

Tribunal Contencioso Administrativo

Resolución N° 00552 - 2020

Fecha de la Resolución: 03 de Noviembre del 2020

Expediente: 20-003742-0102-CA

Redactado por: Alcevith Godínez Prado

Clase de Asunto: Medida cautelar

Analizado por: CENTRO DE INFORMACIÓN JURISPRUDENCIAL

Normativa Internacional: Convención americana sobre derechos humanos, Pacto de San José, Declaración universal de derechos humanos, Pacto internacional de derechos civiles y políticos

Indicadores de Relevancia

Sentencia Relevante

Normativa internacional

Contenido de Interés:

Temas (descriptores): Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, Proceso contencioso administrativo, Decreto, Derecho a la salud, Legitimación en el proceso contencioso administrativo, Ministerio de Salud

Subtemas (restrictores): Inconsistencias en decretos ejecutivos dictados quebrantan el principio de razonabilidad al generar un mayor uso del servicio público (autobús-taxi) en relación al requerido distanciamiento social, Inconsistencias en los dictados por el Ministerio de Salud quebrantan el principio de razonabilidad al generar un mayor uso del servicio público (autobús-taxi) en relación al requerido distanciamiento social, Procedencia parcial de medida cautelar en proceso contencioso administrativo para suspender restricción vehicular dictada como medida sanitaria para prevenir el contagio del COVID-19, Procedencia parcial de medida cautelar para suspender restricción vehicular dictada como medida sanitaria para prevenir el contagio del COVID-19, Procedencia parcial de solicitud para suspender restricción vehicular dictada como medida sanitaria para prevenir el contagio del COVID-19, Solicitud de medida cautelar para suspender restricción vehicular dictada como medida sanitaria para prevenir el contagio del COVID-19, Existencia en caso de accionantes en defensa de sus derechos constitucionales de la salud, Inconsistencias en decretos ejecutivos dictados por el Ministerio de Salud quebrantan el principio de razonabilidad al generar un mayor uso del servicio público (autobús-taxi) en relación al requerido distanciamiento social, Legitimación de accionantes en defensa de sus derechos constitucionales de la salud

Temas Estratégicos: Derechos Humanos, Derechos económicos, sociales y culturales

Tipo de contenido: Voto de mayoría

Rama del derecho: Derecho Procesal Contencioso Administrativo

"I-OBJETO DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR. En este asunto cautelar, el objeto (en síntesis) es que se declare la suspensión de: "1. Decreto Ejecutivo número 42524-MOPT-S del 10 de agosto del 2020., 2. Decreto Ejecutivo número 42525-MOPT-S del 10 de agosto del 2020.,, 3. Decreto Ejecutivo número 42521-MOPT-S del 10 de agosto del 2020., 4. Acuerdo N° MS-DM-6551-2020 del 10 de agosto del 2020, y 5. Acuerdo N° MS-DM-6552-2020 del 10 de agosto del 2020."-

II. ARGUMENTOS DE LA PARTE PROMOVENTE: En síntesis, argumentan que el criterio administrativo aludido, violenta los normas de la técnica y la ciencia, y de manera directa transgrede el bloque de constitucionalidad. Esa lesión a los intereses de mis mandantes y de la ciudadanía en general, es posible de tutela jurisdiccional, y debe ser enmendada a través de este proceso sumario. Sobre el peligro en la demora, alega que la implementación de restricción provocará serios daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Quedo claro entonces que hay un perjuicio económico potencial debidamente acreditado, junto a todos los razonamientos ya esbozados. En relación a la apariencia de buen derecho, manifiesta que nuestro interés focal, es impugnar un acto que fijó una restricción vehicular abusiva, que nació del engaño y la defraudación, y que si es muy lesivo o los intereses nacionales. No hacemos más que cuestionar la validez de un acto de alcance general, que nace del abuso de potestades discrecionales, y que de manera flagrante vulnera el bloque de constitucionalidad, y los artículos 15, 16 y 17 de la Ley General de la Administración Pública. En el caso bajo estudio el acto presenta vicios de nulidad absoluta en los términos del artículo 166 y 132 de la LGAP. Lo anterior debido de que el contenido es inválido, en el tanto incorpore restricciones de la libertad ambulatoria sin sustento técnico, y de manera discriminatoria hacia los cantones en alerta naranja. Por otro lado, se refiere a la ponderación de intereses en juego, e indica que en vez de dañarse a la colectividad, es clarísimo que lo que el interés general exige es la continuidad de las actividades productivas dentro del país.-

III. ARGUMENTOS DE LA REPRESENTACIÓN DEL ESTADO: En resumen, indica que es a partir del mes de enero de 2020, que las autoridades internacionales de salud activaron los protocolos de emergencia epidemiológica sanitaria internacional por el brote de un nuevo coronavirus, el cual se produjo en la ciudad de Wuhan de la Provincia de Hubei en China, y que en ese momento se estaba expandiendo por el mundo produciendo la muerte de personas en diferentes países. Que respecto al contagio y propagación del virus, señala la Organización Mundial de la Salud (OMS) que "Una persona puede contraer la COVID-19 por contacto con otra que esté infectada por el virus. La enfermedad se propaga principalmente de persona a persona a través de las gotículas que salen despedidas de la nariz o la boca de una persona afectada al tosen estornudar o hablar. Estas gotículas son relativamente pesadas no llegan muy lejos y caen rápidamente al suelo. Una persona puede contraer la COVID-19 si inhala las

gotículas procedentes de una persona infectada por el virus. Por eso es importante mantenerse al menos a un metro de distancia de los demás. Estas gotículas pueden caer sobre los objetos y superficies que rodean a la persona, como mesas, pomos y barandillas de modo que otras personas pueden infectarse si tocan esos objetos o superficies y luego se tocan los ojos; la nariz o la boca. Que este escenario ha obligado a las entidades encargadas de atender la emergencia a adoptar todo tipo de medidas, de las cuales se sabe que existen algunas que no son del agrado de toda la población y que a su vez generan consecuencias en aspectos sociales y/o económicos, pero que son necesarias e imprescindibles según estudios técnicos para atender la emergencia y así mitigar y prevenir el avance del virus COVID-19 en nuestro país. Que existe una falta de interés actual, con respecto a la pretensión tercera de la gestión cautelar, la cual solicita la suspensión de los efectos del Decreto Ejecutivo número 42521-MOPT-S del 10 de agosto del 2020, "RESTRICCIÓN VEHICULAR TEMPORAL DEL 10 AL 21 DE AGOSTO DE 2020 PARA LOS CANTONES Y DISTRITOS EN ALERTA NARANJA DEBIDO AL ESTADO DE EMERGENCIA NACIONAL POR EL COVID-19", esta representación considera que existe una evidente "Falta de Interés" en atención a que en el artículo 11 del Decreto Ejecutivo No. 42521-MOPT-S dispone que la medida de regulación horaria de restricción vehicular diurna diferenciada para los cantones y distritos en alerta naranja, es de vigencia temporal, y "se aplicará a partir de las 05:00 horas del día 10 de agosto y hasta las 20:59 horas del 21 de agosto de 2020.", situación por la cual, posterior a las 20:59 horas del 21 de agosto de 2020, esta medida pierda total acacia, siendo derogada de manera ipso facto por la misma norma que la creo. Argumenta una falta de legitimación, pues considera que los alcaldes gestionan es de la petición cautelar, no ostentan legitimación, dado que no acreditan como la restricción vehicular diferenciada afecta los derechos subjetivos o intereses legítimos de TODOS los ciudadanos de sus respectivos municipios (cuando es evidente que las medidas cuestionadas se orientan a la protección de todos y no solo un conglomerado de ellos) siendo más que evidente un interés netamente particular respecto a comerciantes o empresarios de la zona, y no de todo un colectivo. En relación a la apariencia de buen derecho, manifiesta que demanda no posee visos de buen derecho. Los actores se limitan a señalar que su interés es "impugnar un acto que fijó una restricción vehicular abusiva, que nació del engaño y la defraudación, y que si es lesiva a los intereses nacionales (...) No hacemos más que cuestionar la validez de un acto de alcance general que nace del abuso de potestades discrecionales; y que de manera flagrante vulnera el bloque de constitucionalidad y los artículos 15, 16 y 17 de la Ley General de la Administración Pública." Califican los actos como ilegales, arbitrarios, abusivos, irrazonables, y que la medidas nacieron del engaño y la defraudación, lo cual es lesivo a los intereses nacionales, además de que son reflejo del abuso de las potestades discrecionales con que cuenta la administración. Así las cosas, siendo que la OMS realizó la declaratoria de pandemia internacional producto del COVID-19, y que el virus llegó a nuestro territorio nacional, el Poder Ejecutivo decidió emitir el Decreto Ejecutivo n.º 42227-MP-S del 16 de marzo de 2020, declarando estado de emergencia nacional en todo el territorio de la República de Costa Rica, debido a la situación de emergencia sanitaria provocada por la enfermedad COVID-19. En cuanto al peligro en la demora no debe perderse de vista que estamos frente a una crisis global de salud pública, de vertiginoso escalamiento y de letalidad para la humanidad, de la cual Costa Rica no está exenta, y frente a esa lamentable realidad se requirieron acciones concretas y efectivas que busquen de algún modo, paliar los efectos de esa calamidad sin precedentes en los anales de nuestra historia, la restricción vehicular temporal es una de ellas. En relación con el daño extra patrimonial alegado por los actores, es muy poco probable que las personas que cuentan con vehículo propio, vayan a hacer uso de transporte público debido a la restricción vehicular temporal, y que esto pueda derivar en una contaminación inevitable del virus. Adicionalmente, la tesis de la parte accionante no se sustenta en informes, estudios o análisis que demuestren que la restricción vehicular incide en la propagación del virus, o bien que el transporte público haya colapsado por la cantidad de usuarios que demandan dicho servicio durante la vigencia de esa medida extraordinaria. No acompañan los gestionados ningún tipo de prueba idónea, más allá de una mera especulación, que permita sustituir los índices, valoraciones, e informes que grupos de expertos en distintas disciplinas que conforman la Sala de Estado situacional han estudiado y abordado como una medida de contingencia con el afán de disminuir la posibilidad de contagio, para así no saturar o colapsar el sistema sanitario de nuestro país. Precisamente, la finalidad que persigue la medida sanitaria cuestionada es evitar la afluencia y convergencia de personas propias de una normalidad que en este momento nos es ajena en virtud de la amenaza de contagio de la epidemia que tanta devastación ha causado no solo a nivel nacional, sino internacional. En relación a los intereses en juego, manifiesta que reiteramos lo ya indicado en otros apartes, que es obligación del Estado resguardar los derechos fundamentales a la vida y salud de todas las personas, siendo que es el Ministerio de Salud la autoridad competente para ordenar y dictar las medidas correspondientes, y dentro de su marco de acción cuenta con la potestad de imperio en materia sanitaria para hacerlo, junto con autoridades de la Comisión Nacional de Emergencias y distintos grupos de expertos que conforman el equipo interdisciplinario que conforma la Sala de Análisis de Situación que coadyuvan en su distinta especialidad frente al estado de emergencia nacional que atraviesa el país. Es indudable que el país, al igual que muchas otras naciones, se encuentran enfrentando una situación repentina, sorpresiva, inesperada, donde la incertidumbre marca la pauta, nadie estaba preparado para una situación así, ni siquiera naciones del primer mundo, que trae consecuencias devastadoras para el orden económico y social, que definitivamente requieren medidas excepcionales y restrictivas. Por lo que solicita que sea rechazada la cautelar en todos sus extremos. (ver imagen 205 en digital a la fecha).-

IV.- FALTA DE LEGITIMACIÓN. Sobre la falta de legitimación: Establece la ley procesal contenciosa en su artículo 10 que estarán legitimados para demandar: " a) Quienes invoquen la afectación de intereses legítimos o derechos subjetivos." asimismo ordena en su inciso 4), " Cualquier interesado que haya sido afectado en sus intereses legítimos o derechos subjetivos, podrá pedir la declaratoria, el reconocimiento o el restablecimiento de una situación jurídica, con reparación patrimonial o sin ella. "; el mismo cuerpo normativo nos indica en su numeral 12 que se considerará parte demandada: "1) La Administración Pública autora de la conducta administrativa objeto del proceso, salvo cuando se trate de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones; en este caso, se demandará al Estado. 2) Los órganos administrativos con personalidad jurídica instrumental, en tanto sean autores de la conducta administrativa objeto del proceso, conjuntamente con el Estado o el ente al que se encuentren adscritos. 3) Las personas físicas o jurídicas que hayan derivado derechos e intereses legítimos de la conducta administrativa objeto del proceso. (...) 6) Cuando una entidad dicte algún acto o disposición que, para su firmeza, requiera previo control, autorización, aprobación o conocimiento, por parte de un órgano del Estado o de otra entidad administrativa, se tendrá como parte demandada: a) El Estado o la entidad que dictó el acto o la disposición fiscalizados, si el resultado de la fiscalización ha

sido aprobatorio. b) La entidad que ha ejercido la fiscalización, si esta no ha aprobado el acto o la disposición.". A la luz de esas normas, procede los actores a interponer acción contra el ESTADO, siendo que acorde con las pretensiones del proceso, y numerales enunciados, y atendiendo a ello, el demandante, reclama la falta de legitimación activa. Al respecto estima este Juzgador, que acorde al ordenamiento vigente, lo aquí accionantes, tienen legitimación para defender sus derechos constitucionales de la salud.

V.- FALTA DE INTERÉS ACTUAL : Tal y como se sabe para otorgar una medida cautelar, se requiere la concurrencia de los tres elementos (aparición de buen derecho, peligro en la demora y el equilibrio de intereses) para que resulte estimatoria una medida cautelar, amén de la instrumentalidad y urgencia que debe caracterizarla. En el caso de análisis en ésta cautelar y sin entrar a valorar los presupuestos para la adopción o no de la cautelar peticionada, es criterio de este Juzgador que la medida cautelar solicitada para suspender los efectos del decreto ejecutivo N°42521-MOT-S, Resolución N°MS-DM-6551 y N°MS-DM-6552 no es procedente por carecer de interés actual. Lo anterior por cuanto, como bien lo indica la representación de la parte aquí demandada (Estado), la pretensión de los actores, es la suspensión de los efectos del decreto ejecutivo N°42521-MOT-S, Resolución N°MS-DM-6551 y N°MS-DM-6552, efectos que regían hasta el 30 de agosto del 2020, por lo que la misma carece de instrumentalidad al día de hoy con relación a la suspensión de los efectos de los actos administrativos aquí mencionados. En razón de lo anterior, se impone declarar sin lugar la medida cautelar en cuanto a la suspensión de los efectos del decreto ejecutivo N°42521-MOT-S, Resolución N°MS-DM-6551 y N°MS-DM-6552, por carecer de interés actual.-

VI.- DE LA JUSTICIA CAUTELAR: Las medidas cautelares como instituto procesal encuentran su fundamento en la propia Constitución Política y los tratados internacionales suscritos por nuestro país, en tanto que dichos cuerpos normativos supra legales se prevee el acceso a la justicia efectiva como un derecho fundamental. En este orden de ideas, el artículo 41 de la Constitución Política, señala al respecto lo siguiente:"ARTÍCULO 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes". Por su parte la Declaración Universal de Derechos humanos, hace una referencia a la necesidad de que los recursos jurisdiccionales deben guardar necesaria efectividad para el amparo de los derechos constitucionales y legales, en tanto dispuso: "Artículo 8.- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley". Adicionalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, indica en su artículo 14, orientado a la materia penal, el derecho ciudadano a un proceso sin dilaciones indebidas: "3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;...". Finalmente, resulta de relevancia indicar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone, de manera general, ya no restringido a la materia penal, dicho deber, de la siguiente manera: "Garantías Judiciales: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter." Complementario con estas disposiciones, es el principio general de Derecho Procesal elaborado por Chiovenda y desarrollado por Calamandrei que indica que "la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien probablemente tenga la razón". Estas consideraciones se engarzan con la seguridad jurídica que debe conferir todo ordenamiento jurídico a quienes recurren a los órganos jurisdiccionales a hacer valer sus derechos. Es así como dentro de este marco general, la medida cautelar es definida como una necesaria e idónea decisión provisional adoptada con el fin de evitar un daño grave e irreversible para el recurrente, que pueda poner en peligro al objeto del proceso o hacer ilusorio su resultado, por la imposible efectividad y eficacia de un fallo favorable al actor. Hechas las anteriores consideraciones, proceden entrar a detallar, tanto los presupuestos como las características de las medidas cautelares en el Código Procesal Contencioso Administrativo, aplicable a la materia. (El destacado en nuestro).

VII.- SOBRE LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO: 1- Consideraciones generales: Para efectos de la presente solicitud de medida cautelar, como primera condición para valorar si procede su otorgamiento, encontramos el denominado *fumus boni iuris*. En este sentido, el artículo 21 del Código Procesal Contencioso Administrativo establece al respecto, lo siguiente: "La medida cautelar será procedente cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida, y siempre que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad". (El destacado es nuestro para efectos del presente análisis). De conformidad con lo anterior, se evidencia que la seriedad en la demanda es una condición sine qua non para el otorgamiento de la medida cautelar. Dicha seriedad entraña una valoración, que si bien no significa realizar el juicio de fondo propio del Tribunal de Juicio, sí implica la determinación de una apariencia preliminar de existencia de fundamentación de la demanda. Con lo anterior, se descartaría la posibilidad de otorgar una medida cautelar, en situaciones de demandas evidente y manifiestamente temerarias, carentes de toda fundamentación, en donde se evidencie un *fumus mali iuris*, por tal razón. Es entonces claro que la apariencia de buen derecho, no significa exigir certeza de buen derecho desde la fase inicial del proceso de conocimiento, en tanto que lo que se requerirá es un juicio de probabilidad en donde se determine que de manera razonable la parte está ejerciendo su derecho de acceso a la justicia, -tutelado en el artículo 41 de la Constitución Política- sin una perversión del mismo, haciéndolo instrumento para dilatar, lesionar o entorpecer el actuar administrativo sin fundamento alguno. La comprobación que deberá realizar el Juez o jueza en la medida cautelar para efectos de determinar la apariencia de un buen derecho, deberá centrarse en determinar que la demanda no posee el carácter infundado o temerario a que hemos hecho referencia, sin caer en valoraciones con respecto a los argumentos de fondo, propias del Tribunal de Juicio. En casos como el objeto de esta medida cautelar se ha indicado que el juicio de verosimilitud debe ponderar las condiciones que se producen los hechos alegados, la intensidad de afectación y de la existencia de una vía de hecho sí así se alegare. Esta verificación, por supuesto, será siempre un juicio de probabilidad o verosimilitud de la demanda, fundado en la mera alegación, por lo que no realiza el llamado juicio de verdad, realizado por el Tribunal con base en las pruebas atraídas a la audiencia oral y pública. Con base en lo anterior, se procederá a determinar la existencia o no de una apariencia de buen derecho en el caso concreto de análisis. 2.- Sobre el análisis del caso concreto con relación al presupuesto de la apariencia de buen derecho: Para

fundamentar su derecho, las partes promoventes manifiestan que su interés focal, es impugnar un acto que fijó una restricción vehicular abusiva, que nació del engaño y la defraudación, y que si es muy lesivo a los intereses nacionales, actos impugnados (decretos ejecutivos) que tiene efectos propios, se trata de actos impugnables en esta vía acorde a los ordinales 2 y 36 inciso c) del Código Procesal Contencioso Administrativo. Al respecto, estima este Juzgador que, a manera de juicio de probabilidad, en el presente caso se evidencia la apariencia de buen derecho, habida cuenta de las propias manifestaciones del escrito de interposición de la medida y de las manifestaciones que realiza la representación del Estado y de la prueba documental aportada (decretos ejecutivos), se desprende con claridad argumentaciones y razonamientos que otorgan un grado razonable de incertidumbre de que sean analizados y conocidos en juicio, pues la parte promovente de la cautelar lo que alega (en síntesis) es que es la existencia de una nulidad absoluta de las actuaciones del Ministerio de Salud. En este orden de ideas, correspondería al Tribunal de juicio la evaluación de los argumentos seguidos por la parte promovente en caso de una sentencia estimatoria en el eventual proceso de conocimiento que pueda formularse. No se evidencia entonces algún nivel de *fumus mali iuris*, habida cuenta que la parte promovente, acredita una serie de hechos constitutivos del derecho que invoca de manera razonable y sujeta siempre, a lo que el Juzgador decida sobre el fondo. Esto tomando en cuenta que la pretensión en este proceso cautelar es que se suspendan los decretos ejecutivos dictados por el Ministerio de Salud, por ser actos administrativos nulos. Al ser esta etapa del proceso cautelar, orientada, no a la prueba de la existencia y alcances de la relación jurídica procesal, sino más bien a la determinación de existencia de argumentos viables para una eventual posibilidad de triunfo de las pretensiones, se estima suficiente lo alegado por la parte para fundamentar su apariencia de buen derecho. En razón de lo anterior, en grado de probabilidad, estima este Juzgador que le asiste a la parte promovente una apariencia de buen derecho, en razón de que esgrime argumentos razonablemente fundados, que probablemente podrían ser conocidos y revisados por el Tribunal de Juicio en la sentencia de fondo del proceso de conocimiento que eventualmente se instaure. Todo lo anterior, sin prejuzgar el fondo de sus argumentos y de manera de juicio de probabilidad. 3.- Conclusión: Este Juzgador considera que le asiste la apariencia de buen derecho en la pretensión de la medida cautelar.

VIII.- DE LA EXISTENCIA DEL PELIGRO DE UN DAÑO GRAVE EN LA MORA: Para el análisis de la aplicación de este presupuesto al caso concreto, estima este Juzgador necesario realizar algunas consideraciones sobre el denominado peligro en la demora. 1.- Consideraciones generales: Para efectos de la presente solicitud de medida cautelar, como segunda condición para valorar si procede su otorgamiento, encontramos el denominado *periculum in mora*. En este sentido, el artículo 21 del Código Procesal Contencioso Administrativo establece al respecto, lo siguiente: "La medida cautelar será procedente cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida, y siempre que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad". (El destacado es nuestro para efectos del presente análisis). De la norma indicada se evidencia con gran claridad el profundo avance que con respecto a este presupuesto presenta el Código Procesal Contencioso Administrativo para con la antigua Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Lo anterior, en tanto que ésta última lo que exigía era un daño o perjuicio de reparación imposible o difícil, criterio mucho más restrictivo que el actual daño o perjuicio grave del CPCA y en donde se admite de manera expresa la posibilidad de daños potenciales. Calamandrei define dicho presupuesto de la siguiente manera; ... "el *periculum in mora* que está en la base de las medidas cautelares no es el genérico peligro de daño jurídico, el cual se puede en ciertos casos obviar con la tutela ordinaria, sino específicamente el peligro de aquél ulterior daño marginal que podría derivarse del retraso, consecuencia inevitable de la lentitud del proceso ordinario, de la resolución definitiva" Calamandrei citado por VECINA CIFUENTES, Javier. Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional. Madrid, Editorial Colex, 1993. En este orden de ideas, el denominado *periculum in mora* se ha entendido como el temor razonable y objetivamente fundado de la parte actora - lo que implica demostración, no mera alegación, distintivo del anterior presupuesto-, de que una concreta y determinada situación jurídica sustancial aducida por la parte promovente de la medida cautelar pueda ser dañada o perjudicada de forma grave durante el transcurso del tiempo necesario para dictar la sentencia principal, y dado el tiempo que normalmente puede tardar un proceso de conocimiento en todas sus etapas. Es entonces que este presupuesto parte de dos elementos- condición para su existencia, a saber, el daño actual o potencial inminente y la demora misma del proceso. Vemos entonces como el peligro de la mora parte de los mismos fundamentos que dan origen a la justicia cautelar, en tanto que busca proteger el resultado de una eventual sentencia de fondo y evitar que la misma se torne nugatoria por el mero transcurso del tiempo transcurrido durante el proceso. Dado lo anterior, no procedería una medida cautelar en donde no se evidencia la posibilidad de un daño grave, sea cuando pueda mediar otro tipo de daños de menor gravedad, desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, o cuando se invoca mas no se demuestra al menos con indicios o se desprende de los elementos de convicción, para efectos de la tutela cautelar, los daños graves alegados. Es por esta razón que se ha estimado al peligro en la demora como el presupuesto o pilar fundamental sobre el cual se asienta la medida cautelar que el Juez adopte, tal y como nos encontramos en el caso de análisis. Con respecto a la prueba de este elemento, con gran claridad, se ha dicho que no requiere plena prueba (existiendo inclusive afirmaciones respecto de que no necesita demostración), siendo así que la urgencia que originan la gestión cautelar, así como la existencia de daños, no solo actuales, sino también potenciales, hacen difícil y contraproducente su plena prueba en un proceso sumario. Por lo anterior, en determinadas condiciones, la conducta misma de la Administración, sea formal o material, hacen que el daño sea su consecuencia lógica e insoslayable, por lo que no exigen mayor elemento probatorio directo, quedando a la valoración del Juez o jueza bajo su prudente apreciación (*in re ipsa*) y a la carga probatoria de la parte accionada su destrucción. En razón de lo anterior, es que para el otorgamiento de la medida cautelar se requerirá la presencia de una probabilidad razonable y objetivamente fundada de existencia de una afectación grave a la parte promovente con motivo de la dilación del proceso de conocimiento y hasta la firmeza de la resolución final. Acorde con lo dicho, se puede considerar que en el caso del peligro en la demora se requiere al menos la acreditación de un grado de certeza razonable de la existencia de las condiciones de hecho consistentes en la amenaza que el invocante de la medida cautelar estima como daño grave. Esa certeza, entonces puede devenir, ya sea de prueba o de indicios que evidencien de manera razonable u objetiva la existencia de un daño o de las circunstancias mismas en que se da el daño alegado, en que este se puede presentar como una consecuencia evidente de la conducta administrativa. Con base en lo anterior, se procederá a determinar la existencia del peligro en la demora en el caso concreto de análisis. 2.- Sobre el análisis del caso

concreto con relación al presupuesto del peligro en la demora: Con respecto a este requisito, hecho un análisis de la medida solicitada, se advierte que estamos en presencia de una demostración de un actual o eventual daño grave con motivo en la demora resultante del curso del eventual proceso de conocimiento. La parte promovente precisa y demuestra, el daño grave concreto objetivo, individualizable, verificable y eventualmente cuantificable. En el presente caso se evidencia la existencia de demostración de un daño grave con motivo de la no adopción de la medida cautelar o la dilación en un eventual proceso de conocimiento. A mayor abundamiento, la parte promovente aporta documento o elemento de convicción que demuestre el grado de afectación en su esfera de salud, evidencia que hace presumir gravedad en las consecuencias de los actos administrativos. Las partes promoventes invocan que los decretos ejecutivos que establecen la restricción vehicular le son perjudiciales, por cuanto las personas que tienen sus vehículos propios, no podrán utilizarlos para transportarse, por lo que deben de utilizar los servicios públicos, que son los ventores de contaminación. La prueba que aporta (decretos ejecutivos), demuestran las actuaciones del Ministerio de Salud en cuanto a la restricción vehicular, que afectan su derecho constitucional de la salud. De conformidad con lo anterior, se tiene la acreditación de un grado de certeza razonable de la posibilidad objetiva de la existencia de un daño grave. Mas aun se aprecia que la actuación del Ministerio de Salud aquí demandado, al momento de establecer la restricción vehicular como medida sanitaria para prevenir el contagio del Covi-19, no es la mas adecuada y efectiva, toda vez que se considera contradictoria con la medida sanitaria del distanciamiento social (1.80 cm), considerándola como una actuación inadecuada e ineficaz, claro toda esta apreciación conforme lo dispone el numeral 96 del CPCA. Todo lo anterior, siempre entendiendo que se ha hecho un juicio de probabilidad y tomando en consideración que la medida posee un carácter instrumental para con el fondo de las pretensiones que han sido esgrimidas y el objeto del eventual proceso de conocimiento. 3.- Conclusión: Este Juzgador advierte la existencia de un peligro en la demora en el proceso de conocimiento.-

IX- DE LA PONDERACIÓN DE INTERESES EN JUEGO: En el caso concreto, por los motivos que se verán, procede analizar en primer término la ponderación de intereses en juego. Dado lo anterior, se procederá a realizar dichas consideraciones: 1.- Sobre la naturaleza y condiciones de este presupuesto: Para efectos de la presente solicitud de medida cautelar, como condición para valorar si procede su otorgamiento, encontramos la denominada ponderación de intereses en juego. En este sentido, el artículo 22 del Código Procesal Contencioso Administrativo establece al respecto, lo siguiente: "Para otorgar o denegar alguna medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo deberá considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros. También deberá tomar en cuenta las posibilidades y previsiones financieras que la Administración Pública deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar." (El destacado es nuestro para efectos del presente análisis). Con respecto a este presupuesto, es menester hacer referencia a lo señalado en esta materia por el maestro Eduardo Ortiz Ortiz, en tanto indicó: "El interés público de la administración y la eventualidad de daños graves al mismo son materia de obligada consideración para decidir sobre la petición de suspensión del acto impugnado y para rechazarla si, otorgarla, lesionaría severamente un fin o interés público de importante rango. De este modo, cabe concluir en que no basta la procedencia de la demanda cautelar de suspensión que el particular invoque y pruebe daños graves o de difícil reparación por obra o con motivo de la ejecución del acto impugnado, sino que es necesario que así resulte ser después de haberlos comparado con los que produciría al interés público la suspensión de esa misma ejecución, dados los hechos del caso y el rango de los bienes jurídicos en conflicto." Ortiz Ortiz, Eduardo, Justicia Administrativa Costarricense, (Cuatro Estudios), San José, Litografía e Imprenta LIL, 1990, pág. 370. En el orden de ideas, anterior, el análisis de la bilateralidad del peligro en la mora, también resultará fundamental para determinar la procedencia de una medida cautelar, debiendo valorarse comparativamente el interés del peticionante con el interés público y el de terceros, a efecto de no poseer un único criterio para la toma de la resolución correspondiente. En este supuesto, el análisis realizado debe concluir que la medida se puede denegar cuando el perjuicio sufrido por la colectividad o terceros es cualitativa y cuantitativamente superior al experimentado por el solicitante sin su otorgamiento. Con base en lo anterior, este Juzgador parte de la necesaria ponderación de la proporcionalidad y razonabilidad de la medida, y la valoración de estas consideraciones en el análisis de los intereses en juego dentro del proceso de conocimiento. Con respecto a terceros, procede hacer referencia a que se debe partir de lo que se ha llamado como la interdicción de órdenes lesivas a los intereses de terceros ajenos al proceso, como una limitación intrínseca de la medida cautelar. Estas consideraciones son reafirmadas en la doctrina española, en tanto indica expresamente: "La necesidad de no perjudicar intereses de terceros, al decidir con carácter provisional, medidas cautelares es un principio bien conocido. Aquí esos posibles derechos de terceros pueden ser eventualmente los de toda la colectividad...." García de Enterría Eduardo. La Batalla Por las Medidas Cautelares. Editorial Thompson Civitas, 2004. Con respecto al interés público, debe tomarse en consideración que éste por si mismo no es suficiente para denegar la medida cautelar, en tanto que en casos como éste en análisis, siempre la posibilidad de otorgar una medida cautelar se tornaría nugatoria, en tanto que estamos en presencia de una conducta administrativa en la que se ha dictado el acto final que causa efectos propios. Será la afectación al interés público cualitativa y cuantitativamente superior con relación al peticionante de la medida cautelar, el que podrá incidir en una negatoria de la misma. Es entonces ese calificado perjuicio al interés general o de tercero, el que deberá evidenciarse de la conducta administrativa objeto de la medida cautelar pedida, debiendo quedar claro que sólo si la afectación al mismo resulta más gravoso que aquella, procedería denegar la justicia cautelar. Con base en lo anterior, se procederá a analizar los intereses en juego en la presente medida cautelar. 2.- Sobre el análisis del caso concreto con relación a la ponderación de intereses: Con respecto a este presupuesto, estima este Juzgador que en el caso que nos ocupa no se advierte lesión grave al interés público de acoger la presente medida cautelar, en tanto que al existir prueba del daño grave de las partes promoventes de la medida no afectaría el interés público del Estado, de ejercer el deber de policía. Este Juzgador tiene claro que no es cualquier afectación al interés público la que obstaculice el otorgamiento de una medida cautelar, sino que sólo la que sea superior a la que se pretenda evitar. En el caso de análisis milita un menor peso a favor del interés público por sobre la situación de las partes promoventes, tanto por que se demuestra que daño grave sufre con el tipo de decretos ejecutivos en los cuales se establecieron las restricciones vehiculares, así como de las actuaciones conexas. Lo que manifiestan es que la suspensión del acto impugnado no provoca un daño a la institucionalidad, a terceros, y menos aun al interés público. Ahora bien, de la prueba aportada y valorada me permite

realizar adecuadamente una ponderación del daño grave invocado en la solicitud de medida, ya que es una lógica jurídica y como lo manifiesta la representación del Estado, en la pagina 24 de su escrito de contestación, en el ultimo párrafo, y que literalmente dijo: " Al respecto debemos recordar un aspecto trascendental en relación con el contagio y propagación del virus COVID-19, en el tanto, según la OMS, su transmisión se da particularmente de persona a persona, hecho por el cual es vital evitar el contacto con personas contagiadas para así impedir su propagación, siendo el distanciamiento social la forma más efectiva de contrarrestarlo.", esto me lleva a la interpretación de que la restricción vehicular, no es una medida efectiva para contrarrestar o prevenir el contagio, véase que lo que se pretende es evitar el contacto con personas contagiadas, y con la restricción vehicular lo que se provoca es lo contrario, como lo es, la conglomeración en los servicios públicos (autobús y taxi), pues en estos servicios públicos no se puede mantener el distanciamiento del metro ochenta centímetros que se recomienda por parte del Ministerio de Salud. Ahora bien, debo de dejar claro, que con esta decisión, no estoy siendo irrespetuoso en la independencia de poderes del Estado Costarricense, pues si bien es cierto, el derecho a la vida (art. 21 Constitucional), es un derecho público, también se constituye un derecho privado de cada ser humano, por lo que el Estado, en caso de una emergencia nacional como la que se esta viviendo, pueda adoptar medidas adecuadas y efectivas para evitar el contagio (distanciamiento-lavado de manos-mascarilla cubre boca y careta, entre otras), y no la restricción vehicular, que no se considera efectiva, al provocar mas bien, de que se de un mayor uso del servicio público de autobuses y taxis, por parte todos los ciudadanos, que tienen todas las posibilidades de hacer uso o trasladarse en sus propios vehículos, en los cuales si se cumple la medida del distanciamiento social, mientras que en los servicios públicos no se cumple la medida efectiva del distanciamiento social, que se tiene como establecida de un metro ochenta centímetro para evitar el contagio del COVI-19. 3.- Conclusión: Este juzgador sí advierte una afectación de mayor gravedad al derecho a la salud, pues se estaría violentando el derecho Constitucional del artículo 21, y la Ley del Ministerio de Salud, por parte del Ministerio de Salud, máxime que lo que este juzgador interpreta con relación a la disconformidad en esta medida cautelar, es que se alega una nulidad de los actos (decretos) dictados por el Ministerio de Salud, al haberse puesto en peligro el derecho a la salud (vida), con establecer una medida de restricción vehicular que se considera inadecuada, y que es un aspecto de fondo, que deberán de valorarse a juicio del Tribunal a la hora del dictado de la sentencia correspondiente de un eventual proceso de conocimiento.-

X. COLORARIO: De toda suerte que sin prejuzgar lo que por el fondo se resuelva en el proceso de conocimiento (art. 96 CPCA), para el dictado de esta resolución se analizo toda la prueba aportada a los autos, los argumentos de ambas partes, y se nota que efectivamente se dieron algunas inconsistencias en la adopción de la medida de la restricción vehicular y que por lo tanto se dio el quebranto del principio de razonabilidad, aspectos que se puede apreciar de una comparación objetiva, entre la medida del distanciamiento social (1.80 cm) y la restricción vehicular que genera un mayor uso del servicio público (autobús-taxi). Por lo antes expuesto, se declara parcialmente con lugar la medida cautelar solicitada. Esta medida cautelar queda condicionada a que se cumpla lo establecido en el numeral 26, del CPCA, que en lo que interesa dice: "Art. 26. 1) (...). 2) En caso de que la medida cautelar sea concedida, la demanda deberá presentarse en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente de la notificación del auto que la acoge; de lo contrario, se ordenará su levantamiento y se condenará a la parte solicitante al pago de los daños y perjuicios causados, los cuales se liquidarán por el trámite de ejecución de sentencia."

Dejo muy claro, que soy muy respetuoso, con el principio democrático de "División de Poderes", por lo que esta decisión no esta encaminada a irrespetar dicho principio constitucional, mas bien esta pensada en orientar en la medida de lo posible a que se tomen medidas que sean razonables jurídicamente, que sean compatible y efectivas entre unas y otras, y que protejan el derecho a la salud (vida) de cada persona que se encuentre dentro del territorio costarricense y que no vengán a contener un choque de constitucionalidad entre unas y otras, que vayan a poner en peligro dicho derecho, al no ser efectivas y provocar mayor riesgo del contagio del Covi-19. Pues, como se dijo en líneas atrás, un aspecto trascendental en relación con el contagio y propagación del virus COVID-19, según la OMS (Organización Mundial de la Salud), es que su transmisión se da particularmente de persona a persona, hecho por el cual es vital evitar el contacto con personas contagiadas para así impedir su propagación, siendo el distanciamiento social la medida sanitaria más eficaz y efectiva de contrarrestarlo."

-

... Ver menos

Citas de Legislación y Doctrina

Texto de la Resolución



TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA
Central 2545-0003. Fax 2545-0033. Correo Electrónico tproca-sgdoc@poder-judicial.go.cr
Segundo Circuito Judicial de San José, Anexo A

Sent:552-2020.-

TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, ANEXO A. A las trece horas cincuenta minutos del tres de noviembre del año dos mil veinte.-

Medida cautelar solicitada por Arnoldo Valentín Barahona Cortés, mayor, vecino de Escazú, Alcalde Municipal de Escazú, cédula de identidad número tres-cero doscientos setenta y cuatro-cero seiscientos uno; Carlos Gerardo Cantillo Álvarez, mayor, vecino de Carrillo, Alcalde Municipal de Carrillo, casado un vez, cédula de identidad número cinco-cero doscientos treinta-cero cero cincuenta y dos; Luis Gerardo Castañeda, mayor, vecino de Liberia, Alcalde Municipal de Liberia, casado un vez, cédula de identidad número nueve-cero cero treinta y tres-cero seiscientos ochenta y uno; Giovanni Jiménez Gómez, mayor vecino de Nandayure, Alcalde Municipal de Nandayure, cédula de identidad número seis-cero ciento noventa y seis-cero ochocientos cuarenta y cuatro; Laura Carniol Torres, mayor, vecina de Santa Ana, Alcaldesa de Santa Ana, casada, cédula de identidad número uno-cero novecientos noventa-cero ochocientos cuarenta y nueve; Jorge Arturo Alfaro Orias, mayor, vecino de Santa Cruz, Alcalde Municipal de Santa Cruz, casado cédula de identidad número cinco-cero doscientos sesenta y dos-cero doscientos cincuenta y seis, todos representados por el Lic. José Pablo Badilla Villanueva y el Lic. José Pablo Badilla Quirós, contra del **Estado**, representado por la señora **MSc. Maureem Iliana Medrano Brenes**, mayor, casada, casada, Abogada, cédula de identidad número uno-cero seiscientos cuarenta y dos-cero quinientos veintidós, en su condición de Procuradora Adjunta, se resuelve:

RESULTANDO

I. Que en fecha 10 de agosto del 2020, se presenta a estrados judiciales solicitud de medida cautelar por parte de la representación de los aquí actores, pretendiendo que se suspendan los siguientes actos administrativos: " 1. Decreto Ejecutivo número 42524-MOPT-S del 10 de agosto del 2020, "Reformo del Decreto Número 42253-MOPT-S DEL 24 DE MARZO DEL 2020 DENOMINADO RESTRICCIÓN VEHICULAR EN HORARIO NOCTURNO PARA MITIGAR LOS EFECTOS DEL COVID-19" que en lo medular varía lo restricción nocturna, desde los 21 horas 0 los 5 horas. 2. Decreto Ejecutivo número 42525-MOPT-S del 10 de agosto del 2020, "Reforma del Decreto Número 42295-MOPT-S DEL H DE ABRIL DEL 2020 DENOMINADO RESTRICCIÓN VEHICULAR DIURNA ANTE EL ESTADO DE EMERGENCIA NACIONAL EN TODO EL TERRITORIO COSTARRICENSE POR EL COVID-19" que en lo medular vario la restricción en lo zona con alerta amarilla. 3. *Decreto Ejecutivo número 42521-MOPT-S del 10 de agosto del 2020, "RESTRICCIÓN VEHICULAR TEMPORAL DEL 10 AL 21 DE AGOSTO DE 2020 PARA LOS CANTONES Y DISTRITOS EN ALERTA NARANJA DEBIDO AL ESTADO DE EMERGENCIA NACIONAL POR EL COVID-19" que en lo medular establece los nuevos e ilegales medidas en los cantones con alerta naranja.* 4. *Acuerdo N° MS-DM-6551-2020 del 10 de agosto del 2020 del Ministerio de Salud que fijo los comercios que operan en los cantones con alerta amarilla.* 5. *Acuerdo N° MS-DM-6552-2020 del 10 de agosto del 2020 del Ministerio de Salud que fijo los comercios que operan en los cantones con alerta naranja y se disponga en su lugar se mantener la restricción vehicular unívoca para todo el país, de forma total, que los días lunes solo tengan restricción vehicular las placas terminadas en los dígitos 1 y 2, los martes las terminadas en los dígitos 3 y 4; los miércoles las finalizadas en 5 y 6; los jueves las finalizadas en 7 y 8; y los viernes las que terminan en los dígitos 9 y 0. Además que la restricción vehicular absoluta se dé a partir de las 22 horas para todo el país, restricciones que se deberán hacer con las mismas salvedades vigentes hasta el día de ayer domingo 9 de agosto del 2020."*(ver imagen 11 a la 63 en formato digital a la fecha).-

II. Que a través de la resolución de las dieciséis horas del diez de agosto del año dos mil veinte, se confiere audiencia a la representación Municipal, con relación a la medida cautelar promovida. (ver imagen 183 en formato digital a la fecha).-

III. Conferida la audiencia de rigor, la representación del Estado, se opone a la adopción de la medida cautelar solicitada y formula sus argumentos de hecho y de derecho, solicitando como pretensión que se rechace la medida cautelar en todos sus extremos. (ver imagen 205 en formato digital a la fecha).-

IV. Que en los procedimientos se han observado las prescripciones de rigor y no se notan causales de nulidad capaces de invalidar lo actuado. Se dicta esta resolución dentro del margen de tiempo que las labores de este Despacho lo permiten, y:

CONSIDERANDO

I-OBJETO DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR. En este asunto cautelar, el objeto (en síntesis) es que se declare la suspensión de: "1. Decreto Ejecutivo número 42524-MOPT-S del 10 de agosto del 2020., 2. Decreto Ejecutivo número 42525-MOPT-S del 10 de agosto del 2020.,, 3. *Decreto Ejecutivo número 42521-MOPT-S del 10 de agosto del 2020., 4. Acuerdo N° MS-DM-6551-2020 del 10 de agosto del 2020, y 5. Acuerdo N° MS-DM-6552-2020 del 10 de agosto del 2020.*"-

II. ARGUMENTOS DE LA PARTE PROMOVENTE: En síntesis, argumentan que el criterio administrativo aludido, violenta los normas de la técnica y la ciencia, y de manera directa transgrede el bloque de constitucionalidad. Esa lesión a los intereses de mis mandantes y de la ciudadanía en general, es posible de tutela jurisdiccional, y debe ser enmendada a través de este proceso sumario. Sobre el peligro en la demora, alega que la implementación de restricción provocará serios daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Quedo claro entonces que hay un perjuicio económico potencial debidamente acreditado, junto a todos los razonamientos ya esbozados. En relación a la apariencia de buen derecho, manifiesta que nuestro interés focal, es impugnar un acto que fijó una restricción vehicular abusiva, que nació del engaño y la defraudación, y que si es muy lesivo o los intereses nacionales. No hacemos más que cuestionar la validez de un acto de alcance general, que nace del abuso de potestades discrecionales, y que de manera flagrante vulnera el bloque de constitucionalidad, y los artículos 15, 16 y 17 de la Ley General de la Administración Pública. En el caso bajo estudio el acto presenta vicios de nulidad absoluta en los términos del artículo 166 y 132 de la LGAP. Lo anterior debido de que el contenido es inválido, en el tanto incorpore restricciones de la libertad ambulatoria sin sustento técnico, y de manera discriminatoria hacia los cantones en alerta naranja. Por otro lado, se refiere a la ponderación de intereses en juego, e indica que en vez de dañarse a la colectividad, es clarísimo que lo que el interés general exige es la continuidad de las actividades productivas dentro del país.-

III. ARGUMENTOS DE LA REPRESENTACIÓN DEI ESTADO: En resumen, indica que es a partir del mes de enero de 2020, que las autoridades internacionales de salud activaron los protocolos de emergencia epidemiológica sanitaria internacional por el brote de un nuevo coronavirus, el cual se produjo en la ciudad de Wuhan de la Provincia de Hubei en China, y que en ese momento se estaba expandiendo por el mundo produciendo la muerte de personas en diferentes países. Que respecto al contagio y propagación del virus, señala la Organización Mundial de la Salud (OMS) que "Una persona puede contraer la COVID-19 por contacto con otra que esté infectada por el virus. La enfermedad se propaga principalmente de persona a persona a través de las gotículas que salen despedidas de la nariz o la boca de una persona afectada al tosen estornudar o hablar. Estas gotículas son relativamente pesadas no llegan muy lejos y caen rápidamente al suelo. Una persona puede contraer la COVID-19 si inhala las

gotículas procedentes de una persona infectada por el virus. Por eso es importante mantenerse al menos a un metro de distancia de los demás. Estas gotículas pueden caer sobre los objetos y superficies que rodean a la persona, como mesas, pomos y barandillas de modo que otras personas pueden infectarse si tocan esos objetos o superficies y luego se tocan los ojos; la nariz o la boca. Que este escenario ha obligado a las entidades encargadas de atender la emergencia a adoptar todo tipo de medidas, de las cuales se sabe que existen algunas que no son del agrado de toda la población y que a su vez generan consecuencias en aspectos sociales y/o económicos, pero que son necesarias e imprescindibles según estudios técnicos para atender la emergencia y así mitigar y prevenir el avance del virus COVID-19 en nuestro país. Que existe una falta de interés actual, con respecto a la pretensión tercera de la gestión cautelar, la cual solicita la suspensión de los efectos del Decreto Ejecutivo número 42521-MOPT-S del 10 de agosto del 2020, "RESTRICCIÓN VEHICULAR TEMPORAL DEL 10 AL 21 DE AGOSTO DE 2020 PARA LOS CANTONES Y DISTRITOS EN ALERTA NARANJA DEBIDO AL ESTADO DE EMERGENCIA NACIONAL POR EL COVID-19", esta representación considera que existe una evidente "Falta de Interés" en atención a que en el artículo 11 del Decreto Ejecutivo No. 42521-MOPT-S dispone que la medida de regulación horaria de restricción vehicular diurna diferenciada para los cantones y distritos en alerta naranja, es de vigencia temporal, y "se aplicará a partir de las 05:00 horas del día 10 de agosto y hasta las 20:59 horas del 21 de agosto de 2020.", situación por la cual, posterior a las 20:59 horas del 21 de agosto de 2020, esta medida pierda total vigencia, siendo derogada de manera ipso facto por la misma norma que la creo. Argumenta una falta de legitimación, pues considera que los alcaldes gestionan es de la petición cautelar, no ostentan legitimación, dado que no acreditan como la restricción vehicular diferenciada afecta los derechos subjetivos o intereses legítimos de TODOS los ciudadanos de sus respectivos municipios (cuando es evidente que las medidas cuestionadas se orientan a la protección de todos y no solo un conglomerado de ellos) siendo más que evidente un interés netamente particular respecto a comerciantes o empresarios de la zona, y no de todo un colectivo. En relación a la apariencia de buen derecho, manifiesta que demanda no posee visos de buen derecho. Los actores se limitan a señalar que su interés es "impugnar un acto que fijó una restricción vehicular abusiva, que nació del engaño y la defraudación, y que si es lesiva a los intereses nacionales (...) No hacemos más que cuestionar la validez de un acto de alcance general que nace del abuso de potestades discrecionales; y que de manera flagrante vulnera el bloque de constitucionalidad y los artículos 15 16 y 17 de la Ley General de la Administración Pública." Califican los actos como ilegales, arbitrarios, abusivos, irrazonables, y que la medidas nacieron del engaño y la defraudación, lo cual es lesivo a los intereses nacionales, además de que son reflejo del abuso de las potestades discrecionales con que cuenta la administración. Así las cosas, siendo que la OMS realizó la declaratoria de pandemia internacional producto del COVID-19, y que el virus llegó a nuestro territorio nacional, el Poder Ejecutivo decidió emitir el Decreto Ejecutivo n.º 42227-MP-S del 16 de marzo de 2020, declarando estado de emergencia nacional en todo el territorio de la República de Costa Rica, debido a la situación de emergencia sanitaria provocada por la enfermedad COVID-19. En cuanto al peligro en la demora no debe perderse de vista que estamos frente a una crisis global de salud pública, de vertiginoso escalamiento y de letalidad para la humanidad, de la cual Costa Rica no está exenta, y frente a esa lamentable realidad se requieren acciones concretas y efectivas que busquen de algún modo, paliar los efectos de esa calamidad sin precedentes en los anales de nuestra historia, la restricción vehicular temporal es una de ellas. En relación con el daño extra patrimonial alegado por los actores, es muy poco probable que las personas que cuentan con vehículo propio, vayan a hacer uso de transporte público debido a la restricción vehicular temporal, y que esto pueda derivar en una contaminación inevitable del virus. Adicionalmente, la tesitura de la parte accionante no se sustenta en informes, estudios o análisis que demuestren que la restricción vehicular incide en la propagación del virus, o bien que el transporte público haya colapsado por la cantidad de usuarios que demandan dicho servicio durante la vigencia de esa medida extraordinaria. No acompañan los gestionan es ningún tipo de prueba idónea, más allá de una mera especulación, que permita sustituir los índices, valoraciones, e informes que grupos de expertos en distintas disciplinas que conforman la Sala de Estado situacional han estudiado y abordado como una medida de contingencia con el afán de disminuir la posibilidad de contagio, para así no saturar o colapsar el sistema sanitario de nuestro país. Precisamente, la finalidad que persigue la medida sanitaria cuestionada es evitar la afluencia y convergencia de personas propias de una normalidad que en este momento nos es ajena en virtud de la amenaza de contagio de la epidemia que tanta devastación ha causado no solo a nivel nacional, sino internacional. En relación a los intereses en juego, manifiesta que reiteramos lo ya indicado en otros apartes, que es obligación del Estado resguardar los derechos fundamentales a la vida y salud de todas las personas, siendo que es el Ministerio de Salud la autoridad competente para ordenar y dictar las medidas correspondientes, y dentro de su marco de acción cuenta con la potestad de imperio en materia sanitaria para hacerlo, junto con autoridades de la Comisión Nacional de Emergencias y distintos grupos de expertos que conforman el equipo interdisciplinario que conforma la Sala de Análisis de Situación que coadyuvan en su distinta especialidad frente al estado de emergencia nacional que atraviesa el país. Es indudable que el país, al igual que muchas otras naciones, se encuentran enfrentando una situación repentina, sorpresiva, inesperada, donde la incertidumbre marca la pauta, nadie estaba preparado para una situación así, ni siquiera naciones del primer mundo, que trae consecuencias devastadoras para el orden económico y social, que definitivamente requieren medidas excepcionales y restrictivas. Por lo que solicita que sea rechazada la cautelar en todos sus extremos. (ver imagen 205 en digital a la fecha).-

IV.- FALTA DE LEGITIMACIÓN. Sobre la falta de legitimación: Establece la ley procesal contenciosa en su artículo 10 que estarán legitimados para demandar: " a) Quienes invoquen la afectación de intereses legítimos o derechos subjetivos." asimismo ordena en su inciso 4), " Cualquier interesado que haya sido afectado en sus intereses legítimos o derechos subjetivos, podrá pedir la declaratoria, el reconocimiento o el restablecimiento de una situación jurídica, con reparación patrimonial o sin ella. "; el mismo cuerpo normativo nos indica en su numeral 12 que se considerará parte demandada: "1) La Administración Pública autora de la conducta administrativa objeto del proceso, salvo cuando se trate de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones; en este caso, se demandará al Estado. 2) Los órganos administrativos con personalidad jurídica instrumental, en tanto sean autores de la conducta administrativa objeto del proceso, conjuntamente con el Estado o el ente al que se encuentren adscritos. 3) Las personas físicas o jurídicas que hayan derivado derechos e intereses legítimos de la conducta administrativa objeto del proceso. (...) 6) Cuando una entidad dicte algún acto o disposición que, para su firmeza, requiera previo control, autorización, aprobación o conocimiento, por parte de un órgano del Estado o de otra entidad administrativa, se tendrá como parte demandada: a) El Estado o la entidad que dictó el acto o la disposición fiscalizados, si el resultado de la fiscalización ha

sido aprobatorio. b) La entidad que ha ejercido la fiscalización, si esta no ha aprobado el acto o la disposición." A la luz de esas normas, procede los actores a interponer acción contra el ESTADO, siendo que acorde con las pretensiones del proceso, y numerales enunciados, y atendiendo a ello, el demandado, reclama la falta de legitimación activa. Al respecto estima este Juzgador, que acorde al ordenamiento vigente, lo aquí accionantes, tienen legitimación para defender sus derechos constitucionales de la salud.

V.- FALTA DE INTERÉS ACTUAL : Tal y como se sabe para otorgar una medida cautelar, se requiere la concurrencia de los tres elementos (aparición de buen derecho, peligro en la demora y el equilibrio de intereses) para que resulte estimatoria una medida cautelar, amén de la instrumentalidad y urgencia que debe caracterizarla. En el caso de análisis en ésta cautelar y sin entrar a valorar los presupuestos para la adopción o no de la cautelar peticionada, es criterio de este Juzgador que la medida cautelar solicitada para suspender los efectos del decreto ejecutivo N°42521-MOT-S, Resolución N°MS-DM-6551 y N°MS-DM-6552 **no es procedente** por carecer de interés actual. Lo anterior por cuanto, como bien lo indica la representación de la parte aquí demandada (Estado), la pretensión de los actores, es la suspensión de los efectos del decreto ejecutivo N°42521MOT-S, Resolución N°MS-DM-6551 y N°MS-DM-6552, efectos que regían hasta el 30 de agosto del 2020, por lo que la misma carece de instrumentalidad al día de hoy con relación a la suspensión de los efectos de los actos administrativos aquí mencionados. En razón de lo anterior, se impone declarar sin lugar la medida cautelar en cuanto a la suspensión de los efectos del decreto ejecutivo N°42521-MOT-S, Resolución N°MS-DM-6551 y N°MS-DM-6552, por carecer de interés actual.-

VI.- DE LA JUSTICIA CAUTELAR: Las medidas cautelares como instituto procesal encuentran su fundamento en la propia Constitución Política y los tratados internacionales suscritos por nuestro país, en tanto que dichos cuerpos normativos supra legales se prevee el acceso a la justicia efectiva como un derecho fundamental. En este orden de ideas, el artículo 41 de la Constitución Política, señala al respecto lo siguiente: "**ARTÍCULO 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes**". Por su parte la Declaración Universal de Derechos humanos, hace una referencia a la necesidad de que los recursos jurisdiccionales deben guardar necesaria efectividad para el amparo de los derechos constitucionales y legales, en tanto dispuso: "**Artículo 8.- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley**". Adicionalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, indica en su artículo 14, orientado a la materia penal, el derecho ciudadano a un proceso sin dilaciones indebidas: "**3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;...**". Finalmente, resulta de relevancia indicar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone, de manera general, ya no restringido a la materia penal, dicho deber, de la siguiente manera: "**Garantías Judiciales: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter**". Complementario con estas disposiciones, es el principio general de Derecho Procesal elaborado por Chiovenda y desarrollado por Calamandrei que indica que "**la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien probablemente tenga la razón**". Estas consideraciones se engarzan con la seguridad jurídica que debe conferir todo ordenamiento jurídico a quienes recurren a los órganos jurisdiccionales a hacer valer sus derechos. Es así como dentro de este marco general, la medida cautelar es definida como una necesaria e idónea decisión provisional adoptada con el fin de evitar un daño grave e irreversible para el recurrente, que pueda poner en peligro al objeto del proceso o hacer ilusorio su resultado, por la imposible efectividad y eficacia de un fallo favorable al actor. Hechas las anteriores consideraciones, proceden entrar a detallar, tanto los presupuestos como las características de las medidas cautelares en el Código Procesal Contencioso Administrativo, aplicable a la materia. (El destacado en nuestro).

VII.- SOBRE LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO: 1- Consideraciones generales: Para efectos de la presente solicitud de medida cautelar, como primera condición para valorar si procede su otorgamiento, encontramos el denominado *fummus boni iuris*. En este sentido, el artículo 21 del Código Procesal Contencioso Administrativo establece al respecto, lo siguiente: "**La medida cautelar será procedente cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida, y siempre que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad**". (El destacado es nuestro para efectos del presente análisis). De conformidad con lo anterior, se evidencia que la seriedad en la demanda es una condición sine qua non para el otorgamiento de la medida cautelar. Dicha seriedad entraña una valoración, que si bien no significa realizar el juicio de fondo propio del Tribunal de Juicio, sí implica la determinación de una apariencia preliminar de existencia de fundamentación de la demanda. Con lo anterior, se descartaría la posibilidad de otorgar una medida cautelar, en situaciones de demandadas evidente y manifiestamente temerarias, carentes de toda fundamentación, en donde se evidencie un *fummus mali iuris*, por tal razón. Es entonces claro que la apariencia de buen derecho, no significa exigir certeza de buen derecho desde la fase inicial del proceso de conocimiento, en tanto que lo que se requerirá es un juicio de *probabilidad* en donde se determine que de manera razonable la parte está ejerciendo su derecho de acceso a la justicia, -tutelado en el artículo 41 de la Constitución Política- sin una perversión del mismo, haciéndolo instrumento para dilatar, lesionar o entorpecer el actuar administrativo sin fundamento alguno. La comprobación que deberá realizar el Juez o jueza en la medida cautelar para efectos de determinar la apariencia de un buen derecho, deberá centrarse en determinar que la demanda no posee el carácter infundado o temerario a que hemos hecho referencia, sin caer en valoraciones con respecto a los argumentos de fondo, propias del Tribunal de Juicio. En casos como el objeto de esta medida cautelar se ha indicado que el juicio de verosimilitud debe ponderar las condiciones que se producen los hechos alegados, la intensidad de afectación y de la existencia de una vía de hecho sí así se alegare. Esta verificación, por supuesto, será siempre un juicio de probabilidad o verosimilitud de la demanda, fundado en la mera alegación, por lo que no realiza el llamado juicio de verdad, realizado por el Tribunal con base en las pruebas atraídas a la audiencia oral y pública. Con base en lo anterior, se procederá a determinar la existencia o no de una apariencia de buen derecho en el caso concreto de análisis. **2.- Sobre el análisis del caso concreto con relación al presupuesto de la apariencia de**

buen derecho: Para fundamentar su derecho, las partes promoventes manifiestan que su interés focal, es impugnar un acto que fijó una restricción vehicular abusiva, que nació del engaño y la defraudación, y que si es muy lesivo a los intereses nacionales, actos impugnados (decretos ejecutivos) que tiene efectos propios, se trata de actos impugnables en esta vía acorde a los ordinales 2 y 36 inciso c) del Código Procesal Contencioso Administrativo. Al respecto, estima este Juzgador que, a manera de juicio de probabilidad, en el presente caso se evidencia la apariencia de buen derecho, habida cuenta de las propias manifestaciones del escrito de interposición de la medida y de las manifestaciones que realiza la representación del Estado y de la prueba documental aportada (decretos ejecutivos), se desprende con claridad argumentaciones y razonamientos que otorgan un grado razonable de incertidumbre de que sean analizados y conocidos en juicio, pues la parte promovente de la cautelar lo que alega (en síntesis) es que es la existencia de una nulidad absoluta de las actuaciones del Ministerio de Salud. En este orden de ideas, correspondería al Tribunal de juicio la evaluación de los argumentos seguidos por la parte promovente en caso de una sentencia estimatoria en el eventual proceso de conocimiento que pueda formularse. No se evidencia entonces algún nivel de *fumus mali iuris*, habida cuenta que la parte promovente, acredita una serie de hechos constitutivos del derecho que invoca de manera razonable y sujeta siempre, a lo que el Juzgador decida sobre el fondo. Esto tomando en cuenta que la pretensión en este proceso cautelar es que se suspendan los decretos ejecutivos dictados por el Ministerio de Salud, por ser actos administrativos nulos. Al ser esta etapa del proceso cautelar, orientada, no a la prueba de la existencia y alcances de la relación jurídica procesal, sino más bien a la determinación de existencia de argumentos viables para una eventual posibilidad de triunfo de las pretensiones, se estima suficiente lo alegado por la parte para fundamentar su apariencia de buen derecho. En razón de lo anterior, en *grado de probabilidad*, estima este Juzgador que le asiste a la parte promovente una apariencia de buen derecho, en razón de que esgrime argumentos razonablemente fundados, que probablemente podrían ser conocidos y revisados por el Tribunal de Juicio en la sentencia de fondo del proceso de conocimiento que eventualmente se instaure. Todo lo anterior, sin prejuzgar el fondo de sus argumentos y de manera de juicio de probabilidad. **3.- Conclusión:** Este Juzgador considera que le asiste la apariencia de buen derecho en la pretensión de la medida cautelar.

VIII.- DE LA EXISTENCIA DEL PELIGRO DE UN DAÑO GRAVE EN LA MORA: Para el análisis de la aplicación de este presupuesto al caso concreto, estima este Juzgador necesario realizar algunas consideraciones sobre el denominado peligro en la demora. **1.- Consideraciones generales:** Para efectos de la presente solicitud de medida cautelar, como segunda condición para valorar si procede su otorgamiento, encontramos el denominado *periculum in mora*. En este sentido, el artículo 21 del Código Procesal Contencioso Administrativo establece al respecto, lo siguiente: "*La medida cautelar será procedente cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida, y siempre que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad*". (El destacado es nuestro para efectos del presente análisis). De la norma indicada se evidencia con gran claridad el profundo avance que con respecto a este presupuesto presenta el Código Procesal Contencioso Administrativo para con la antigua Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Lo anterior, en tanto que ésta última lo que exigía era un daño o perjuicio de reparación imposible o difícil, criterio mucho más restrictivo que el actual daño o perjuicio grave del CPCA y en donde se admite de manera expresa la posibilidad de daños potenciales. Calamadreí define dicho presupuesto de la siguiente manera; ... "el *periculum in mora* que está en la base de las medidas cautelares no es el genérico peligro de daño jurídico, el cual se puede en ciertos casos obviar con la tutela ordinaria, sino específicamente el peligro de aquél ulterior daño marginal que podría derivarse del retraso, consecuencia inevitable de la lentitud del proceso ordinario, de la resolución definitiva" Calamandreí citado por VECINA CIFUENTES, Javier. Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional. Madrid, Editorial Colex, 1993. En este orden de ideas, el denominado *periculum in mora* se ha entendido como el temor razonable y objetivamente fundado de la parte actora - lo que implica demostración, no mera alegación, distintivo del anterior presupuesto-, de que una concreta y determinada situación jurídica sustancial aducida por la parte promovente de la medida cautelar pueda ser dañada o perjudicada de forma grave durante el transcurso del tiempo necesario para dictar la sentencia principal, y dado el tiempo que normalmente puede tardar un proceso de conocimiento en todas sus etapas. Es entonces que este presupuesto parte de dos elementos- condición para su existencia, a saber, el daño actual o potencial inminente y la demora misma del proceso. Vemos entonces como el peligro de la mora parte de los mismos fundamentos que dan origen a la justicia cautelar, en tanto que busca proteger el resultado de una eventual sentencia de fondo y evitar que la misma se torne nugatoria por el mero transcurso del tiempo transcurrido durante el proceso. Dado lo anterior, no procedería una medida cautelar en donde no se evidencia la posibilidad de un daño grave, sea cuando pueda mediar otro tipo de daños de menor gravedad, desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, o cuando se invoca mas no se demuestra al menos con indicios o se desprende de los elementos de convicción, para efectos de la tutela cautelar, los daños graves alegados. Es por esta razón que se ha estimado al peligro en la demora como el presupuesto o pilar fundamental sobre el cual se asienta la medida cautelar que el Juez adopte, tal y como nos encontramos en el caso de análisis. Con respecto a la prueba de este elemento, con gran claridad, se ha dicho que no requiere plena prueba (existiendo inclusive afirmaciones respecto de que no necesita demostración), siendo así que la urgencia que originan la gestión cautelar, así como la existencia de daños, no solo actuales, sino también potenciales, hacen difícil y contraproducente su plena prueba en un proceso sumario. Por lo anterior, en determinadas condiciones, la conducta misma de la Administración, sea formal o material, hacen que el daño sea su consecuencia lógica e insoslayable, por lo que no exigen mayor elemento probatorio directo, quedando a la valoración del Juez o jueza bajo su prudente apreciación (in re ipsa) y a la carga probatoria de la parte accionada su destrucción. En razón de lo anterior, es que para el otorgamiento de la medida cautelar se requerirá la presencia de una probabilidad razonable y objetivamente fundada de existencia de una afectación grave a la parte promovente con motivo de la dilación del proceso de conocimiento y hasta la firmeza de la resolución final. Acorde con lo dicho, se puede considerar que en el caso del peligro en la mora se requiere al menos la acreditación de un grado de certeza razonable de la existencia de las condiciones de hecho consistentes en la amenaza que el invocante de la medida cautelar estima como daño grave. Esa certeza, entonces puede devenir, ya sea de prueba o de indicios que evidencien de manera razonable u objetiva la existencia de un daño o de las circunstancias mismas en que se da el daño alegado, en que este se puede presentar como una consecuencia evidente de la conducta administrativa. Con base en lo anterior, se procederá a determinar la existencia del peligro en la demora en el caso concreto de análisis. **2.- Sobre el análisis del caso**

concreto con relación al presupuesto del peligro en la demora: Con respecto a este requisito, hecho un análisis de la medida solicitada, se advierte que estamos en presencia de una demostración de un actual o eventual daño grave con motivo en la demora resultante del curso del eventual proceso de conocimiento. La parte promovente precisa y demuestra, el daño grave concreto objetivo, individualizable, verificable y eventualmente cuantificable. En el presente caso se evidencia la existencia de demostración de un daño grave con motivo de la no adopción de la medida cautelar o la dilación en un eventual proceso de conocimiento. A mayor abundamiento, la parte promovente aporta documento o elemento de convicción que demuestre el grado de afectación en su esfera de salud, evidencia que hace presumir gravedad en las consecuencias de los actos administrativos. Las partes promoventes invocan que los decretos ejecutivos que establecen la restricción vehicular le son perjudiciales, por cuanto las personas que tienen sus vehículos propios, no podrán utilizarlos para transportarse, por lo que deben de utilizar los servicios públicos, que son los ventores de contaminación. La prueba que aporta (decretos ejecutivos), demuestran las actuaciones del Ministerio de Salud en cuanto a la restricción vehicular, que afectan su derecho constitucional de la salud. De conformidad con lo anterior, se tiene la acreditación de un grado de certeza razonable de la posibilidad objetiva de la existencia de un daño grave. Mas aun se aprecia que la actuación del Ministerio de Salud aquí demandado, al momento de establecer la restricción vehicular como medida sanitaria para prevenir el contagio del Covi-19, no es la mas adecuada y efectiva, toda vez que se considera contradictoria con la medida sanitaria del distanciamiento social (1.80 cm), considerándola como una actuación inadecuada e ineficaz, claro toda esta apreciación conforme lo dispone el numeral 96 del CPCA. Todo lo anterior, siempre entendiendo que se ha hecho un juicio de probabilidad y tomando en consideración que la medida posee un carácter instrumental para con el fondo de las pretensiones que han sido esgrimidas y el objeto del eventual proceso de conocimiento. **3.- Conclusión:** Este Juzgador advierte la existencia de un peligro en la demora en el proceso de conocimiento.-

IX.- DE LA PONDERACIÓN DE INTERESES EN JUEGO: En el caso concreto, por los motivos que se verán, procede analizar en primer término la ponderación de intereses en juego. Dado lo anterior, se procederá a realizar dichas consideraciones: **1.- Sobre la naturaleza y condiciones de este presupuesto:** Para efectos de la presente solicitud de medida cautelar, como condición para valorar si procede su otorgamiento, encontramos la denominada ponderación de intereses en juego. En este sentido, el artículo 22 del Código Procesal Contencioso Administrativo establece al respecto, lo siguiente: *"Para otorgar o denegar alguna medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo deberá considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros. También deberá tomar en cuenta las posibilidades y previsiones financieras que la Administración Pública deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar."* (El destacado es nuestro para efectos del presente análisis). Con respecto a este presupuesto, es menester hacer referencia a lo señalado en esta materia por el maestro Eduardo Ortiz Ortiz, en tanto indicó: *"El interés público de la administración y la eventualidad de daños graves al mismo son materia de obligada consideración para decidir sobre la petición de suspensión del acto impugnado y para rechazarla si, otorgarla, lesionaría severamente un fin o interés público de importante rango. De este modo, cabe concluir en que no basta la procedencia de la demanda cautelar de suspensión que el particular invoque y pruebe daños graves o de difícil reparación por obra o con motivo de la ejecución del acto impugnado, sino que es necesario que así resulte ser después de haberlos comparado con los que produciría al interés público la suspensión de esa misma ejecución, dados los hechos del caso y el rango de los bienes jurídicos en conflicto."* Ortiz Ortiz, Eduardo, Justicia Administrativa Costarricense, (Cuatro Estudios), San José, Litografía e Imprenta LIL, 1990, pág. 370. En el orden de ideas, anterior, el análisis de la bilateralidad del peligro en la mora, también resultará fundamental para determinar la procedencia de una medida cautelar, debiendo valorarse comparativamente el interés del peticionante con el interés público y el de terceros, a efecto de no poseer un único criterio para la toma de la resolución correspondiente. En este supuesto, el análisis realizado debe concluir que la medida se puede denegar cuando el perjuicio sufrido por la colectividad o terceros es cualitativa y cuantitativamente superior al experimentado por el solicitante sin su otorgamiento. Con base en lo anterior, este Juzgador parte de la necesaria ponderación de la proporcionalidad y razonabilidad de la medida, y la valoración de estas consideraciones en el análisis de los intereses en juego dentro del proceso de conocimiento. Con respecto a terceros, procede hacer referencia a que se debe partir de lo que se ha llamado como la interdicción de órdenes lesivas a los intereses de terceros ajenos al proceso, como una limitación intrínseca de la medida cautelar. Estas consideraciones son reafirmadas en la doctrina española, en tanto indica expresamente: *"La necesidad de no perjudicar intereses de terceros, al decidir con carácter provisional, medidas cautelares es un principio bien conocido. Aquí esos posibles derechos de terceros pueden ser eventualmente los de toda la colectividad..."* García de Enterría Eduardo. La Batalla Por las Medidas Cautelares. Editorial Thompson Civitas, 2004. Con respecto al interés público, debe tomarse en consideración que éste por si mismo no es suficiente para denegar la medida cautelar, en tanto que en casos como éste en análisis, siempre la posibilidad de otorgar una medida cautelar se tornaría nugatoria, en tanto que estamos en presencia de una conducta administrativa en la que se ha dictado el acto final que causa efectos propios. Será la afectación al interés público cualitativa y cuantitativamente superior con relación al peticionante de la medida cautelar, el que podrá incidir en una negatoria de la misma. Es entonces ese calificado perjuicio al interés general o de tercero, el que deberá evidenciarse de la conducta administrativa objeto de la medida cautelar pedida, debiendo quedar claro que sólo si la afectación al mismo resulta más gravoso que aquella, procedería denegar la justicia cautelar. Con base en lo anterior, se procederá a analizar los intereses en juego en la presente medida cautelar. **2.- Sobre el análisis del caso concreto con relación a la ponderación de intereses:** Con respecto a este presupuesto, estima este Juzgador que en el caso que nos ocupa no se advierte lesión grave al interés público de acoger la presente medida cautelar, en tanto que al existir prueba del daño grave de las partes promoventes de la medida no afectaría el interés público del Estado, de ejercer el deber de policía. Este Juzgador tiene claro que no es cualquier afectación al interés público la que obstaculice el otorgamiento de una medida cautelar, sino que sólo la que sea superior a la que se pretenda evitar. En el caso de análisis milita un menor peso a favor del interés público por sobre la situación de las partes promoventes, tanto por que se demuestra que daño grave sufre con el tipo de decretos ejecutivos en los cuales se establecieron las restricciones vehiculares, así como de las actuaciones conexas. Lo que manifiestan es que la suspensión del acto impugnado no provoca un daño a la institucionalidad, a terceros, y menos aun al interés público. Ahora bien, de la prueba

aportada y valorada me permite realizar adecuadamente una ponderación del daño grave invocado en la solicitud de medida, ya que es una lógica jurídica y como lo manifiesta la representación del Estado, en la pagina 24 de su escrito de contestación, en el ultimo párrafo, y que literalmente dijo: " Al respecto debemos recordar un aspecto trascendental en relación con el contagio y propagación del virus COVID-19, en el tanto, según la OMS, su transmisión se da particularmente de persona a persona, hecho por el cual es vital evitar el contacto con personas contagiadas para así impedir su propagación, siendo el distanciamiento social la forma más efectiva de contrarrestarlo.", esto me lleva a la interpretación de que la restricción vehicular, no es una medida efectiva para contrarrestar o prevenir el contagio, véase que lo que se pretende es evitar el contacto con personas contagiadas, y con la restricción vehicular lo que se provoca es lo contrario, como lo es, la conglomeración en los servicios públicos (autobús y taxi), pues en estos servicios públicos no se puede mantener el distanciamiento del metro ochenta centímetros que se recomienda por parte del Ministerio de Salud. Ahora bien, debo de dejar claro, que con esta decisión, no estoy siendo irrespetuoso en la independencia de poderes del Estado Costarricense, pues si bien es cierto, el derecho a la vida (art. 21 Constitucional), es un derecho público, también se constituye un derecho privado de cada ser humano, por lo que el Estado, en caso de una emergencia nacional como la que se esta viviendo, pueda adoptar medidas adecuadas y efectivas para evitar el contagio (distanciamiento-lavado de manos-mascarilla cubre boca y careta, entre otras), y no la restricción vehicular, que no se considera efectiva, al provocar mas bien, de que se de un mayor uso del servicio público de autobuses y taxis, por parte todos los ciudadanos, que tienen todas las posibilidades de hacer uso o trasladarse en sus propios vehículos, en los cuales si se cumple la medida del distanciamiento social, mientras que en los servicios públicos no se cumple la medida efectiva del distanciamiento social, que se tiene como establecida de un metro ochenta centímetro para evitar el contagio del COVI-19. **3.- Conclusión:** Este juzgador sí advierte una afectación de mayor gravedad al derecho a la salud, pues se estaría violentando el derecho Constitucional del artículo 21, y la Ley del Ministerio de Salud, por parte del Ministerio de Salud, máxime que lo que este juzgador interpreta con relación a la disconformidad en esta medida cautelar, es que se alega una nulidad de los actos (decretos) dictados por el Ministerio de Salud, al haberse puesto en peligro el derecho a la salud (vida), con establecer una medida de restricción vehicular que se considera inadecuada, y que es un aspecto de fondo, que deberán de valorarse a juicio del Tribunal a la hora del dictado de la sentencia correspondiente de un eventual proceso de conocimiento.-

X. COLORARIO: De toda suerte que sin prejuzgar lo que por el fondo se resuelva en el proceso de conocimiento (art. 96 CPCA), para el dictado de esta resolución se analizo toda la prueba aportada a los autos, los argumentos de ambas partes, y se nota que efectivamente se dieron algunas inconsistencias en la adopción de la medida de la restricción vehicular y que por lo tanto se dio el quebranto del principio de razonabilidad, aspectos que se puede apreciar de una comparación objetiva, entre la medida del distanciamiento social (1.80 cm) y la restricción vehicular que genera un mayor uso del servicio público (autobús-taxi). Por lo antes expuesto, se declara parcialmente con lugar la medida cautelar solicitada. Esta medida cautelar queda condicionada a que se cumpla lo establecido en el numeral 26, del CPCA, que en lo que interesa dice: "Art. 26. 1) (...). 2) En caso de que la medida cautelar sea concedida, la demanda deberá presentarse en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente de la notificación del auto que la acoge; de lo contrario, se ordenará su levantamiento y se condenará a la parte solicitante al pago de los daños y perjuicios causados, los cuales se liquidarán por el trámite de ejecución de sentencia."

Dejo muy claro, que soy muy respetuoso, con el principio democrático de "**División de Poderes**", por lo que esta decisión no esta encaminada a irrespetar dicho principio constitucional, mas bien esta pensada en orientar en la medida de lo posible a que se tomen medidas que sean razonables jurídicamente, que sean compatible y efectivas entre unas y otras, y que protejan el derecho a la salud (vida) de cada persona que se encuentre dentro del territorio costarricense y que no vengán a contener un choque de constitucionalidad entre unas y otras, que vayan a poner en peligro dicho derecho, al no ser efectivas y provocar mayor riesgo del contagio del Covi-19. Pues, como se dijo en líneas atrás, un aspecto trascendental en relación con el contagio y propagación del virus COVID-19, según la OMS (Organización Mundial de la Salud), es que su transmisión se da particularmente de persona a persona, hecho por el cual es vital evitar el contacto con personas contagiadas para así impedir su propagación, siendo el distanciamiento social la medida sanitaria más eficaz y efectiva de contrarrestarlo.-

POR TANTO

Con fundamento en lo expuesto y de conformidad con los artículos 1, 2, 20, 21 y 22 del Código Procesal Contencioso Administrativo, se declara parcialmente con lugar la solicitud de medida cautelar promovida por los aquí actores. Entiéndase denegada en lo no expresamente concedido. Se declara **sin lugar** la defensa de falta de legitimación. Se declara **con lugar** la falta de interés actual, respecto a la suspensión del decreto ejecutivo N° 42521-MOPT-SM, resolución N°MS-DM-6551-2020 y la N°MS-DM-6552. Se **ordena la suspensión** de los efectos de los decretos ejecutivos N° 42524-MOPT-S y N° 42525-MOPT-S, en lo que respecta a la restricción vehicular, en lo demás se mantienen incólumes. Esta medida cautelar queda condicionada a que se cumpla lo establecido en el numeral 26, del CPCA, que en lo que interesa dice: "Art. 26. 1) (...). 2) En caso de que la medida cautelar sea concedida, la demanda deberá presentarse en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente de la notificación del auto que la acoge; de lo contrario, se ordenará su levantamiento y se condenará a la parte solicitante al pago de los daños y perjuicios causados, los cuales se liquidarán por el trámite de ejecución de sentencia.", lo cual deberá realizarse bajo este mismo número de expediente esta de medida cautelar. **Notifíquese.-**

Lic. Alcevith Godínez Prado.

Juez.-

20-003742-01027-ca.

distribución en forma onerosa.

Es copia fiel del original - Tomado del Nexus PJ el: 13-04-2021 15:37:27.