-318-2006.

Dictamen número C-111-2001.

EXPEDIENTES DEL TRIBUNAL AMBIENTAL ADMINISTRATIVO.

174-03-TAA

15-03-TAA.

20-00-TAA

EXPEDIENTES JUDICIALES.

00-200052-457-F-E-S. Fiscalía y Juzgado Penal de Aguirre y Parrita.

03-202240-306-PE. Fiscalía y Juzgado Penal de San Carlos.

INDICE

Introducción	1
--------------------	---

Sección I.

Derecho Administrativo Sancionador y la materia ambiental.

A) NO INTERVENCION EN MATERIA AMBIENTAL.....	4
B) INTERVENCION EN MATERIA AMBIENTAL.....	5
1. Intervención no Estatal.....	5
2. Intervención Estatal.....	6
2.1 Intervención jurisdiccional.....	7
2.2 Intervención administrativa.....	8
3. Entes Administrativos Interventores.....	9
3.1 Ministerio de Ambiente y Energía	
3.2 Secretaría Técnica Nacional Ambiental	
3.3 Procuraduría Ambiental y de la Zona Marítimo Terrestre	
3.4 Ministerio de Salud	
3.5 Municipalidades	
3.6. Otros	
C) DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	23
1. Fundamento.....	23
2. Relación con el Derecho Penal.....	30

2.1	Relación como regímenes jurídicos	
2.2	Relación entre los ilícitos penales y administrativos en cuanto a su realidad fáctica.	
3.	Relaciones de sujeción especial y sujeción general.....	37
4.	Ejercicio de la potestad sancionadora administrativa.....	42
4.1	Facultades Básicas	
4.1.a.	De establecimiento.	
4.1.b.	De la imposición	
4.1.c.	De ejecución.	
4.2	Ejercicio facultativo de la potestad	
5.	Principios del Derecho Administrativo Sancionador.....	46
5.1	Principio de legalidad.	
5.2	Principio de culpabilidad	
5.3	Principio de proporcionalidad	
5.4	Principio de <i>Non bis in idem</i>	
5.4.a.	Prohibición de duplicidad de sanciones.	
5.4.a.1.	Concurso aparente de normas	
5.4.a.2.	Concurso ideal	
5.4.a.3.	Concurso Real de infracciones.	
5.4.a.4.	Concurso entre infracciones administrativas y delitos.	
5.4.b.	Prohibición de la duplicidad de procedimientos.	
5.4.b.1.	Nuevo proceso administrativo	

- 5.4.b.2. Inicio de proceso penal
- 5.4.c. Excepciones al principio *non bis in idem*.
 - 5.4.c.1. Principio de diversidad de los intereses protegidos.
 - 5.4.c.2. Relaciones de sujeción especial.
- 5.4.d. Recursos de amparo y acciones de inconstitucionalidad
 - 5.4.d.1. Recurso de Amparo.
 - 5.4.d.2. Acción de inconstitucionalidad

Sección II.

El Tribunal Ambiental Administrativo.

A) NATURALEZA JURIDICA Y COMPETENCIA.....111

1. Naturaleza jurídica.

2. Competencia.

3. Otras instancias competentes en la materia.

3.1. Relación del TAA con otras instancias de la Administración.

3.1.a. MINAE.

3.1.b. SETENA.

3.1.c. PAZMT.

3.1.d. Ministerio de Salud.

3.1.e. Municipalidades.

3.1.f. Defensoría de los Habitantes.

3.1.g. Otros.

3.2 Relación del TAA con instancias judiciales.

3.2.a. Relación del TAA con la jurisdicción penal.

3.2.b. Relación del TAA con la jurisdicción constitucional.

3.2. c. Jurisdicción contencioso administrativa.

B) PROCEDIMIENTO150

1. Normativa aplicable.

2. Legitimación.

3. Denuncia.

4. Apertura y desarrollo del procedimiento.

4.1. Medidas cautelares.

4.2. Notificación y traslado.

4.3. Principios jurídicos aplicables.

5. Asesoramiento técnico.

6. Otros aspectos importantes en el procedimiento.

6.1. Acceso al expediente

6.2. Evacuación de la prueba y audiencia.

7. Finalización del procedimiento.

Sección III.

Acuerdos conciliatorios en el TAA

A) RESOLUCION ALTERNA DE CONFLICTOS.....	172
1. De la intervención estatal a la conciliación en el TAA.	
2. Métodos de resolución alternativa de conflictos.	
3. Conciliación.	
B) CONCILIACION EN SEDE ADMINISTRATIVA.....	198
1. La discrecionalidad administrativa.	
2. La opción de la conciliación como parte de la discrecionalidad administrativa.	
2.1. Administración como autoridad sancionadora competente respecto a asuntos en los cuales se lleva a cabo una conciliación.	
2.2. Administración como conciliador o tercero neutral en asuntos que no tienen ligamen alguno con su potestad sancionadora.	
2.3. Administración como parte	
C) CONCILIACION EN MATERIA AMBIENTAL.....	226
1. Ambiente como bien jurídico tutelado.	
2. Daño ambiental y responsabilidad.	
3. Materia conciliable.	
4. Legitimación.	
5. Retos de la conciliación en materia ambiental.	
D) ACUERDOS CONCILIATORIOS EN EL TAA.....	246
1. Fundamento legal.	
2. Competencia del TAA para admitir la conciliación.	

3. Participantes el la conciliación en el TAA.	
4. Naturaleza del acuerdo conciliatorio.	
5. Forma en que se adoptan los acuerdos.	
5.1. Tercero neutral.	
5.2. Iniciativa de llegar a un acuerdo conciliatorio.	
5.3. Resolución de homologación como acto final.	
5.4. Requisitos de los acuerdos.	
6. Ejecución de los acuerdos.	
7. Análisis de casos.....	269
Primer caso.	
Segundo caso.	
Tercer caso.	

Sección IV.

CONCLUSIONES.....	323
RECOMENDACIONES.....	333
BIBLIOGRAFIA.....	335