



## Informe de Investigación

### TÍTULO: INCONSTITUCIONALIDAD DEL TRASLADO DE LAS POTESTADES DE IMPERIO POR MEDIO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Administrativo	<b>Descriptor:</b> Contratación Administrativa
<b>Tipo de investigación:</b> Compuesta	<b>Palabras clave:</b> Delegación de potestades, Reserva de potestades, Concesión de obra pública con servicio público.
<b>Fuentes:</b> Normativa Jurisprudencia	<b>Fecha de elaboración:</b> 08/10

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1. RESUMEN</b> .....	<b>1</b>
<b>2. NORMATIVA</b> .....	<b>2</b>
a) Ley de la Contratación Administrativa.....	2
<b>3. JURISPRUDENCIA</b> .....	<b>3</b>
a) Posición de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.....	3

#### 1. RESUMEN

El presente informe de investigación contiene una recopilación de información sobre la prohibición de transferir potestades de imperio estatales por medio de la contratación administrativa, se incluye la normativa vigente de la Ley de la Contratación Administrativa que regula esta prohibición, así como una cita jurisprudencial relevante.



## 2. NORMATIVA

### ***a) Ley de la Contratación Administrativa<sup>1</sup>***

Concesión de gestión de servicios públicos

#### **ARTÍCULO 74.-** Supuestos y régimen.

La administración podrá gestionar, indirectamente y por concesión, los servicios de su competencia que, por su contenido económico, sean susceptibles de explotación empresarial. Esta figura no podrá ser utilizada cuando la prestación del servicio implique el ejercicio de potestades de imperio o actos de autoridad.

La administración siempre conservara los poderes de supervisión e intervención, necesarios para garantizar la buena marcha de los servicios. La concesión de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter indefinido. Según la naturaleza del servicio, en el reglamento se fijará su duración, que no podrá exceder de veinticinco años.

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

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

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



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

### 3. JURISPRUDENCIA

#### ***a) Posición de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia***

[SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]<sup>2</sup>

“Considerando

I.- Sobre la admisibilidad. Las reglas de legitimación en las acciones de inconstitucionalidad. El artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional regula los presupuestos que determinan la admisibilidad de las acciones de inconstitucionalidad, exigiendo un asunto pendiente de resolver en sede administrativa o judicial en el que se invoque la inconstitucionalidad, requisito que no es necesario en los casos de excepción previstos en el párrafo segundo y tercero de ese artículo, es decir, que por la naturaleza de la norma no haya lesión individual o directa; que se fundamente en la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto, o que sea presentada por el Procurador General de la República, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la República o el Defensor de los Habitantes, en estos últimos casos, dentro de sus respectivas esferas competenciales. A partir de lo antes dicho, se tiene que como primera regla la necesidad de contar con un asunto previo, permitiéndose incluso posibilidades de acudir a la Sala Constitucional en forma directa. Para hacerlo, la norma cuestionada no debe ser susceptible de aplicación concreta, que permita luego la impugnación del acto aplicativo y su consecuente empleo como asunto base. Dispone el texto en cuestión que procede cuando "por la naturaleza del asunto, no exista lesión individual ni directa", es decir, cuando por esa misma naturaleza, la lesión sea colectiva (antónimo de individual) e indirecta. Sería el caso de actos que lesionen los intereses de determinados grupos o corporaciones en cuanto tales, y no propiamente de sus miembros en forma directa. En segundo lugar, se prevé la posibilidad de acudir en defensa de "intereses difusos"; este



concepto, cuyo contenido ha ido siendo delineado paulatinamente por parte de la Sala, podría ser resumido en los términos empleados en la sentencia de este tribunal número 3750-93, de las quince horas del treinta de julio de mil novecientos noventa y tres:

"... Los intereses difusos, aunque de difícil definición y más difícil identificación, no pueden ser en nuestra ley -como ya lo ha dicho esta Sala- los intereses meramente colectivos; ni tan difusos que su titularidad se confunda con la de la comunidad nacional como un todo, ni tan concretos que frente a ellos resulten identificados o fácilmente indetectables personas determinadas, o grupos personalizados, cuya legitimación derivaría, no de los intereses difusos, sino de los corporativos que atañen a una comunidad en su conjunto. Se trata entonces de intereses individuales, pero a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende reciben un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos que se encuentran en determinadas circunstancias y, a la vez, de cada una de ellas. Es decir, los intereses difusos participan de una doble naturaleza, ya que son a la vez colectivos -por ser comunes a una generalidad- e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter"

En síntesis, los intereses difusos son aquellos cuya titularidad pertenece a grupos de personas no organizadas formalmente, pero unidas a partir de una determinada necesidad social, una característica física, su origen étnico, una determinada orientación personal o ideológica, el consumo de un cierto producto, etc. El interés, en estos casos, se encuentra difuminado, diluido (difuso) entre una pluralidad no identificada de sujetos. En estos casos, claro, la impugnación que el miembro de uno de estos sectores podría efectuar amparado en el párrafo 2° del artículo 75, deberá estar referida necesariamente a disposiciones que lo afecten en cuanto tal. Esta Sala ha enumerado diversos intereses a los que les ha dado el calificativo de "difusos", tales como el medio ambiente, el patrimonio cultural, la defensa de la integridad territorial del país y de la Hacienda Pública, entre otros. Al respecto deben ser efectuadas dos precisiones: por un lado, los referidos bienes trascienden la esfera tradicionalmente reconocida a los intereses difusos, ya que se refieren en principio a aspectos que afectan a la colectividad nacional y no a grupos particulares de ésta; un daño ambiental no afecta apenas a los vecinos de una región o a los consumidores de un producto, sino que lesiona o pone en grave riesgo el patrimonio natural de todo el país e incluso de la

Humanidad; del mismo modo, la defensa de la Hacienda Pública es un interés de todos los habitantes de Costa Rica, no tan solo de un grupo cualquiera de ellos. Por otra parte, la enumeración que ha hecho la Sala Constitucional no pasa de una simple descripción propia de su obligación –como órgano jurisdiccional- de limitarse a conocer de los casos que le sean sometidos, sin que pueda de ninguna manera llegar a entenderse que solo pueden ser considerados derechos difusos aquellos que la Sala expresamente haya reconocido como tales; lo anterior implicaría dar un vuelco indeseable en los alcances del Estado de Derecho, y de su correlativo "Estado de derechos", que –como en el caso del modelo costarricense- parte de la premisa de que lo que debe ser expreso son los límites a las libertades, ya que éstas subyacen a la misma condición humana y no requieren por ende de reconocimiento oficial. Finalmente, cuando el párrafo 2° del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional habla de intereses " que atañen a la colectividad en su conjunto", se refiere a los bienes jurídicos explicados en las líneas anteriores, es decir, aquellos cuya titularidad reposa en los mismos detentores de la soberanía, en cada uno de los habitantes de la República. No se trata por ende de que cualquier persona pueda acudir a la Sala Constitucional en tutela de cualesquiera intereses (acción popular), sino que todo individuo puede actuar en defensa de aquellos bienes que afectan a toda la colectividad nacional, sin que tampoco en este campo sea válido ensayar cualquier intento de enumeración taxativa.

II.- La legitimación de la accionante en este caso . A partir de lo dicho en el párrafo anterior, es claro que la acción interpuesta por los dos jefes de la Defensoría de los Habitantes de la República debe admitirse en el tanto se le reconoce legitimación directa para su interposición.

III.- Otros aspectos de admisibilidad. Estando claro que los actores cuentan con legitimación suficiente para promover esta demanda, resta indicar que la actuación impugnada es una de las previstas en el artículo 73 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, ya que se trata de actuaciones subjetivas y concretas efectuadas por autoridades públicas, pero que no son susceptibles de impugnación mediante los recursos de amparo o hábeas corpus, dado que al no haber sido suscrito el contrato referente a la Concesión de Obra Pública con Servicio Público para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Operación y Mantenimiento del Centro Penitenciario de Pococí, no se han generado efectos jurídicos lesivos de cualesquiera derechos fundamentales. Además, la Defensoría de los Habitantes de la República presentó su escrito de interposición en



atención a los requisitos estipulados en los numerales 78 y 79 de la Ley de rito. En conclusión, la presente acción es admisible, por lo que debe entrarse de inmediato a discutir el objeto y el fondo de las misma.

IV.- Acerca de las coadyuvancias. El artículo 83 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que en los quince días posteriores a la primera publicación del aviso a que alude el párrafo segundo del artículo 81, las partes que figuren con asuntos pendientes a la fecha de interposición de la acción, o aquellos que cuenten con un interés legítimo en la definición del objeto en disputa, podrán apersonarse para coadyuvar con cualquiera de las dos posiciones objeto de la discusión, en el caso de las acciones de inconstitucionalidad, básicamente el coadyuvante acude a defender la pretensión anulatoria del actor o a respaldar la validez del acto impugnado. En este caso, las gestiones de coadyuvancia planteadas por un grupo de diputados y diputadas (folio 535), por el diputado José Miguel Corrales Bolaños (folio 571) y por los representantes de la Asociación Nacional de Empleados Públicos y Privados (folio 564), fueron presentadas dentro del plazo establecido en el numeral 83 citado. Además, dichas personas acuden en defensa de intereses legítimos, basados en la adecuada tutela del patrimonio público, así como los derechos de los privados de libertad. Por estas razones, las tres solicitudes de coadyuvancia deben ser admitidas para analizar el fondo de sus alegatos.

V.- Objeto de la acción. La presente acción de inconstitucionalidad está dirigida a impugnar la validez del proceso seguido dentro de la Licitación Pública Internacional número 02-2001 y el acto de adjudicación de la Concesión de Obra Pública con Servicio Público para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Operación y Mantenimiento del Centro Penitenciario de Pococí, a la empresa "Management and Training de Costa Rica, Sociedad de Responsabilidad Limitada", según acta de sesión ordinaria número 01-02 celebrada por el Consejo Nacional de Concesiones a las nueve horas quince minutos del diecisiete de enero de dos mil dos. En opinión de la Defensoría de los Habitantes de la República, mediante las actuaciones mencionadas, el Estado está cediendo a una empresa particular, potestades de imperio que son de su resorte exclusivo, como son las referentes a la ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales penales, la custodia de los privados de libertad con todas sus implicaciones, etc.



## Sobre el fondo.

**VI.- Las potestades de imperio de la Administración.** La Constitución Política diseña un sistema de estricta distribución de competencias entre los diversos órganos que componen el Estado Central. Si bien es propia de la forma adoptada por el constituyente la presencia de frenos y contrapesos reflejados en la existencia de complejas relaciones de colaboración y control entre los Poderes de la República, lo cierto es que la regla general, prevista en el artículo 9 constitucional, dispone en lo conducente la consolidación de ámbitos de actuación exclusiva para los Poderes del Estado, los cuales no pueden siquiera ser delegados entre sí mismos:

“Artículo 9- El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias. (...)”

Son parte del catálogo de atribuciones reservadas a los Poderes del Estado aquellas que la sociedad le ha encargado ejercer con el objeto de asegurar el pleno desarrollo de cada individuo y a la vez cumplir con los fines asociativos de la colectividad. Así, la Constitución Política reserva a los poderes públicos la posibilidad de actuar unilateralmente en preservación del interés general, incluso contra la voluntad de los administrados y mediante el empleo razonable y proporcionado de la fuerza si ello resulta necesario. (Cfr. artículos 11, 12, 139 inciso 3), 140 incisos 9) y 16) En lo que atañe a las potestades de imperio con que cuenta el Estado, cualquier delegación entre órganos o entes públicos resulta ilegítima. En consonancia con esto, la Ley General de la Administración Pública dispone en el artículo 66 que es reserva de Ley la creación y distribución de este tipo de prerrogativas, determinando asimismo que se trata de atribuciones irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles. No cabe duda entonces que si los órganos del Estado y los entes públicos menores no pueden siquiera delegar entre sí las potestades de imperio que les han sido asignadas, mucho menos tolera nuestro ordenamiento que dichas posibilidades de actuación unilateral sean ejercidas directamente por personas privadas, salvo los casos de los llamados entes públicos no

estatales, o entes privados de naturaleza pública, tales como los colegios profesionales, entre otros. En tratándose de este tipo de entidades, la Ley les ha conferido una competencia fundamental de orden público, lo que los somete a un régimen de actuación de Derecho Público, pese a su forma de organización propia del Derecho Común. Por el contrario, en lo que atañe a otros sujetos particulares que eventualmente sean autorizados para llevar a cabo funciones públicas (concesionarios, permisionarios, gestores interesados), a ninguno de éstos se le puede autorizar la realización de atribuciones que impliquen el ejercicio de potestades de imperio. En ese sentido, resulta muy clara la disposición contenida en el artículo 74 de la Ley de Contratación Administrativa, que en lo conducente determina:

“ARTICULO 74.-

Supuestos y régimen.

La administración podrá gestionar, indirectamente y por concesión, los servicios de su competencia que, por su contenido económico, sean susceptibles de explotación empresarial. Esta figura no podrá ser utilizada cuando la prestación del servicio implique el ejercicio de potestades de imperio o actos de autoridad. (...)”

Como corolario de lo dicho hasta este punto, **es claro entonces que ningún procedimiento de contratación para la concesión de una obra con servicio público puede conllevar a la transferencia al particular concesionario, de potestades de actuación unilateral de la Administración, en las que mediante el ejercicio de su “imperium” puede actuar en contra de la voluntad de los particulares, quienes deben someterse a sus desigios por estar los mismos legitimados por su sujeción al principio de legalidad y su finalidad de atención del interés general.** Así, si mediante las cláusulas del Cartel de la Licitación Pública Internacional número 02-2001 para la Concesión de Obra Pública con Servicio Público para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Operación y Mantenimiento del Centro Penitenciario de Pococí, se trasladan poderes de imperio a favor del concesionario, sin duda estaríamos ante un vicio de inconstitucionalidad en los términos indicados.

VII.- La administración del sistema penitenciario nacional. El ordenamiento jurídico costarricense se





basa en una clara distribución de las competencias de los diferentes órganos componentes del sistema penal. Como regla básica, el artículo 39 de la Constitución Política reserva a la Ley formal el establecimiento de tipos penales y penas por la comisión de hechos lesivos de bienes jurídicos de trascendencia. Dicha norma, en concordancia con el numeral 153 constitucional, confiere al Poder Judicial el monopolio de la tramitación y resolución de los procesos penales, de manera que la aplicación concreta de las normas creadoras de tipos penales solamente sea posible luego de realizado un proceso por los tribunales jurisdiccionales competentes, en el que además se haya garantizado plenamente el ejercicio de la defensa del imputado y se haya demostrado efectivamente su culpabilidad. El referido artículo 153 además determina que compete al Poder Judicial la ejecución de sus resoluciones, con el apoyo de la Fuerza Pública si ello fuere necesario. En adición a lo anterior, el artículo 140 inciso 9) constitucional determina dentro de las competencias del Poder Ejecutivo, la ejecución y las acciones para el cumplimiento de cuanto dispongan en uso de sus atribuciones, los tribunales de justicia y los organismos electorales. De esta forma, aunque compete a la Justicia (a través de los tribunales juzgadores y los juzgados de ejecución de la pena) la toma de las decisiones fundamentales en materia de cumplimiento de las penas privativas de libertad, es el Poder Ejecutivo, por medio de la Dirección General de Adaptación Social y el Instituto Nacional de Criminología (órganos del Ministerio de Justicia y Gracia), a quien corresponde la planificación y la concreta administración de los centros penitenciarios, la custodia de los privados de libertad, la ejecución de los programas de reinserción en la sociedad de las personas condenadas, etc. El artículo 7° de la Ley de creación de la Dirección General de Adaptación Social, número 4762 de ocho de mayo de mil novecientos setenta y uno, específicamente confiere a la Dirección General, la custodia y tratamiento de los privados de libertad, ofrecimiento de servicios de seguridad en los centros penitenciarios, etc. Por su parte, el numeral 7° de la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Gracia, número 6739 de veintiocho de abril de mil novecientos ochenta y dos reitera dichas competencias y añade las relativas a la reinserción y evitación de la reincidencia. En síntesis, las funciones esenciales del Estado en cuanto al cumplimiento de las sentencias de los tribunales penales que impongan pena de prisión a una persona, están distribuidos entre los Juzgados de Ejecución de la Pena, encargados del efectivo cumplimiento de la sanción, así como de la defensa de los derechos de los internos y del respeto del principio de legalidad en la actividad de la Administración Penitenciaria (cfr. artículos 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 458 del Código Procesal Penal) los cuales disponen:



“Artículo 112.- Los juzgados de ejecución de la pena conocerán:

- 1.- De las fijaciones de pena y las medidas de seguridad posteriores a la aplicada por el tribunal de sentencia.
- 2.- De las incidencias y los incidentes formulados en relación con las medidas de control y vigilancia, durante la etapa de ejecución.
- 3.- De la extinción, la sustitución o la modificación de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad impuestas.
- 4.- De los incidentes de ejecución, las peticiones, las quejas y los recursos interpuestos por las partes, en esta etapa del proceso.
- 5.- De los demás asuntos que la ley establezca.”

“Artículo 458.-

Atribuciones de los jueces de ejecución de la pena. Los jueces de ejecución de la pena controlarán el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las finalidades constitucionales y legales de la pena y de las medidas de seguridad. Podrán hacer comparecer ante sí a los condenados o a los funcionarios del sistema penitenciario, con fines de vigilancia y control.

Les corresponderá especialmente:

- a) Mantener, sustituir, modificar o hacer cesar la pena y las medidas de seguridad, así como las condiciones de su cumplimiento.
- b) Visitar los centros de reclusión, por lo menos una vez cada seis meses, con el fin de constatar el respeto de los derechos fundamentales y penitenciarios de los internos, y ordenar las medidas correctivas que estimen convenientes.
- c) Resolver, con aplicación del procedimiento previsto para los incidentes de ejecución, las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecten sus derechos.
- d) Resolver, por vía de recurso, las reclamaciones que formulen los internos sobre



sanciones disciplinarias.

e) Aprobar las sanciones de aislamiento por más de cuarenta y ocho horas, en celdas.”

**Considerando que la ejecución de las sentencias jurisdiccionales en que son impuestas penas privativas de libertad implica el uso de la fuerza por parte del Estado, tolerado tan sólo por la violación grave de bienes jurídicos de importancia para la colectividad y luego de un proceso en que ha sido garantizado el ejercicio de su defensa material y técnica, es claro que muchas de las actividades que implica la Administración del sistema penitenciario importan el uso de potestades de imperio del Estado, pues habilitan a éste a actuar aun contra la voluntad de los privados de libertad y de terceros, incluso estando habilitado para hacer uso de la fuerza física, en casos excepcionales, con el objeto de asegurar una adecuada convivencia intracarcelaria, asegurar la efectiva aplicación de la pena y proteger los derechos de los propios privados de libertad, del personal penitenciario, etc. Si por medio del procedimiento de contratación objeto de esta acción, el Estado está cediendo alguna de sus potestades de imperio, delegando en un sujeto particular el ejercicio de sus funciones exclusivas, dicha entrega de facultades sería contraria al Derecho de la Constitución. Más adelante, deberá la Sala revisar atentamente el contenido del cartel de licitación, a efecto de determinar si la mencionada transferencia se da en el presente caso.**

**VIII.- La concesión de obra con servicio público.** La figura empleada en el presente caso como medida para atacar el problema de la sobrepoblación carcelaria, así como la inexistencia de un centro adecuado para personas privadas de libertad que requieran de máxima contención, fue la de la concesión de obra pública con servicio público, regulada en la Ley número 7762 de catorce de abril de mil novecientos noventa y ocho. Por medio de dicho instituto, la Administración puede encomendar a un tercero, persona pública, privada o mixta, la planificación, financiamiento, construcción, conservación, ampliación o reparación de cualquier infraestructura pública, así como la prestación de los servicios públicos asociados a dicha obra, incluidos en el cartel de licitación, a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra, a los beneficiarios de los servicios o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente. Se pretende, a través del uso de este tipo de concesión, que la colectividad obtenga un bien inmueble necesario para el interés general y a la vez contrate con un tercero encargado de brindar eficiente y

eficazmente los servicios públicos que se prestan en o haciendo uso de dicha infraestructura. No se trata apenas de la construcción de una obra pública, para lo que se podría emplear la figura del contrato de construcción o el de concesión de obra pública, ni apenas de la autorización para que un tercero lleve a cabo un servicio público, pues en ese caso se podría emplear la figura de la concesión de servicios. En casos en que la Administración requiera ampliar su activo inmobiliario sin emplear los fondos presupuestarios disponibles para la adquisición de bienes de capital o bien incurrir en un endeudamiento, y al mismo tiempo determine necesario dar a un tercero la gestión de los servicios públicos asociados a tal obra por un plazo determinado, el contrato de concesión de obra pública con servicio público es la alternativa que le brinda el ordenamiento. Si bien la Constitución Política no contiene un estatuto completo del régimen de concesión de este tipo de bienes, al menos sí sienta algunas reglas generales al respecto. En primer término, el artículo 121 inciso 14, aunque en forma relativamente genérica, determina la dominialidad de los bienes afectos al servicio de la colectividad, y dispone la posibilidad de dar en concesión determinados tipos de bienes, ya sea mediante una concesión especial aprobada por la Asamblea Legislativa o bien por medio de un acto administrativo, siempre que sea llevado a cabo en los términos de una “Ley marco”. Asimismo, el numeral 182 constitucional somete a éste y otros tipos de contratos efectuados por el Estado y las otras administraciones públicas al régimen especial de contratación pública, que obliga a emplear la licitación como instrumento de formación transparente y eficaz de la voluntad administrativa. A lo anterior deben ser agregadas las normas generales de la Constitución Política en materia de distribución de poderes públicos, así como el régimen de los derechos fundamentales de las personas, aspectos todos que limitan y contornan la potestad de dar en concesión bienes y servicios públicos. Es por ende la Ley número 7762 de catorce de abril de mil novecientos noventa y ocho la que desarrolla las genéricas disposiciones constitucionales, así como el Reglamento General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, Decreto Ejecutivo número 27098-MOPT de doce de junio de mil novecientos noventa y ocho y sus reformas, aunque la definición concreta de tales preceptos no ocurre sino en los instrumentos empleados para la contratación, como el cartel de licitación, la oferta del adjudicatario, aprobada en el proceso de evaluación, y el contrato de concesión. Procederá la Sala de seguido a describir el proceso de contratación objeto de esta acción de inconstitucionalidad.

IX.- Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, operación y mantenimiento del Centro Penitenciario de Pococí . Esta acción de inconstitucionalidad está dirigida a atacar la validez de la



Licitación Pública Internacional número 02-2001, así como del acto de adjudicación de la Concesión de Obra Pública con Servicio Público para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Operación y Mantenimiento del Centro Penitenciario de Pococí, a la empresa “Management and Training de Costa Rica, Sociedad de Responsabilidad Limitada”, según acta de sesión ordinaria número 01-02 celebrada por el Consejo Nacional de Concesiones a las nueve horas quince minutos del diecisiete de enero de dos mil dos. Dicho procedimiento de contratación está destinado a lograr que el adjudicatario se encargue del diseño, construcción, financiamiento, operación y mantenimiento de un centro penitenciario de mediana y máxima seguridad en el cantón de Pococí, con el objeto de reducir el hacinamiento en los centros de atención institucional y garantizar que el país cuente con un establecimiento adecuado para los niveles medio y máximo de contención. En forma más detallada, las cláusulas 2.1 y 2.2 del cartel de Licitación describen los objetivos generales y específicos del proyecto, en los términos que se transcriben:

“2.1 Objetivos generales. El Gobierno, a través de la Dirección General de Adaptación Social (“DGAS”) del Ministerio de Justicia y Gracia y en asociación con el CNC, ha identificado la necesidad de:

1. Aumentar la seguridad pública e institucional del Sistema Penitenciario Nacional;
2. Disminuir la sobrepoblación de las instalaciones que componen el sistema penitenciario nacional;
3. Mejorar el procedimiento para la clasificación y la ubicación de internos dentro del sistema penitenciario;
4. Mejorar las condiciones de vida de los privados de libertad;
5. Mejorar la calidad y efectividad de programas de asistencia técnica de los privados de libertad y bajar la tasa de reincidencia a través de un plan de atención técnica basado en resultados;
6. Mejorar los procedimientos operativos para aumentar la prevención, la preparación y el manejo de eventos críticos y
7. Reducir los costos operativos en el largo plazo

El Ministerio ha determinado que es necesario crear una nueva capacidad institucional

para cumplir con estos requisitos. El Ministerio, con el apoyo del Consejo Nacional de Concesiones, estima que puede llenar estas necesidades con la introducción del capital privado y experiencia administrativa en el sistema penitenciario. Por tanto, el CNC pretende otorgar, a través de la Ley de Concesiones, a un Adjudicatario, una Concesión a largo plazo para el diseño, construcción, financiamiento, operación y mantenimiento de un Centro Penitenciario en Pococí.”

“2.2 Objetivos específicos de la concesión. La intención del Gobierno es que el oferente seleccionado para ser el Concesionario deberá:

- 1- diseñar el Centro Penitenciario Pococí de acuerdo con las especificaciones requeridas por el Gobierno, incorporando el terreno existente y otras instalaciones si fueran requeridas con la debida consideración de la topografía local;
- 2- construir instalaciones a un costo fijo y con una fecha de finalización garantizada; asegurar todo el financiamiento necesario para el diseño y las actividades de construcción dentro del contexto de las disposiciones descritas en el Marco Financiero en la Sección 2.5.2;
- 3- mantener las instalaciones de acuerdo con los estándares definidos y aceptados por el Gobierno durante el plazo de la Concesión y
- 4- ser responsable de las operaciones diarias de las instalaciones, que incluyen pero no se limitan a, la seguridad, los programas, el manejo de los privados de libertad y las funciones de apoyo, a lo largo del término de la Concesión, de acuerdo con los estándares definidos por el Gobierno.

Los objetivos del Gobierno para celebrar el Contrato de Concesión para el Proyecto son los siguientes:

- 1- proteger al público costarricense manteniendo a los individuos enviados a prisión por los tribunales en un ambiente seguro, protegido, saludable y digno;
- 2- reducir el crimen al ofrecer a los privados de libertad un régimen constructivo que contrarreste el comportamiento ofensivo, mejore las destrezas educativas y laborales y promueva un comportamiento respetuoso de la ley, tanto durante su custodia, como después de que sean liberados;



3- introducir en el sistema penitenciario en Costa Rica programas nuevos y eficientes para los privados de libertad y técnicas de administración de instalaciones, mediante el ejemplo constructivo, estándares de desempeño y prácticas eficientes basadas en la experiencia del Concesionario y

4- asegurar todos los objetivos anteriores de forma costo-efectiva y consistente con las prioridades fiscales del Gobierno.”

Como se puede apreciar, el sistema proyectado implica la realización de diversas tareas por parte del concesionario del Centro Penitenciario de Pococí. No solamente su diseño, construcción y mantenimiento, sino incluso su operación, lo que incluye funciones relativas a la seguridad, los programas, el manejo de los privados de libertad y las labores de apoyo a las autoridades de la Dirección General de Adaptación Social, el Poder Judicial y otras revestidas de competencias para la actuación en el sistema penitenciario. Si bien son funciones propias del Estado el diseño, construcción y mantenimiento de los centros penitenciarios, a juicio de esta Sala, nada impide que la realización de tales tareas sea dada en concesión a un tercero, incluso a un sujeto de Derecho Privado. En atención al interés general, tales actividades pueden ser asignadas a una entidad o empresa con amplia experiencia en la edificación y mantenimiento de infraestructura penitenciaria, sin que ello implique en modo alguno la delegación de competencias reservadas exclusivamente a la Administración. Atención especial merece el tema de las atribuciones de administración de los centros penitenciarios que el Cartel contempla como destinadas a ser efectuadas por el concesionario. Lo anterior debido a que –como se dijo ampliamente en los “considerandos” VI y VII de esta misma sentencia, hay ciertas competencias relacionadas con el manejo de los centros penitenciarios que por ser manifestaciones del Imperium estatal, no pueden ser cedidas a particulares. Sobre este tema, la Sala dijo lo siguiente al analizar la validez de la gestión interesada como mecanismo para la administración de los servicios aeroportuarios, en la sentencia número 2001-11657, de las catorce horas con cuarenta y tres minutos del catorce de noviembre de dos mil uno:

**“XII.- La acusada transferencia de potestades de imperio al gestor.** Denuncian los accionantes que, a través del cartel de licitación y el respectivo contrato con que culminó el procedimiento de contratación número 1-98, al gestor, sujeto de Derecho Privado, le fueron transferidas diversas



competencias que podrían ser denominadas potestades de imperio, en materias de seguridad, aduanas, migración, etc. Al respecto, lo primero que debe esta Sala aclarar es que resultaría abiertamente inconstitucional que el contrato en cuestión hubiera efectivamente trasladado al gestor cualesquiera potestades de imperio, es decir, atribuciones que -en atención del interés general- le permiten actuar aun contra la voluntad del administrado. Aspectos tales como el control migratorio y aduanero, la seguridad aeroportuaria, la autorización para despegues y aterrizajes, entre otros, son claramente competencias públicas, que en ningún caso podrían pasar a manos del gestor, excepto como colaborador y asesor. Ello sería inválido por una doble razón: primero, porque el Estado no puede renunciar a sus competencias, las cuales constituyen para él al mismo tiempo poderes y deberes ineludibles de actuación; segundo, porque solamente la Ley puede constituir ese tipo de poderes especiales, según dispone el artículo 59 de la Ley General de la Administración Pública. Así, al tratar de los casos de concesión de obra con servicio público, esta Sala se refirió al tema en los términos siguientes:

"La Sala entiende además que la concesión de las obras y servicios públicos a que se refiere este proyecto de ley, exceptúa todo aquello relativo a la seguridad nacional, control aduanero, migración y lo que tenga que ver con funciones propias del Estado, las que son indelebles e irrenunciables y en modo alguno pueden quedar en manos privadas. Así por ejemplo, aun cuando un aeropuerto sea dado en concesión, para que el servicio público que ahí se preste sea realizado por un ente privado, lo relativo a la seguridad portuaria, migración y aduanas entre otros, queda reservado exclusivamente al Estado, sin que puedan ser ejercidas esas funciones ni directa ni indirectamente por los particulares..." (Sentencia número 02318-98, de las diecisiete horas cincuenta y un minutos de treinta y uno de marzo de mil novecientos noventa y ocho).

Sentada la regla general, cabe entrar a determinar si en el contrato de gestión interesada de los servicios aeroportuarios ocurrió la alegada transferencia de prerrogativas públicas. Al efecto, lo primero que debe ser dicho es que el Decreto 26801-Ministerio de Obras Públicas y Transportes claramente establece en su artículo 11 que los servicios aeroportuarios esenciales no saldrán de manos del Estado:

"Artículo 11.-





Titularidad de los servicios. La Administración contratante mantendrá, en todo momento, la titularidad de los servicios contratados y responderá ante terceros por la operación propia de la actividad, sin perjuicio de la responsabilidad contractual en que incurra la empresa gestora por incumplimiento de sus obligaciones."

Lo anterior se ve reforzado por las disposiciones de los artículos 14, 15 y 16 del mismo Reglamento, según los cuales las facultades del gestor en materias esencialmente públicas lo son de mera asesoría, consignándose su deber de coordinar en todo caso con las autoridades responsables de prestar tales servicios a la hora de adoptar decisiones que eventualmente les afecten. A lo anterior se le puede sumar lo que dispuso el cartel de la licitación pública número 1-98, promovida por el Consejo Técnico de Aviación Civil, punto 3 del Capítulo III.B.:

"El gestor no prestará estos servicios directa ni indirectamente; sin embargo, deberá coordinar, cooperar y facilitar el desarrollo de estas operaciones (de acuerdo con el Anexo 9 de la OACI), con el objetivo de garantizar la eficiente y segura ejecución de esas funciones. 1. Servicios de Seguridad y Control de Drogas-Ministerio de Seguridad Pública 2. Servicios Generales de Salud-Instituto Nacional de Salud; 3. Control de Aduanas-Ministerio de Hacienda; 4. Servicios de Migración-Ministerio de Gobernación; 5. Control Fitosanitario y Fumigación-Ministerio de Agricultura y Ganadería; 6. Seguridad Nacional-Ministerio de la Presidencia; 7. Información Turística-Instituto Costarricense de Turismo; 8. Servicios Metereológicos-Instituto Metereológico Nacional; 9. Almacén de Venta Libre de Impuestos-Duty Free Shop-IMAS y 10. Cualquier otro que la ley disponga deban ser proveídos por las dependencias públicas."

**Más esclarecedora todavía respecto del tema en estudio resulta la lectura detenida del contrato de gestión interesada de los servicios aeroportuarios, el cual claramente excluye la posibilidad de que el gestor disponga en áreas de actuación caracterizadas por la existencia de prerrogativas públicas.** Así, la misma cláusula I, al definir los "servicios del aeropuerto", distingue entre los servicios "del gestor, los retenidos y los excluidos", de donde debe entenderse que al gestor le está vedado prestar las dos últimas categorías de servicios. Los servicios excluidos (cláusula 4.7) son aquellos que actualmente son prestados por terceras personas públicas y privadas en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, y que continuarán siéndolo a pesar de



este contrato. Por su parte, los servicios retenidos son los que de conformidad con la cláusula 4.6 continuarán siendo responsabilidad del Consejo Técnico de Aviación Civil, sin que el gestor pueda hacerse cargo de ellos ni directa ni indirectamente, tampoco será responsable por los daños que con los mismos se pueda llegar a ocasionar. La actuación del gestor en relación con estos servicios será simplemente la de un asesor y cooperador de buena fe, sin que le esté permitido tomar decisión respecto de dichas competencias. Asimismo, la cláusula 16.1 le da a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos la competencia para fijar las diversas tarifas de los servicios aeronáuticos, y al Consejo Técnico de Aviación Civil la de las tarifas no aeronáuticas. De manera más específica, el Apéndice C del contrato delimita claramente cuáles son los servicios retenidos y cuáles los excluidos, determinando así (en referencia a los retenidos) que en cuanto al área de operación de aeronaves (cláusula 2.1.) lo son el control de tráfico aéreo y comunicaciones, servicios de información aeronáutica (AIS), servicio de tráfico aéreo (ATS), ayudas de navegación, aeronavegabilidad y control de operaciones aeronáuticas (otorgamiento de licencias, permisos, etc.) Respecto de las terminales (cláusula 2.2), y el lado terrestre (cláusula 2.3), son retenidas las potestades del Consejo de otorgar concesiones, certificados de explotación y permisos provisionales para las actividades aeronáuticas descritas en la Ley General de Aviación Civil. Asimismo, son excluidos -en lo conducente- los siguientes servicios: respecto del área de operaciones de aeronaves (cláusula 3.1.1) el salvamento y extinción de incendios, que continuará prestando el Instituto Nacional de Seguros; la seguridad (Ministerio de Seguridad Pública); las funciones propias de la Comisión Nacional de Emergencias; el control fitosanitario (Ministerio de Agricultura y Ganadería); los servicios de navegación aérea (COCESNA); la meteorología aeronáutica (el Instituto Meteorológico Nacional); y "cualquier otro que la Ley establezca que debe ser prestado por una dependencia pública". En cuanto a los servicios de terminal (cláusula 3.2.1) fueron excluidos los referentes a la seguridad y control de drogas (Ministerio de Seguridad Pública); servicios generales de salud (Ministerio de Salud); control de aduanas (Ministerio de Gobernación y Policía); control fitosanitario y fumigación (Ministerio de Agricultura y Ganadería); seguridad nacional (Ministerio de la Presidencia); información turística (Instituto Costarricense de Turismo); servicios meteorológicos (Instituto Meteorológico Nacional); tiendas libre de impuestos (Instituto Mixto de Ayuda Social); y "cualquier otro que la Ley disponga que deban ser proveídos por dependencias pública". En referencia a los servicios del Centro de Tránsito Rápido de Mercancías CTRM (cláusula 3.3.1), son excluidos el control de aduanas (Ministerio de Hacienda), el servicio de seguridad y control de drogas (Ministerio de Seguridad Pública) y "otros que la Ley disponga que deben ser prestados por dependencias públicas". Finalmente, en cuanto al lado terrestre (cláusula

3.4.1) fueron excluidos los servicios de seguridad (Ministerio de Seguridad Pública), control de tránsito (Ministerio de Obras Públicas y Transportes) y "cualquier otro que la Ley disponga que debe ser prestado por dependencias públicas". De lo anterior se concluye que el contrato en cuestión no transfiere al gestor interesado del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría ninguna de las potestades de imperio señaladas por los accionantes, por lo que sus alegatos no resultan atendibles, debiendo ser desestimada la acción en cuanto a tales extremos. Nada obsta, sin embargo, para que este tribunal aclare que en todo caso, ninguna de las disposiciones contenidas en el Decreto 26801-MOPT, en el cartel de licitación o en el contrato finalmente suscrito, puede ser interpretadas en el sentido de que potestades irrenunciables del Estado están siendo trasladadas al gestor. Lo mismo puede ser dicho respecto de los otros servicios retenidos y excluidos, así como de los que no habiendo sido consignados expresamente en el contrato y sus anexos, formen parte del conjunto de potestades irrenunciables del Estado. No obstante lo anterior, nada impide que aspectos tan sensibles como la seguridad aeroportuaria, por ejemplo, regulada en el Apéndice A del contrato (cláusulas 7.A y 7.E.6), puedan ser apoyada por el gestor mediante la contratación de servicios privados de seguridad, en el entendido de que en ese aspecto dichos servicios se encuentran en un todo subordinados a las autoridades del Ministerio de Seguridad Pública encargadas de garantizar la seguridad del Aeropuerto, toda vez que en vista de que el gestor deberá realizar inversiones importantes en infraestructura, así como manejar cantidades importantes del dinero que recaude, resulta razonable mantener la mencionada posibilidad."

**En el caso del procedimiento de contratación que se analiza, del propio Cartel se desprenden diversas disposiciones que determinan como regla general la retención, por parte del Estado, de diversas potestades de imperio propias de la administración del Centro Penitenciario de Pococí. Así, de la lectura sistemática de las cláusulas números 2, 2.3, 2.5.1.a.5, 6.3, 6.9, 8.1, 23.5.3 y 23.5.3.b) del Cartel, se desprende que la autoridad concedente reconoce en forma expresa que la administración de las actividades penitenciarias y criminológicas es competencia del Estado, por lo que la función que en esos campos efectúe el concesionario se limita a la de un mero colaborador. Todas aquellas funciones que involucren el ejercicio de potestades de imperio de la Administración o que impliquen la adopción de decisiones finales gravosas para las personas privadas de libertad en el Centro Penitenciario de Pococí, han sido reservadas a los órganos competentes del Estado. Es así como el uso directo de la fuerza, la función evaluadora decisoria, el ejercicio de la potestad disciplinaria, etc. no son**

**funciones que con la concesión se pretenda transferir a la empresa adjudicataria.** No lleva razón en este aspecto la Procuraduría General de la República al considerar que el concesionario estaría habilitado para desempeñar determinadas actividades reservadas al Estado siempre que se considere a sus empleados como “funcionarios ad honorem” de la Administración Penitenciaria. Por un lado, el propio Cartel es claro en definir la naturaleza de la relación laboral de los empleados del concesionario como meramente privada, con intervención del Estado apenas en la designación de los empleados de más alto rango y tan sólo una participación en el establecimiento de las políticas de contratación y administración del personal restante. (Cfr. cláusulas 6.15.1, 20.3.4, 23.5.1 y 17.1.1) No siendo posible efectuar una interpretación tal como la indicada, es claro que resultaría inconstitucional la transferencia al concesionario de cualesquiera potestades reservadas a la Administración. Este tema, dada su gravedad, requiere de un análisis cuidadoso de las disposiciones contenidas en el Cartel en lo que atañe a aspectos donde se autoriza al concesionario a efectuar funciones de directa colaboración con las atribuciones de administración penitenciario y criminológica del Estado, a fin de determinar si existen cláusulas especiales que contradigan las reglas generales ya mencionadas. Así, en los párrafos siguientes la Sala revisará la validez del Cartel de licitación en lo que respecta al manejo de la seguridad intracarcelaria, la valoración técnica de las personas privadas de libertad y el ejercicio de la potestad sancionatoria.

X.- Competencias del concesionario en relación con la prestación de servicios de seguridad. Quizás de todos los aspectos que contempla el procedimiento de contratación objeto de esta acción, el referente a la prestación de servicios de seguridad intracarcelaria por parte del concesionario es el que con más vehemencia cuestionan los actores, pues es precisamente en esta función donde el Estado más habitualmente hace uso de sus potestades de imperio para imponer a los privados de libertad el cumplimiento de las diversas reglas convivenciales propias de un centro de atención institucional, y asegurar así el cumplimiento de los fines de la privación de libertad y garantizar la seguridad de todos los internos, del personal a cargo y de terceros. De esa forma, se observa que las cláusulas 2.2.4, 2.4.1.b) y c), 23.1, 23.2.1, 23.3.2, 23.5.2.1, 23.5.4 y 23.5.5.d) del Cartel de Licitación, 2.1.1, 5.4, 6.2, 6.2.5, 6.3.1 del Documento X del Anexo 1A, así los documentos X(b) y X(c) del Anexo 1A, describen en forma profusa las atribuciones y deberes del concesionario en lo que atañe a la prestación de servicios de seguridad, manejo de los privados de libertad y actividades de apoyo a las autoridades de la Dirección General de Adaptación Social. Si bien el Cartel dispone que la seguridad dentro del perímetro interno del centro Penitenciario corresponde

al concesionario, mientras que el Estado se reserva funciones de vigilancia del perímetro externo (cfr. cláusulas 2.4.1.c), 23.5.2.1, 6.3.1 del Documento X del Anexo 1A, documentos X(b) y X(c) del Anexo 1A), para que estas disposiciones sean congruentes con el Derecho de la Constitución, deben ser interpretadas del siguiente modo: ninguna de tales cláusulas puede ser entendida en el sentido que permita al concesionario imponer sus decisiones o las de cualesquiera otros sujetos a los privados de libertad. El uso proporcional de la fuerza y la coacción directa únicamente pueden ser válidamente empleados como reacciones inmediatas contra la comisión de delitos, o bien como defensa para la protección de bienes jurídicos propios o ajenos del concesionario, sea la seguridad de las personas que se encuentren dentro del Centro Penitenciario (internos, visitantes, funcionarios, etc.), sea para evitar la evasión de privados de libertad, el tráfico de sustancias u objetos prohibidos, la destrucción o sustracción de bienes, etc. Así, el empleo de la fuerza cuando ello sea necesario para hacer cumplir las reglas convivenciales, sin incidencia en los bienes jurídicos mencionados, no puede ser llevado a cabo por parte del concesionario, sino por las autoridades de la Dirección General de Adaptación Social destacadas en el Centro Penitenciario de Pococí. De allí que el concepto de “situaciones de emergencias” que de conformidad con el Cartel (cfr. cláusulas 25.4, 23.5.2.1 y 6.3.5.1 del Documento X del Anexo 1A), ameritan la intervención de las autoridades policiales apostadas en el perímetro externo del Centro, debe ser interpretado como toda situación en que se haga necesario el uso de la fuerza para asegurar la adecuada convivencia intracarcelaria, sin que estemos ante uno de los casos excepcionales ya mencionados, en que el concesionario puede actuar por sí mismo para la detención de un acto delictivo. En cualesquiera otros casos en que se presenten situaciones que comprometan la adecuada convivencia, el concesionario debe limitarse a observar lo ocurrido, intentar resolverlo en forma pacífica, reportarlo a las autoridades de la Dirección General de Adaptación Social para que actúen y elaborar los informes correspondientes a las autoridades encargadas de la valoración y régimen disciplinario de los privados de libertad, así como a prestar servicios de apoyo a los agentes de la Policía que no impliquen el ejercicio directo de potestades de imperio. Para ello, la Dirección General de Adaptación Social debe contar permanentemente en el perímetro externo con un contingente suficiente de efectivos a efecto de poder atender adecuadamente las situaciones que se presenten. Así las cosas, en lo que atañe a las funciones mencionadas, la Sala estima que no se ha dado una transferencia de competencias reservadas al Estado, en los términos acusados por la Defensoría de los Habitantes de la República, en tanto las cláusulas que se refieran a las funciones de seguridad, manejo de los privados de libertad y actividades de apoyo a las autoridades de la Dirección General de Adaptación Social, sean interpretadas en los términos



mencionados en este párrafo.

XI.- Competencias del concesionario relativas a la valoración de los privados de libertad. Otro aspecto cuestionado por los actores consiste en la intervención del concesionario en los procesos de evaluación y atención de los privados de libertad, a través de un equipo de profesionales propio. En efecto, las cláusulas 23.5.3.a) del Cartel y 3 del Documento X(c) del Anexo 1A disponen entre los deberes del concesionario del Centro Penitenciario de Pococí, que sus funcionarios técnicos brinden recomendaciones a las autoridades administrativas y jurisdiccionales, relativas a la valoración del comportamiento y características de los privados de libertad, a efecto de que se tomen las decisiones relativas a su más adecuado nivel de contención, al recibo de determinados beneficios, etc. En este aspecto, **estima la sala que no se transfieren al concesionario cualesquiera competencias públicas reservadas al Estado, en tanto se interprete que el equipo de profesionales destacado por el concesionario para cumplir con los deberes que le impone el contrato actuará coadyuvando con las autoridades públicas, emitiendo criterios técnicos de alta confiabilidad (aunque no vinculantes) en los que se podrán basar las autoridades para tomar las decisiones que incidan en la condición jurídica y forma de cumplimiento de la condena de los internos. Las atribuciones decisorias conferidas por el ordenamiento jurídico a tales órganos públicos no pueden en modo alguno ser asumidas por el concesionario.** En todo caso, nada en el cartel de Licitación o en la oferta hecha por el adjudicatario implica un traslado de potestades como el acusado.

XII.- Competencias del concesionario en referentes al ejercicio de la potestad sancionatoria. Debe la Sala determinar si resultan constitucionalmente válidas las obligaciones atribuidas al concesionario en las cláusulas 23.2.1, 23.5.2.1.f y 23.5.3.b) del cartel, así como en el Documento X(c) del Anexo 1A, en tanto le confieren la competencia de efectuar procedimientos disciplinarios en contra de los privados de libertad que se considere han incumplido reglas de convivencia intracarcelaria. Las referidas cláusulas, determinan por un lado que la actuación de las autoridades públicas en este caso es de carácter “final” (cláusula 23.2.1), pero asimismo disponen que las decisiones del concesionario en aplicación del régimen sancionatorio a los privados de libertad podrán ser “apeladas ante las autoridades gubernamentales correspondientes” (23.5.2.1.f). En este caso también procede efectuar una interpretación de las referidas cláusulas conforme al Derecho



de la Constitución. Así, no resultarían válidas dichas disposiciones si transfirieran al concesionario cualquier potestad sancionatoria sobre las personas privadas de libertad internas en el Centro Penitenciario de Pocosí. De ser así, ello implicaría una delegación de potestades de imperio reservadas al Estado, sea al Poder Judicial o a la Dirección General de Adaptación Social del Ministerio de Justicia y Gracia, lo que evidentemente sería contrario a la Constitución Política, tal y como se dijo en los párrafos anteriores. No obstante, considera la Sala que es posible dar a las cláusulas mencionadas una interpretación conforme al texto constitucional. En efecto, **no se observa ningún vicio de inconstitucionalidad en tanto se entienda que lo que el Cartel asigna al concesionario es una competencia para instruir los procedimientos administrativos respectivos, conservando el Estado intactas sus potestades de decisión para el inicio y finalización de los procedimientos sancionatorios en perjuicio de los privados de libertad.** La actuación del concesionario se debe limitar a la de un órgano director del procedimiento, con capacidad suficiente para administrar el expediente, recabar las pruebas necesarias, atender las gestiones interlocutorias de los interesados y emitir un informe final, que incluso podría contener recomendaciones respecto de la decisión que debe ser adoptada en el caso concreto, sobre la existencia de la falta y las consecuencias legales de ésta. Sin embargo, serán las autoridades públicas competentes las que deberán tomar la determinación que corresponda en cada caso, para lo cual se podrán basar en las recomendaciones no vinculantes emitidas por el equipo técnico del concesionario. **Es constitucionalmente válido que la Administración encomiende a un tercero la tramitación de sus procedimientos internos, siempre que con ello no renuncie a las competencias que le son propias como órgano encargado de aplicar el régimen disciplinario interno a las personas privadas de libertad puestas bajo su custodia.** Interpretadas de esta forma las cláusulas en cuestión, no resultan contrarias al Derecho de la Constitución.

XIII.- Otros aspectos relevantes. Finalmente, además de lo ya expuesto en los párrafos anteriores, esta Sala debe referirse a tres aspectos del procedimiento de contratación internacional objeto de esta acción: los alegatos de los coadyuvantes activos respecto de la naturaleza jurídica del contrato en cuestión, la regulación que hace el Cartel en relación con los derechos de los privados de libertad, y las reglas que deberá acatar el concesionario en relación con los datos personales de los privados de libertad que manipule. En referencia al primero de los aspectos mencionados, considera la Sala que no llevan razón los coadyuvantes al considerar que el procedimiento de



contratación objeto de esta acción implique una forma de endeudamiento público, que por ende únicamente podría ser autorizada por la Asamblea Legislativa en uso de las atribuciones que le reserva el artículo 121 inciso 15) de la Constitución Política. En efecto, la figura de la concesión de obras públicas con servicios públicos está prevista no únicamente para la prestación de determinados servicios por parte del tercero, sino que incluye la posibilidad de contratar con éste el diseño y construcción de la infraestructura pública requerida para satisfacer el interés general (artículo 1° de la Ley número 7762 de catorce de abril de mil novecientos noventa y ocho). Es lógico entonces que ante el incremento del activo estatal producto de la edificación de una obra pública, el concesionario deba ser remunerado por ello. Asimismo, la propia Ley 7762 prevé en su artículo 47 la posibilidad de que el concesionario financie su actividad con una operación crediticia sin autorización de la Administración, disponiendo apenas que ésta deberá ser comunicada. Estima la Sala que la situación mencionada no equivale a la aprobación de un empréstito público, pues en todo caso quien adquiere la deuda es el concesionario, no la Administración, la cual apenas adquiere una obligación de pago a cambio de los bienes y servicios que recibe de aquel. Al no encontrarnos ante uno de los supuestos previstos en el inciso 15) del artículo 121 constitucional, es claro que resulta improcedente exigir a un contrato como el impugnado, aprobación por parte de la Asamblea Legislativa. También debe la Sala aclarar que cuando las cláusulas 2.7 y 23.3 del Cartel disponen que el concesionario está obligado a respetar y garantizar los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad bajo su custodia, la enumeración que allí se hace de los instrumentos que reconocen tales derechos es apenas indicativa y nunca taxativa. En el ordenamiento costarricense, los derechos de las personas en general y de los privados de libertad en particular, se encuentran reconocidos en una pluralidad de normas y principios constitucionales, así como de instrumentos internacionales e incluso de normas infraconstitucionales que desarrollan los preceptos más generales contenidos en la Ley Fundamental. Finalmente, entiende esta Sala que la información que sea recabada y almacenada por el concesionario (cfr. cláusula 15.5 del Cartel), en particular los datos personales de los internos que lleguen a su poder, deberá ser manipulada de conformidad con los principios rectores del derecho a la autodeterminación informativa, derivados del artículo 24 de la Constitución Política. En ese sentido, todos aquellos datos que el concesionario llegue a acopiar, deben ser manipulados con absoluta reserva. No está autorizado a retener dicha información ni a transferirla en forma alguna, excepto a las autoridades de la Dirección General de Adaptación Social, el Instituto Nacional de Criminología y los tribunales de justicia. Debe almacenar tales datos en forma segura, de modo que terceros no puedan tener acceso a éstos. Debe garantizar su acceso a los privados de libertad y sus defensores, y deberá





asegurarse de registrar únicamente datos verdaderos, actuales, exactos y directamente relacionados con las competencias que ejerce, sin que le esté permitido efectuar un tratamiento de información ajena a la naturaleza de sus funciones.

XIV.- Conclusión. A partir de los argumentos contenidos en los párrafos que anteceden, esta Sala concluye que ni el Cartel de la Licitación Pública Internacional número 02-2001 ni el acto de adjudicación de la Concesión de Obra Pública con Servicio Público para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Operación y Mantenimiento del Centro Penitenciario de Pococí, a la empresa "Management and Training de Costa Rica, Sociedad de Responsabilidad Limitada", según acta de sesión ordinaria número 01-02 celebrada por el Consejo Nacional de Concesiones a las nueve horas quince minutos del diecisiete de enero de dos mil dos, son inconstitucionales, siempre que sean interpretadas y aplicadas de conformidad con lo expresado en la parte considerativa de esta sentencia. Así las cosas, en consonancia con lo que dispone el artículo 87 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la presente acción de inconstitucionalidad debe ser declarada sin lugar en todos sus extremos, como en efecto se hace.

Los Magistrados Armijo y Castro salvan el voto y declaran con lugar la acción con sus consecuencias. El Magistrado Jinesta pone razones diferentes.

Por tanto: Se declara sin lugar la acción, en los términos señalados en los considerandos.-



**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Artículo 74. Ley de la Contratación Administrativa. Ley No 7494 del 02 de mayo de 1995.
- 2 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas del veintiocho de setiembre del dos mil cuatro.- Resolución 2004-10492.