



## Boletín Informativo

La Uruca, San José, Costa Rica, viernes 27 de agosto del 2010. N° 8

Dictamen : 298 del 28/08/2007

**Consultante:** Luis Fernando Sequeira Solís  
**Cargo:** Auditor Interno  
**Institución:** Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos  
**Funcionario:** Magda Inés Rojas Chaves

Licenciado  
Luis Fernando Sequeira Solís  
Auditor Interno  
Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos

Estimado señor:

Con la aprobación de la Procuradora General, me refiero a su atento oficio N° 066-AI-2007 de 13 de junio último, por medio de cual consulta respecto de la procedencia de sesiones de junta directiva no presenciales en la ARESEP.

La consulta tiene como objeto que se determine si:

- “1. ¿Se ajustaría al ordenamiento jurídico actual, vigente para el sector público, el poder realizar sesiones de junta directiva en las que los miembros del órgano no estén ubicados en un mismo sitio?
2. En caso que la duda anteriormente planteada tenga sustento legal, ¿permitiría esto el poder efectuar sesiones de junta directiva integrando dentro de ellas a miembros que se encuentran fuera del país?
3. ¿Podría considerarse el uso de teléfonos para conferencias, correos electrónicos y chats instrumentos aceptables de comunicación con el órgano colegiado en el desarrollo de este tipo de sesiones?
4. ¿Qué elementos habría que considerar para el levantamiento del acta?
5. ¿Tendría derecho a recibir el pago de la dieta el directivo que participa haciendo uso de los distintos instrumentos tecnológicos sin estar físicamente integrado al órgano colegiado?”

Con la consulta se ha remitido copia del oficio 750-SJD-2006/27191 de 31 de octubre de 2006, mediante el cual el Regulador General transcribe el acuerdo 003-062-2006 artículo 3 del acta de la Sesión Ordinaria 062-2006, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos el 23 de octubre anterior, ratificada el 30 del mismo mes, relativa a la modificación del Reglamento de Sesiones de Junta Directiva.

Asimismo, se ha remitido copia del oficio N° 735-SJD-2006/26080 de 19 de octubre anterior, en que se pone en conocimiento de los miembros de la Junta Directiva una propuesta de modificación a varios artículos del Reglamento de Sesiones de la Junta Directiva.

Se ha adjuntado, además, copia del oficio N° 540-DJU-2005 de 10 de agosto de 2005, mediante el cual la Dirección Jurídica evacua con carácter vinculante consulta del Auditor Interno respecto de la legalidad de las sesiones no presenciales. Considera la Asesoría Jurídica que la Junta Directiva de la ARESEP, en ejercicio de su potestad reglamentaria emitió el Reglamento de sesiones de la Junta Directiva. El contenido del artículo 2 no es contrario a lo dispuesto en los artículos 49 a 58 inclusive de la Ley General de la Administración Pública. Si hubiera discrepancia entre lo que dispone el Reglamento de Sesiones y lo que prescriba una norma de rango superior, ésta debe prevalecer, en atención al principio de jerarquía de las fuentes del Derecho Administrativo. Agrega que la sesión no presencial es aquella en la que no están presentes físicamente todos los miembros del órgano colegiado, sino que se encuentran en lugares distintos. Difieren de las sesiones presenciales en la llamada unidad de lugar. Las sesiones no presenciales se rigen por lo dispuesto en la Ley General de la Administración Pública y en el Reglamento de sesiones para las sesiones presenciales. Los debates y las deliberaciones de los miembros del colegio deben realizarse sucesiva, alternativa e inmediatamente, de modo que todos y cada uno pueda escuchar sendas manifestaciones cuando hagan uso de la palabra. Los acuerdos que se adopten y las actas de las sesiones no presenciales se rigen por las normas y principios atinentes a las sesiones presenciales. Concluye que si alguna norma del Reglamento de Sesiones de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora se contrapone a una de rango superior, aquélla carecerá de validez como dispone el artículo 2 del Código Civil. Las juntas directivas de los entes autónomos son órganos colegiados. La determinación de los elementos estructurales de esta forma de organización nos permite establecer la conformidad de determinados sistemas de tecnología en la celebración de sesiones con el ordenamiento jurídico.

#### A.- \* \* EL ORGANO COLEGIADO SE SUJETA A DETERMINADOS PRINCIPIOS\*

La Junta Directiva de la Autoridad Reguladora es un órgano colegiado que se integra conforme lo dispuesto en el artículo 46 de su Ley de Creación: "ARTICULO 46.- Integración de la Junta Directiva La Junta Directiva de la Autoridad Reguladora estará integrada por cinco miembros, quienes durarán en sus cargos todo el período de la administración que los nombró y podrán ser reelegidos. Uno de ellos será el Regulador General y presidirá la Junta". La particularidad de un colegio u órgano colegial reside en que el titular del órgano es un grupo o conjunto de personas físicas, que actúan en plano de igualdad unos respecto de los otros. Así, el órgano colegiado se caracteriza porque es un órgano pluripersonal, su titular es un conjunto de personas físicas, llamadas a deliberar simultáneamente (de acuerdo con las normas de organización) a efecto de formar la voluntad del órgano. Para el ejercicio de esa función, el ordenamiento establece un régimen de funcionamiento particular, que lo diferencia del accionar de un órgano unipersonal y de un órgano compuesto. Este régimen está marcado por los principios de colegialidad, simultaneidad, principios que informan la formación de la voluntad colegial a través de la deliberación.

\*/1.-/\*

\*/ La colegialidad/\*

El colegio es un órgano: "...que está integrado por varias personas físicas que se encuentran en un plano que pudiéramos llamar horizontal, de forma que sea la manifestación ideológica (voluntad o juicio) colectivamente expresada por todas esas personas la que se considere manifestación del órgano". R, ALESSI:

\*Instituciones de Derecho Administrativo, Barcelona, Editorial Bosch, Tomo I, 1970, p.110. // El plano horizontal alude a la posición de igualdad recíproca en que se encuentran los distintos miembros del Colegio " para el ejercicio simultáneo de la misma función, porque todos intentan producir un mismo acto jurídico / ..." /// Para que este objeto se realice, es condición sine qua nom que el órgano exista y esta existencia deriva no sólo de la creación por la norma jurídica sino de la

debida integración, la cual es presupuesto indispensable para que pueda funcionar. En consecuencia, en caso de que uno de los puestos de director esté vacante y la ley no haya previsto el supuesto de suplencia, el órgano no está integrado, y por consiguiente, no puede sesionar. Por ende, la integración del órgano colegiado es un aspecto de organización que tiene consecuencias importantes para la validez de la actuación administrativa. Para que una junta sesione válidamente, no es suficiente que concorra el número de miembros necesario para integrar el / quórum/ estructural, ya que éste presupone la existencia de un colegio debidamente integrado o constituido conforme la ley. La ausencia de integración completa del colegio entraña un vicio de constitución del órgano, y trae aparejada la nulidad de sus actos, aún si el / quórum/ estructural está asegurado por los miembros presentes. Es decir, el problema de integración del órgano tiene incidencia en la legalidad del acto, pudiendo provocar su nulidad absoluta (dictamen N° C-195-90 de 20 de noviembre de 1990, desarrollado luego en los Ns. C-015-97 de 27 de enero de 1997 y C-025-97 de 7 de febrero de 1997, C-138-2001 de 18 de mayo de 2001). Puesto que el colegio debe forjar una voluntad en su propio seno y a partir de la reunión simultánea de los diversos individuos que lo conforman, cobra particular importancia la regulación de la convocatoria anticipada de la sesión, los requisitos no solo sobre constitución del órgano sino de la debida constitución para sesionar (quórum estructural) y para la adopción de la decisión (quórum funcional), así, como la deliberación de acuerdo a un orden del día. La correcta convocatoria, la información relativa al orden del día, la regulación de la abstención son aspectos que posibilitan el ejercicio del derecho de participación. Este derecho se ejerce a través de la deliberación y el voto, los cuales se consideran no sólo un derecho sino también un deber (R, PARADA: \*Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre\*, Marcial Pons, 1999, p. 131).

Las distintas disposiciones de la Ley General de la Administración Pública en relación con la convocatoria, el orden del día, sesiones (artículos 49, incisos d),e) y 52) y las relativas al quórum estructural y funcional (artículo 53) tienen como objeto la deliberación y voto, los cuales dependen de la asistencia efectiva a las sesiones. No puede dejarse de lado que la actividad propia del órgano colegiado es deliberar y votar las propuestas de acuerdo.

Un miembro de un órgano directivo en su condición de tal no tiene otra función distinta de esta. Incluso cuando ha sido designado como representante de unos sectores o intereses, lo cierto es que frente al órgano al cual pertenece su función consiste en participar en la formación de la voluntad del colegio, a través de la deliberación y voto. El objeto último debe ser siempre la formación de esa voluntad. Un colegio no es la simple concurrencia de voluntades individuales y autónomas, que se suman unas a otras para obtener un criterio único. Lo que marca la diferencia entre un colegio y esa suma de voluntades individuales es la sujeción al principio de simultaneidad. //

\*/2.-/\*

\*/ Principio de simultaneidad/\*

Principio fundamental del régimen de funcionamiento del órgano colegiado es la simultaneidad. Las personas físicas que integran el órgano colegiado deben concurrir en forma simultánea a la formación de la voluntad imputable al órgano. La simultaneidad es inherente a las deliberaciones y al procedimiento de formación de la voluntad colegiada. Toda la regulación que se hace del procedimiento de formación de la voluntad parte de esa simultaneidad que es la que permite la deliberación. Una simultaneidad que es in situ, precisamente porque se requiere que los diversos miembros del órgano colegiado intercambien directamente las razones y argumentos en pro y en contra de las distintas decisiones que deben ser adoptadas. Es de advertir que todas las diversas regulaciones en orden a la convocatoria a sesiones, desenvolvimiento de la sesión, quórum estructural y funcional están enmarcadas por la necesidad de una presencia conjunta de la pluralidad de personas físicas que deben integrar el colegio. La simultaneidad permite diferenciar el colegio de

otros procedimientos que requieren la participación de diversos órganos para la adopción de actos administrativos. Particularmente, faculta diferenciar entre el acto del colegio y el acto complejo.

En este último, la participación de los diversos órganos competentes no se da necesariamente en forma simultánea y colegiada. Por el contrario, normalmente las manifestaciones de voluntad son concatenadas o sucesivas, en todo caso no simultáneas. Permítasenos al respecto la siguiente cita: “La nota de la simultaneidad merece una valoración distinta dada su relevancia cualitativa en el proceso de formación de la voluntad colegiada, ya que la intervención de varias personas en la adaptación de una decisión única puede articularse en atención a diversos planteamientos. La existencia de una concurrencia simultánea de los miembros del órgano colegiado permite distinguir los actos emanados del mismo de aquéllos dictados por la intervención sucesiva de órganos diversos, ya desde la dinámica órgano consultivo-órgano decisorio, ya mediante la participación en momentos procedimentales concatenados a través del ejercicio de funciones activas que darían lugar a lo que tradicionalmente se ha venido en denominar /acto complejo/.

En efecto, en estos casos nos encontraríamos ante una pluralidad de voluntades administrativas emanadas de órganos diversos y diferenciados, de manera que la adopción del acto administrativo no se encontraría sujeta a las reglas de la colegialidad dada la ausencia de la nota de unidad que caracteriza al órgano colegiado.

Así, pues, la peculiar configuración institucional de este último determina que sus acuerdos deban adoptarse en el seno de una sesión convocada y celebrada según las previsiones legales, reunión a la que deben asistir los diversos miembros que lo integran para contribuir /in situ/ a la formación de la voluntad colegiada. Partiendo de estas premisas es preciso constatar que con la creación de un órgano colegiado se persigue poner en común las voluntades individuales diversas de sus miembros mediante un proceso de intercambio / directo/ de razones y argumentos para, una vez perfilados los contornos de la problemática objeto de la discusión, adoptar una decisión o emitir un juicio colectivo mediante un sistema de votación mayoritario – o en su caso, a través del consenso o la unanimidad –que permita compaginar la diversidad de los puntos de vista reflejados en el proceso decisonal con los requerimientos prácticos de una voluntad única...” Julián VALERO TORRIJOS: Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico-administrativo vigente, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, p. 397. Es la simultaneidad, repetimos, lo que justifica las exigencias procedimentales en orden a la convocatoria a sesiones y el desarrollo formal de la deliberación. En efecto, la exigencia de que la sesión sea convocada formalmente y con suficiente antelación, la necesidad de un quórum estructural, la deliberación conforme con el orden del día y las reglas sobre votación formal para efectos de establecer la voluntad colegiada tienen como fundamento mantener la simultaneidad del colegio. Simultaneidad que determina, en principio, la imposibilidad de que los miembros ausentes puedan participar en la formación de la voluntad del colegio.

Este es algo más que la simple concurrencia de una pluralidad de voluntades individuales y autónomas sumadas para obtener un criterio único. Esta simultaneidad se conoce también como principio de unidad de tiempo y de lugar. Conforme lo cual el colegio ha de funcionar en el lugar y el tiempo que haya sido determinado, sin que pueda dar margen a discusión. Aspecto que don Eduardo Ortiz Ortiz justificaba en los siguientes términos: “El colegio ha de funcionar en un lugar y en un tiempo determinado en forma precisa, por doble razón: Porque caso contrario sería imposible la adopción del acto colegial. En efecto: este último supone discusión a viva voz (no son admisibles debates ni votos colegiales entre ausentes) y votación continúa de una moción para obtener la mayoría necesaria. Ninguna de tales exigencias es posible sin presencia simultánea de todos los miembros del colegio en un momento y en una sede determinados. Para lograr esa presencia es necesario fijar ambos aspectos de la reunión, espacio y tiempo, sea mediante un solo acto de

previsión para todas las reuniones futuras, sea caso por caso... Porque la competencia del colegio debe estar limitada territorialmente, en bien de una mayor eficiencia.

La proximidad y arraigo del colegio en una determinada sede le permite organizarse mejor como empresa, haciendo economía de administración y coordinando mejor los diversos aspectos de su función...”, E, ORTIZ ORTIZ, \*Tesis de Derecho Administrativo\*, II, Editorial Stradtman, 2002, pp. 115-116. La simultaneidad permite la deliberación y esta es un proceso oral, no escrito. Oralidad que permite a los distintos miembros del grupo conocer la opinión de uno y otro pero también ir perfilando la voluntad del colegio. Agregaba el autor que: “La nulidad que resulta de violar el principio de unidad de tiempo y espacio en el funcionamiento del colegio es siempre absoluta, excepto cuando se trata de sesión hecha en lugar distinto a la sede del colegio fijada por deliberación de éste –y no por ley- hipótesis en la cual es posible la convalidación por ratificación de todo lo actuado, otorgada en cualquier otra sesión posterior debidamente celebrada”. Loc cit.

El principio de simultaneidad comprende el sesionar en el lugar establecido, máxime si ese lugar ha sido fijado por la ley. Si esta no lo hace, el colegio puede decidir cuál es el lugar de sesiones, el cual debe ser respetado salvo que para determinada sesión se decida sesionar en otro sitio, lo cual debe ser indicado en la convocatoria. De lo contrario podría estarse impidiendo la asistencia y, por ende, participación de alguno de los miembros.

La simultaneidad es entonces un requisito esencial, sustancial que ha de concurrir para que pueda hablarse de decisión colegiada. Pero, además, de esa simultaneidad se deriva otro aspecto que es la imposibilidad jurídica y real de que una persona titular del órgano desempeñe simultáneamente dos cargos con superposición horaria.

La simultaneidad excluye, en efecto, que el miembro del colegio pueda ocuparse en el mismo momento y espacio de dos funciones diferentes. Para tales efectos, resulta irrelevante que esas actividades sean de naturaleza pública o privada. Lo importante es la imposibilidad material de que dos funciones sean realizadas simultáneamente. Ello significa que simultaneidad y superposición de cargos son términos antagónicos. Por sí misma la superposición de cargos atenta contra el correcto funcionamiento de un organismo público, puesto que no es posible cumplir eficaz y eficientemente dos cargos a la vez. Pero esa incompatibilidad es de principio en tratándose de un órgano colegiado en que se requiere la asistencia simultánea de sesiones. Aspecto que retomaremos más adelante.

La simultaneidad permite, además, a los miembros del colegio y, eventualmente, a terceros el controlar que solamente concurren a la formación de la voluntad colegiada quienes están legitimados para ello, por haber previsto el ordenamiento la posibilidad de que manifiesten su voz y voto.

/3.-/\*

/ La simultaneidad permite la deliberación para formar la voluntad /\*

La voluntad colectiva se forja con la participación de los distintos miembros del colegio. Una voluntad que es diferente de la de cada uno de ellos y que se fragua en el debate, en la fase de deliberación de los distintos puntos por los miembros del colegio. Es indispensable que exista deliberación y que el voto sea producto de esa deliberación y no de acuerdos predeterminados. Se requiere que los diversos argumentos expuestos dentro de la sesión sean los que determinen el acuerdo. Esto significa que el acuerdo debe formarse en el seno mismo de la sesión, no fuera. La idea es que la decisión se adopta no sólo por el criterio mayoritario de los presentes sino particularmente que el criterio individual, personal se forma a partir de la confrontación y el debate de las ideas y argumentos propios con las ideas del resto de los integrantes del grupo. Lo que supone que los distintos miembros interactúan, cambiando criterios, rebatiendo las distintas posiciones o concurriendo con algunas de ellas. Se comprende que la deliberación, el debate como requisito para

la formación de la voluntad colegiada haya sido considerado por la Sala Constitucional como un principio derivado del principio democrático.

La sesión debe ser un foro de encuentro y de discusión de diversas posiciones, lo que posibilita que la formación de la voluntad derive no sólo del propio estudio sobre el tema que debe ser decidido, sino de la confrontación del criterio que el miembro se ha formado con los criterios de los otros miembros. Para ese efecto es la deliberación. Lo que presume, repetimos, la simultaneidad en la presencia temporal y in situ de los miembros. Solo esa simultaneidad admite la recíproca influencia entre los distintos miembros del colegio, susceptible de modificar los criterios personales originalmente esbozados, a efecto de formar la voluntad colectiva. Permítasenos la siguiente cita: “la deliberación se nos revela como el prisma que permite transformar la inicial diversidad de criterios individuales previos al acto formal de la votación en una sola voluntad imputable al órgano, para lo cual resulta decisiva la simultaneidad de la presencia de los miembros en la correspondiente sesión ya que, de otro modo, no sería necesaria su celebración y bastaría que cada uno de ellos formara su parecer individualmente en función de la documentación puesta a su disposición y la comunicara al Presidente o al Secretario con el fin de que se realizara el cómputo de los votos así emitidos, supuesto en que sí cabría considerar la decisión del órgano colegiado como una mera suma de voluntades individuales.

En definitiva, con la creación de este tipo de órganos se pretende que sus integrantes confronten sus propias opiniones a fin de enriquecer la decisión administrativa con una pluralidad de puntos de vista, alteridad que precisa de un debate conjunto sobre los asuntos competencia del órgano colegiado. Así pues, la deliberación simultánea constituye una regla esencial para la formación colegiada de la voluntad por la propia naturaleza en este tipo de órganos, de ahí que la votación directa de las cuestiones incluidas en el orden del día supone una importante distorsión de su funcionamiento que solo cabría admitir de manera excepcional cuando, en atención a las peculiares características que presentaran aquéllas, estuviera suficientemente justificada la ausencia de deliberación”. Julián VALERO TORRIJOS, *Ibíd.*, pp. 604-605.

Cabe resaltar, además, que el principio de colegialidad unido al de simultaneidad impone que la fase deliberativa se produzca con la presencia simultánea de quienes posteriormente deben contribuir con su voto en la formación de voluntad colectiva. La deliberación determina, además, otra de las características propias del acto colegiado: el proceso de formación se caracteriza por la oralidad y es esa característica la que va a imponer otro requisito sustancial: la necesidad de que se levante un acta que dé fe de las decisiones del órgano y de los motivos que llevaron a su adopción. Tomando en cuenta esos elementos y en particular la importancia de la asistencia a sesiones para deliberar y luego voto, corresponde cuestionarse la procedencia de una asistencia virtual a las sesiones.

\*B.-\*

\* LA TELEPRESENCIA Y LA COMUNICACIÓN INTEGRAL \*

Se consulta sobre el uso de las telecomunicaciones en la celebración de sesiones de un órgano colegiado. INTERNET crea una red de comunicaciones de dimensión universal que permite traspasar distintas barreras físicas y humanas. En ese sentido, amplía las posibilidades de configuración de una realidad virtual. En efecto, la informática rompe la frontera del tiempo y espacio. El espacio físico pierde importancia. Es posible hacer abstracción del espacio con las modernas técnicas de comunicación, evitando el desplazamiento físico. Fenómenos como el teletrabajo, la telepresencia, la teleconferencia, los teleservicios de que antes se habló, son posibles a través de estas nuevas formas de comunicación. Términos todos que designan modos de organización o de ejecución que permiten realizar actividades por medio de las técnicas de información y comunicación. Ciertamente, no todas ellas producen el mismo efecto en orden de la creación de la realidad virtual. //

\*/1.-/\*

\*/ Una presencia virtual/\*

El desarrollo de las telecomunicaciones y la informática permite la ampliación, modificación, exteriorización de funciones humanas, incluida la comunicación y la percepción. El surgimiento de la llamada “telepresencia” ejemplifica acertadamente esas posibilidades de intercomunicación en tiempo real. Efectivamente, la falta de presencia efectiva se suple con la utilización de la tecnología a efecto de intercambiar mensajes, ideas, con posibilidades de comunicación en tiempo real. En ese sentido, la distancia física deja de ser un problema gracias a las nuevas tecnologías que ofrecen un mundo virtual que involucra la telepresencia. Telepresencia alude a la ilusión perceptual de ausencia de mediación, a partir de un medio de comunicación. Lo que comporta distintos tipos de “presencia”. Presencia personal: es la sensación de estar en el mundo virtual. A pesar de la presencia física, la persona siente que no está presente en el entorno físico que lo circunda. Social, la constatación de que en ese mundo virtual existen otras personas y otros objetos. Presencia ambiental que se produce cuando el entorno virtual reconoce al usuario y reacciona ante su comportamiento. Esa presencia está determinada por la tecnología. Así, diversos factores la condicionan, en orden a la dimensión y fidelidad de la información sensorial, volumen y calidad de los datos transmitidos, relación entre los sensores y lo que se muestra, acción del usuario y efecto que observa, el contenido, características de los elementos presentados. Elementos sociales, como son los otros usuarios reales o virtuales e incluso las características del usuario: su capacidad cognoscitiva, motora, las condiciones en que está inmerso. Estos elementos van a determinar la capacidad de la persona para estar sumida en la actividad virtual y poderse abstraerse del ambiente físico. Las tecnologías de telepresencia posibilitan la interacción masiva de diversas personas, aumentando las posibilidades de comunicación simultánea, permitiendo incluso “estar juntos”, ya que como se dijo, alteran la percepción del espacio y el tiempo. Esa percepción es producto de distintos sistemas de comunicación, englobados bajo el término de teleconferencia. En ese sentido, la teleconferencia es el conjunto de sistemas de comunicación que permiten un diálogo en tiempo real entre más de dos personas, sin que estas tengan que desplazarse a un lugar único de reunión. Estos sistemas de comunicación determinan el desarrollo de diferentes servicios, como son la telereunión, audioconferencia, videoconferencia, conferencia asistida por computadora. La telereunión o conferencia telefónica faculta una comunicación telefónica entre un grupo de personas, sobre una misma línea compartida, de manera que la intervención de cada una de las personas puede ser escuchada por las otras. Los distintos integrantes del grupo pueden plantear su posición y escuchar otras posiciones sobre la misma línea. Es una forma de telepresencia en el tanto no requiere el desplazamiento físico para comunicarse. Suponemos que es a este sistema al que se refiere la consulta, en cuanto pregunta sobre el uso de teléfonos para conferencias. La audioconferencia o teleconferencia audiográfica comunica varios grupos situados en diversos sitios mediante un ligamen sonoro. Requiere estudios o lugares que presenten un dispositivo de transmisión y restitución del sonido. La visioconferencia es una tecnología que permite, a través del computador, hablar con un interlocutor distinto y verlo en tiempo real en una ventana virtual. Además, faculta trabajar en común sobre documentos. En ese sentido, asocia a la audioconferencia la transmisión de la imagen animada. Requiere cámaras vídeo, pantallas de control y recepción. La videoconferencia es un medio de comunicación simultánea que permite transportar voz, imagen por líneas telefónicas entre sitios dotados de equipos destinados para tal fin y que están conectados a las redes de transmisión de datos. Se identifica de la anterior por la calidad de las imágenes transmitidas y la utilización de medios de alta definición. Por otra parte, un solo sitio emite y los otros son centros de recepción. Es de advertir que no toda forma de teleconferencia permite la comunicación integral. En efecto, en el estado actual la comunicación integral se logra a través de la videoconferencia. Esta posibilita la comunicación simultánea entre dos o más puntos habilitados y conectados a las redes de transmisión de datos, uniendo, en tiempo real, lo que sucede en dos lugares físicamente separados en el espacio, percibiéndose en ambos, de igual manera, de forma interactiva. La transmisión es en

directo y de video y audio. La ventaja de esa forma de telepresencia radica en que es integral, ya que permite el envío de la imagen, del sonido y datos. De ese modo se puede ver la persona, oír su voz con alta calidad y se trasmite los datos. Pero no solo la integralidad caracteriza a la videoconferencia. Este mecanismo es interactivo, permitiendo una comunicación bidireccional y sincrónica, sea en tiempo real. En consecuencia, se transmite en vivo y en directo, desde un punto a otro o entre varios puntos a la vez. En resumen: · La comunicación es integral, porque permite el envío de imagen (personas, video, multimedia, etc), sonido (voz de alta calidad, música, etc) y datos (ficheros automáticos, bases de datos; etc).

La comunicación es interactiva, en tanto es bidireccional en todo momento. · Es sincrónica, en tiempo real porque se transmite en vivo y en directo, desde un punto a otro o entre varios puntos a la vez. Son estas características las que han determinado el empleo de la videoconferencia en diversos procesos jurídicos.

En particular, en los procesos orales para la recepción de prueba testimonial o pericial. Así, en Italia, la Ley No 11 de 7 de enero de 1998 sobre “partecipazione al procedimento penale a distanza” permite su empleo en el tanto se asegure la contextualidad efectiva, la recíproca visibilidad y audibilidad de las personas presentes en ambos lugares. El lugar donde se encuentra la persona conectada mediante videoconferencia se equipara a la sala de audiencia.

El “Convenio relativo a asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea”, de 29 de mayo de 2000, en su artículo 10 autoriza el interrogatorio de peritos y testigos entre los países a través de videoconferencia. Así, si la persona que debe ser oída como testigo o perito por las autoridades judiciales de otro Estado miembro se encuentra fuera del lugar de audiencia y no es oportuno o posible que la persona comparezca personalmente, el Estado interesado podrá solicitar que la audición se realice por videoconferencia.

Es de advertir, sin embargo, que se trata de un proceder excepcional que sólo procede si no resulta “oportuno y posible” que la persona comparezca personalmente, ya sea por las condiciones personales de ésta, ya porque pueda correr un grave riesgo si comparece ante el Estado requirente. No obstante, el artículo 11 del Convenio permite la teleconferencia en los casos en que esta es regulada por el Derecho interno y ello requiere que se mantenga el principio de contradictorio (Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados miembros de la Unión Europea <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l33108.htm>). //

En Chile, el artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público o si la comparecencia del imputado o testigo o perito resulte gravosa o perjudicial, acuerde que la actuación se realice a través de videoconferencia o un sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido. La justificación del empleo de la videoconferencia en el derecho penal se encuentra en la necesidad de conciliar seguridad, mantenimiento del orden público, con inmediatez de la prueba. El contacto personal y directo de los jueces con las partes y la prueba como medio de conocimiento de los hechos debatidos puede ser alcanzado en un clima de seguridad que podría no disfrutarse de exigirse la presencia física. Ese contacto personal y directo no sería exclusivo de la proximidad física sino que podría alcanzarse a través de la videoconferencia. Es de advertir que ya no se trata sólo del ordenamiento español, canadiense, estadounidense o italiano. Por el contrario, aunque en forma incipiente, nuestro propio país comienza a hacer uso de este medio de comunicación, como una forma de solventar diversos problemas que se presentan en los procesos judiciales. Interesa resaltar que ese uso abarca un ámbito sensible, como lo es el derecho penal. En efecto, desde el 2004, el sistema de videoconferencia del Poder Judicial permite la realización de interrogatorios a peritos desde el Complejo de Ciencias Forenses a distintos circuitos judiciales (cfr. Poder Judicial-BID informa, Boletín Informativo del Programa de Modernización de la Administración de Justicia, Costa Rica, año 1, N. 2 noviembre 2004, p. 2). Una reciente sentencia de la Sala Tercera



se pronuncia sobre la legalidad del uso de la videoconferencia para recepción de testimonios. Dado que la resolución pone de manifiesto las características técnicas de esta forma de telepresencia y las ventajas que presenta en orden a los principios que aquí nos interesan se impone su cita: "...Ahora bien, en lo que respecta al problema de si es admisible en el Derecho costarricense la recepción de un testimonio por medio de una videoconferencia, estima esta Sala que la actuación se ajusta a Derecho. Esto por cuanto en este caso no cabe duda alguna de que quien declaró ante el Tribunal de mérito fue la ofendida, cuya identidad fue verificada por el Cónsul de Costa Rica en Denver, autoridad diplomática que para los efectos tiene fé pública. Además, la declaración, si bien fue emitida desde los Estados Unidos de América, fue recibida en "tiempo real" en Costa Rica, en cuyo territorio se constituyó el Tribunal, lo mismo que las partes. En ese sentido, no se está ante una actuación extraterritorial del órgano jurisdiccional costarricense, por lo que no se da la incompetencia alegada por los recurrentes. Asimismo, debe hacerse notar que las videoconferencias se realizan con herramientas tecnológicas que permiten a los intervinientes verse y dialogar en tiempo real, es decir, en directo, de manera que les es posible interactuar. Esta es la principal característica de este medio de comunicación y resulta que ella garantiza la inmediación, puesto que los jueces y las partes tienen contacto ininterrumpido y sin intermediarios con el testigo, de manera que ve satisfecha la exigencia contemplada en el artículo 328 del Código Procesal Penal. Igualmente posible resultó a las partes interrogar a la testigo, lo que reafirma la tesis de que el principio de inmediación se respetó en este caso. De conformidad con lo dicho y considerando una vez más que no cabe duda de que la deponente fue M. B. J., resulta evidente que la videoconferencia es un método que salvaguarda el principio de inmediación, que permite el adecuado ejercicio del derecho de defensa y garantiza la vigencia del contradictorio, e igualmente resulta compatible con el principio de oralidad. Por todas esas razones estima esta Sala que su utilización no implica menoscabo alguno para las garantías procesales que protegen al imputado y, en ese sentido, se trata de una herramienta cuyo uso no le causa agravio. En consecuencia, la videoconferencia es una forma lícita para recibir declaraciones en juicio y, por ello, su implementación en los casos en que resulte oportuno (como el presente, en que la testigo residía en los Estados Unidos de América) se ve amparada por el principio de libertad probatoria. Cabe agregar que el artículo 234 del Código Procesal Penal permite la videoconferencia como herramienta para recibir una declaración, pues, como ya se indicó, su uso no conlleva la eliminación de garantías o facultades de las partes, ni mucho menos afectan el sistema institucional. Igualmente, el artículo 6 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial permite la utilización de estas herramientas tecnológicas para la transmisión de actos judiciales, de manera que la recepción de un testimonio puede perfectamente realizarse a través de medios como el que aquí interesa.

En virtud de todo lo señalado, el respectivo reproche de los recurrentes debe ser rechazado. Por último, en lo que atañe al tema de si se requería un anticipo jurisdiccional de prueba como único medio para considerar lo narrado por la ofendida, debe decirse que el reclamo carece de asidero, esto porque el anticipo jurisdiccional de prueba (ver artículo 293 del Código Procesal Penal) es un acto que puede ser requerido por el Ministerio Público, en los supuestos previstos en el numeral indicado. No se trata de un acto que deba obligatoriamente solicitar la Fiscalía, sino que esta valorará si concurren las causales y, en caso de concurrir, determinará si es necesario solicitar a la autoridad jurisdiccional la diligencia anticipada. En el presente asunto, se solicitó (ver folio 1 del respectivo legajo) que se recibiera anticipadamente la declaración de Jaffee, pues ella avisó que se iría del país. Lo que sucede es que no consta en el legajo que la solicitud haya sido resuelta, pero ello no ha implicado agravio alguno para el encartado, pues la declaración de la perjudicada, si bien fue transmitida desde fuera del territorio nacional, se recibió en suelo costarricense, esto durante el juicio, fase en que se respetaron plenamente los principios de inmediación, continuidad, oralidad y contradictorio, por lo que se garantizó al justiciable su ejercicio del derecho de defensa. En estas condiciones, se cumplieron precisamente las garantías que se tratan de preservar a través del anticipo jurisdiccional de prueba, por lo que la recepción de la declaración de la ofendida en debate y no anticipadamente, en nada ha afectado a..., lo que evidencia la improcedencia de su reclamo. Resulta oportuno advertir que la declaración por teleconferencia presenta diversas ventajas respecto

del anticipo jurisdiccional de prueba. Esto porque la videoconferencia permite observar “en vivo” a quien declara y permite la interacción de las partes con esa persona, siendo entonces posible realizar un verdadero interrogatorio, a la luz de los demás elementos debatidos en juicio. En cambio, el anticipo jurisdiccional de prueba constituye una excepción a la oralidad, que sólo permite la inclusión en debate de una pieza documental, la cual, si bien es cierto se levanta en una diligencia regida por el principio de oralidad, no permite una óptima relación con quien rinde la declaración. Además, el anticipo jurisdiccional está previsto para supuestos en que el declarante no va a estar presente en juicio, que olvidará aspectos esenciales o que mediará algún obstáculo difícil de superar (como por ejemplo la coacción o amenaza a un testigo) que incidirían sobre la declaración. En cambio, la teleconferencia hace posible la recepción directa en juicio de la declaración, independientemente de dónde se halle el declarante. En ese sentido, la videoconferencia resulta más beneficiosa que el anticipo jurisdiccional de prueba para el amplio ejercicio del derecho de defensa. Por todo lo expuesto, \*\_procede declarar sin lugar el reclamo\*\_.

Se remarca así, la posibilidad de identificación plena de quien depone, el mantenimiento de la oralidad, la comunicación bidireccional, el hecho de que los distintos intervinientes puedan verse e interrogarse y todo en tiempo real. A pesar de las limitaciones que puedan presentar las distintas técnicas de teleconferencia, lo cierto es que todas ellas aluden a la posibilidad de una comunicación oral. El punto es si esa comunicación puede ser creada a través de correos electrónicos, chats u otros instrumentos de comunicación.

/2.-/\*

\*/ Uso de correo electrónico/\*

Tradicionalmente, la comunicación ha tenido lugar por medio de carta, teléfono, fax o telex. Más recientemente, la forma de comunicación escrita privilegiada por la sociedad es la comunicación por vía electrónica, lo que se justifica porque los medios informáticos permiten una comunicación rápida y relativamente segura. De esa forma, se vuelve usual el mensaje electrónico de persona a persona, como forma de establecer una correspondencia. De allí su uso en el desempeño de las distintas actividades que despliegan las personas físicas y jurídicas (cfr. dictamen N° C-003-2003 de 14 de enero de 2003). En el dictamen N° C-006-2004 de 9 de enero de 2004, la Procuraduría se refirió a ese medio de comunicación, indicando: “En otro orden de cosas, existe un tipo de documento electrónico que no se menciona en la legislación, pero que es de los más utilizados por la ciudadanía. En efecto, dentro de los documentos y formas de comunicación con que cuenta el ciudadano, requiere particular mención el correo electrónico, el cual constituye en la actualidad una de las principales formas de comunicación privada. Su costo ínfimo, la facilidad de uso y aprendizaje para enviar y recibir mensajes, la existencia de servicios de correo electrónico gratuitos, la enorme extensión territorial que abarca (pues puede ser consultado desde casi cualquier punto del planeta donde exista una línea telefónica), así como el abanico de posibilidades presentes y futuras, hacen de este servicio de comunicación un elemento probatorio de importancia, a pesar de su fragilidad intrínseca, según se verá. Su existencia y naturaleza puede ser la base fáctica de la necesidad de incorporar un sistema de firma electrónica que le garantice protección real a su contenido y documentos anejos. Ahora bien, como todo correo electrónico utiliza, en principio, cables de cobre o coaxiales (de fácil interceptación) y su protección lógica suele ser simplemente un nombre de usuario y una palabra de acceso, /la posibilidad de vulnerar este servicio de comunicación puede ser sumamente alta. Igualmente, se ha utilizado exitosamente para difundir “virus” informáticos que han ocasionado cuantiosos daños a muchas microcomputadoras y servidores alrededor del mundo./ No se requiere de grandes conocimientos técnicos para lograr un resultado exitoso, sino tan sólo conseguir el nombre de usuario y palabra clave de la víctima. Más aún, la interceptación de los mensajes de correo electrónico no necesariamente debe darse en el transcurso de la comunicación, sino directamente en su fuente (el servidor de correo), pues los programas utilizados dan la posibilidad de extraer directamente la información, dejando una copia del correo en el servidor, con

lo que el ofendido jamás se enteraría de que sus mensajes o documentos anejos a éste están siendo captados o difundidos sin su consentimiento. /(Véase, en este sentido, la Opinión Jurídica No.154-2001\_ de 22 de octubre de 2001, referente al proyecto de ley sobre delitos informáticos.)/ La utilización de la firma electrónica en los mensajes de correo sería una garantía, tanto para el remitente como para el destinatario, de que la información que se esté enviando o recibiendo por ese medio es confiable y ha sido efectivamente enviado por el firmante del documento y no por un tercero interceptor del correo. No cabe duda de que, con el estado actual de la tecnología, los programas y usuarios de correos electrónicos serían los principales beneficiados con la implantación de un sistema de firmas electrónicas debidamente acreditadas. En tal sentido, su aplicabilidad como elemento probatorio quedaría plenamente garantizada en cualquier sede". La cursiva no es del original. Además, de los problemas que presenta la comunicación por correo electrónico en orden a la seguridad, habría que agregar que no permite conocer en qué momento exacto la persona conoce, se da por enterada de la comunicación. Si a lo anterior se une el hecho de que no permite una comunicación visual y de palabra, se sigue como lógica consecuencia que no es un medio de comunicación válido para lograr la presencia virtual que nos ocupa. E igual criterio, por iguales razones debe señalarse en relación con la conversación en línea, el Chat. Este se define como un protocolo de comunicación real basado en texto, que permite debates en grupo o entre dos personas. Se trata de un mecanismo de mensajería instantánea que permite conectarse a personas en todo el mundo. Empero, no puede considerarse una forma de comunicación integral y simultánea en la forma que impone la simultaneidad a un órgano colegiado.

C.-\* \*

#### \*\*POSIBILIDAD Y LEGALIDAD DE SESIONES VIRTUALES\*

Se consulta si en el estado actual del ordenamiento jurídico es posible el realizar sesiones de junta directiva integrando dentro de ellas a miembros no ubicados en el mismo sitio, usando para tal efecto las telecomunicaciones. En su caso, condiciones que deben reunir en orden a las actas y el pago de dietas La innovación tecnológica es un proceso que afecta necesariamente a la Administración Pública. Cuando la Administración recurre a nuevas tecnologías debe asegurar el cumplimiento de sus fines y la sujeción al orden jurídico. Es por ello que resulta lícito plantearse si el funcionamiento administrativo es compatible con el concepto de telepresencia y, en particular, si las tecnologías que la hacen posible pueden ser utilizadas para el funcionamiento de un órgano colegiado, sin violentar los principios que lo rigen. //

/1.-/

/ El empleo de nuevas tecnologías por la Administración/

Las nuevas tecnologías de la informática y la comunicación son hoy día parte esencial de la Administración. Su empleo se propicia como una forma de modernización administrativa. Se habla, al efecto, de una Administración electrónica o digital. Los administrados deben beneficiarse de las tecnologías de la información y de las comunicaciones en sus intercambios con los servicios públicos, de forma que se acceda rápidamente a todas las informaciones, pero también que obtenga una ayuda personalizada por ese mecanismo y pueda realizar en línea sus diferentes gestiones o trámites, a fin de que no sea obligado a desplazarse. La idea es que se relacione con la Administración empleando los mismos medios con que normalmente lo hace con el resto de la sociedad. Así, se acercaría a la Administración por medios informáticos no solo para obtener información, sino también para obtener prestaciones sustanciales. El uso de esta tecnología innova, entonces, los medios de gestión de la Administración Pública; así, aparece el expediente electrónico y, por ende, la posibilidad de procedimientos administrativos utilizando la electrónica. Asimismo, las nuevas técnicas de transmisión de información empiezan a manifestarse en la notificación y publicación de los actos administrativos. Pero más importante que esta manifestación de la Administración electrónica es el hecho de que la tecnología permite una relación más cercana y estrecha con el público. Importa que el fenómeno administrativo sea apreciado por el ciudadano

como algo propio, accesible e incluso posible bajo formas “normales” de relación con el resto de los agentes económicos y sociales. El avance tecnológico permite también que la población pueda percibir en forma más clara e inmediata los avances en la calidad, eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios. Planteándose la eficacia y la calidad no solo como principios sino como paradigma, la Administración debe velar porque su accionar incorpore nuevas tecnologías a efecto de facilitar una gestión más eficaz y ágil. En ese sentido, las tecnologías de la información y conocimiento se conciben como un instrumento de gestión pública eficaz y de un gobierno accesible para el ciudadano. Objetivos que, por demás, son inseparables del concepto de modernización de la Administración y reforma del Estado. Y es en esa medida en que se plantea que la Administración recurra a las nuevas tecnologías no sólo en los procesos internos de funcionamiento y en su relación con el ciudadano, sino también para la toma de decisiones y, por ende, en procesos de formación de su voluntad. Como se ha indicado, las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación no son extrañas a la Administración y no pueden serlo, en el tanto en que esas tecnologías están cambiando la sociedad sobre la cual actúa el poder público. Resultaría contradictorio que el Estado devenga obligado a desarrollar o impulsar infraestructuras de redes de información y comunicación de amplia cobertura, que sean accesibles y asequibles y que utilicen la mejor tecnología disponible en cada momento como base para el desarrollo económico y social y, por ende, para mejorar el bienestar de la sociedad y de los individuos, debiendo establecer un marco jurídico favorable a la competencia, pero simultáneamente el Estado se encuentre limitado para hacer uso de esa tecnología y de las redes que se constituyan. Es decir, que no pueda favorecerse ni del régimen que se crea ni de las posibilidades que genera el desarrollo con él propiciado porque no hay una norma expresa que le autorice a hacer uso de las nuevas tecnologías. Ciertamente, el desarrollo tecnológico no se acompaña necesariamente de una evolución en el mundo jurídico, o al menos, no siempre este último alcanza el nivel vertiginoso propio del tecnológico, en constante modificación y adaptación. El cambio tecnológico puede sufrir la existencia y persistencia de normas jurídicas dictadas en consideración a circunstancias totalmente alejadas a las que se debe hacer frente en la actualidad. Lo que pone en evidencia la necesidad de actualización del ámbito jurídico mediante la adopción de nuevas disposiciones que den cuenta de la realidad, pero permitan al mismo tiempo mantener la sujeción a los principios que informan el orden jurídico. En ese sentido, el empleo de las nuevas tecnologías no puede hacerse en contra del ordenamiento, sus principios y valores. No en todos los casos, empero, el uso de determinadas tecnologías puede demandar la existencia de una norma legal expresa que habilite al Estado y demás entes públicos a su utilización. Esa exigencia tendría que valorarse caso por caso. Por ello, ante una tecnología específica lo que procede es preguntarse si su uso es conforme con el ordenamiento, si no violenta las disposiciones legales existentes. Lo que nos permitiría establecer si el uso de las telecomunicaciones en un funcionamiento administrativo y, en particular, de un colegio, es jurídicamente procedente. Lo anterior cobra particular importancia dado el sometimiento del órgano colegiado a determinados principios que rigen su constitución, integración y funcionamiento. El apego a dichos principios es esencial para la validez de sus sesiones y de los acuerdos que en ellas se adopten. Y es en relación con esos principios que debe plantearse la posibilidad de las sesiones virtuales. //

/ 2.-/\*

Sesiones virtuales por los órganos colegiados/

Si analizamos las disposiciones legales en torno a los órganos colegiados, resulta evidente que no contienen una regulación para la celebración de sesiones virtuales. Sencillamente, el legislador no vislumbró la posibilidad de una presencia virtual y de que ésta pudiera ser considerada para efectos de una sesión de órgano colegiado. Se partió de la obligación de asistencia pero de una asistencia física, presencial y participativa, jamás virtual. El ambiente en el que se desenvuelven o pueden desenvolverse los órganos colegiados ha cambiado- Y una muestra de ese cambio lo proporciona la telepresencia, puesto que determinados sistemas de comunicación permiten la presencia virtual, lo que da margen para considerar la sesión virtual. Sesiones que se constituyen en el medio de reunión

dentro de determinados conglomerados, particularmente de carácter privado. Esa posibilidad no puede ser ignorada por el ordenamiento administrativo. Puesto que las sesiones de los órganos colegiados son hoy día regulados por normas de rango legal, deberían ser normas de este rango las que regulen la celebración de sesiones virtuales. El punto es si dada la falta de regulación en la ley, la Administración debe privarse en forma absoluta del empleo de estas tecnologías. En caso contrario si es factible establecer mecanismos virtuales que permitan obtener los fines queridos por el legislador sin violentar el marco legal existente. Estima la Procuraduría que el uso de esas tecnologías por la Administración no debería resultar prohibido en el tanto en que los principios que determinan la necesidad de la presencia de los miembros directivos del colegio sean respetados por la regulación que permita la sesión virtual. Es evidente que no toda tecnología permite ese respeto, por consiguiente, la regulación no puede amparar cualquier uso de tecnologías para efectos de las sesiones virtuales. En consecuencia, se hace necesario encuadrar el empleo de la tecnología para la celebración de reuniones virtuales. Permítasenos, al efecto, la siguiente cita: “Desde esta perspectiva –incluso desde el prisma de la mayor eficacia de la actividad –es preciso reconocer la conveniencia de una habilitación expresa a favor de la Administración Pública para la utilización de las nuevas tecnologías de la información, evitando de esta manera cualquier duda, problema u obstáculo que pudiera dificultar su aplicación práctica como consecuencia de una interpretación excesivamente restrictiva del principio de legalidad de la actuación administrativa. Asimismo, la seguridad jurídica que debe presidir las relaciones de los ciudadanos con la Administración Pública reclama una regulación específica para hacer frente a cuestiones novedosas surgidas como consecuencia de la evolución tecnológica, pues de otra manera sería preciso forzar hasta límites irrazonables la interpretación de las normas jurídicas. Resulta aconsejable, por tanto, no dejar en manos de la Administración el empleo de las herramientas informáticas y telemáticas sin que exista una regulación previa que garantice suficientemente la adecuación de su uso a las exigencias más elementales: que se asegure la autenticidad de la voluntad del titular de órgano que debe ejercer las competencias a fin de que no existan dudas en cuanto a la responsabilidad, que se proteja la integridad del contenido de las decisiones administrativas frente a posibles vulneraciones, que se detallen las condiciones técnicas del ejercicio de las competencias a través de las nuevas tecnologías y, en caso de que se requiera la notificación o comunicación al interesado, que se permita la correcta recepción”. J, VALERO TORRIJOS: “Administración pública, ciudadanos y nuevas tecnologías”, El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo\*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 2951-2952

El órgano colegiado debe funcionar como colegio, con respeto al principio de simultaneidad. Y funcionar como colegio implica la deliberación de los distintos asuntos sobre los cuales debe formarse una voluntad colegiada. Deliberar implica un debate que debe realizarse oralmente. Pues bien, algunas formas de teleconferencia no permiten concretar ni la simultaneidad ni la deliberación en el término antes dicho. En consecuencia, tampoco garantizan que el colegio actúe como colegio, sino que a lo sumo propician la actuación como órgano complejo. Por demás, debe tomarse en cuenta que dado que el órgano colegiado requiere la reunión para funcionar, es deber de todo miembro colegiado asistir a las sesiones. Y ese deber de presencia no puede ser sustituido en forma general por la telepresencia, porque ello implicaría vaciar de contenido las disposiciones legales que parten de esa asistencia. Uno de los aspectos que plantea el uso de las nuevas tecnologías es el de la seguridad. El funcionamiento del órgano colegiado está reglado en aras de la formación de la voluntad colegial. Si la Administración recurre a nuevas tecnologías, éstas deben posibilitar no sólo dicha formación, sino la autenticidad e integridad de la voluntad que así se forme. Lo que hace alusión a los requerimientos de la técnica. Empero, si una norma legal prohíbe al órgano realizar las sesiones en un sitio distinto a aquél en que se ha previsto que tengan lugar, deberá entenderse como prohibida la realización de sesiones virtuales. En razón de lo anterior, la Procuraduría considera que es factible la realización de sesiones virtuales bajo las condiciones que de seguido se indica:

a) La tecnología utilizada debe ser la videoconferencia\*

El órgano colegiado se rige por el principio de simultaneidad y requiere la deliberación como procedimiento de formación de la voluntad colegial. La decisión colectiva debe producirse, reiteramos mediante el contraste entre diversas opiniones externadas por los miembros respecto de los asuntos sobre los que se delibera. El contacto directo que requiere la deliberación implica la simultaneidad. Carece de sentido crear un órgano colegiado y regular su funcionamiento de tal forma que no se fomente el debate para la formación de la voluntad colectiva. Y no puede hablarse de deliberación si simplemente los miembros se limitan a remitir, por el medio que le sea más fácil, su criterio individual respecto de uno o cada uno de los temas que deben ser objeto de decisión. Consecuentemente, el uso de las telecomunicaciones para realizar las sesiones debe asegurar el pleno respeto de esos principios. Resulta claro, empero, que no toda forma de telepresencia garantiza los principios de simultaneidad y de deliberación, los cuales solo se respetan cuando simultáneamente hay audio, video y transmisión de datos. La sesión virtual debe permitir a los miembros del órgano colegiado la presencia virtual no solo a través de la transmisión de la voz, de datos sino también visual. Una forma de teleconferencia que no permita a los miembros verse ofrece menos garantías para el funcionamiento del órgano colegiado que aquella que sí lo permite. Los distintos miembros deben no solo intercambiar sus criterios e interactuar en tiempo real sino que deben poder verse unos a otros. La sesión virtual debe garantizar una integración total. Cabe recordar, al efecto, que la interacción entre los distintos miembros del colegio implica tanto una comunicación verbal como no verbal. Esa doble comunicación debe poder mantenerse en la sesión virtual, de manera de caracterizar una interacción amplia y la extensa circulación de la información. Consecuentemente, reputamos como contrario al principio de simultaneidad la pretensión de realizar sesiones virtuales por medio del correo electrónico, fax, telex, u otras formas de teleconferencia que no contemplen lo visual. Nótese, además, que la actividad de un órgano colegiado consiste fundamentalmente en deliberar para formar la voluntad del colegio. Deliberar implica debate y este requiere una presencia continua: los miembros deliberantes deben permanecer continuamente en la actividad, sin que puedan abstraerse de ella por circunstancias tecnológicas. Un debate a través de teléfono o correo electrónico o fax no es precisamente el concepto de debate presente en las normas legales vigentes. En efecto, las regulaciones en orden al uso de la palabra, el fijar el orden de las intervenciones, la prohibición de intervenciones extemporáneas o el dar como suficientemente debatidas las cuestiones a efecto de pasar a votación, que derivan del artículo 49 de la Ley General de la Administración Pública, no se conforman con una sesión por medio de correo electrónico, fax, Chat, audioconferencia, etc. Podría argumentarse que al ligar la sesión virtual a la videoconferencia se arriesga la presentación de desfases entre los requerimientos jurídicos y las posibilidades que ofrece la tecnología. Ello es, evidentemente, posible dada la vertiginosidad del cambio tecnológico. Es de advertir, sin embargo, que la videoconferencia como tecnología está sujeta en sí misma a una evolución. Un progreso que conduce al « hiperrealismo » (el término es de Le Monde, 10 juillet 2007), en la celebración de reuniones a distancia. Sistemas de telepresencia creados por empresas como Cisco ( /système// 3000 ) / y HP (sistema Halo) crean la ilusión de la presencia in situ, al punto de que pareciera que todos los participantes están reunidos en el mismo sitio y en el mismo momento; lo cual es posible por medio de una sala especialmente equipada con pantallas y cámaras y equipos de sonido sofisticado y un software de alta performance, todo construido para generar esa ilusión. Sistemas a los que hoy día solo tienen acceso las más grandes empresas del mundo (al sistema 3000 de Cisco solo tienen acceso las mil empresas más grandes del mundo en razón de su costo), pero que con el devenir de los años podrían ser más accesible a otros sectores. Asimismo, si aparecieran otros sistemas de teleconferencia que permitan la integración total, la modificación de las normas jurídicas podría conducir a regular su utilización.

b) La sesión virtual debe ser excepcional\*

El colegio supone la asistencia a las sesiones. Para los miembros del colegio, la asistencia a sesiones no es sólo un derecho, es también el primero de los deberes que derivan del cargo. En

razón de ese derecho-deber, se presume la asistencia a las sesiones. Parafraseando criterios externados en el Senado canadiense, con motivo de la discusión sobre el empleo o no de la teleconferencia para sesionar, cabría decir que cuando una persona es nombrada como miembro de un colegio, la primera obligación consiste en estar presente en todas las reuniones (Délibérations du Comité du Règlement, de la procédure et des droits du Parlement, Fascicule 2 - Témoignages du 20 novembre 2002, [http://www.parl.gc.ca/37/2/parlbus/commbus/senate/com-f/rul2-f/02evb-f.htm?Language=F&Parl=37&Ses=2&comm\\_id=89](http://www.parl.gc.ca/37/2/parlbus/commbus/senate/com-f/rul2-f/02evb-f.htm?Language=F&Parl=37&Ses=2&comm_id=89) ). La asistencia permite el normal y efectivo funcionamiento del colegio. Esa asistencia tiene efectos respecto del quórum estructural y funcional. Precisamente porque la asistencia es necesaria para el funcionamiento normal del órgano, se hace inevitable regular la ausencia y en su caso la sustitución del miembro ausente. El artículo 51 de la Ley General de la Administración Pública establece, como regla de principio, que en caso de ausencia o enfermedad o cuando concurra alguna causa justa, el presidente y el secretario de los órganos colegiados serán sustituidos por el Vicepresidente, o un Presidente ad hoc y un secretario suplente, respectivamente. Esta disposición refleja el criterio doctrinario, referido a que el colegio debe contar necesariamente con un órgano que lo presida y con otro que levante las actas. En caso de que se presente la ausencia, se requiere que alguien asegure el funcionamiento normal del colegio, para lo cual se recurre a la suplencia. El hecho de que sólo respecto de los cargos de presidente y secretario se haya expresamente remitido a la suplencia no puede llevar a considerar que los otros miembros pueden faltar cuando así lo quisieren. Si a una persona se le nombra para que integre un órgano colegiado y este por definición sesiona, la ausencia debe ser excepcional. Cabe recordar, al efecto, que el artículo 52 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos consagra como una causal de cese de funciones del Regulador General y demás miembros de la Junta Directiva, el hecho de ausentarse del país por un período mayor de un mes, sin la autorización de la Junta Directiva. Ausencia del país que, en los términos de la Ley, implica imposibilidad de asistir a sesiones. Pero, también porque es un elemento que provoca ausencia y afecta el funcionamiento del órgano, se prevé ese cese por incapacidad sobreviniente por más de seis meses. En consecuencia, se parte de la necesidad de la asistencia y de que una ausencia debe ser excepcional y no puede ser prolongada. La asistencia está a la base del régimen de dietas. Esta es, en efecto, la contraprestación de la asistencia a sesiones. La regla de principio es que quien no asista a la sesión no puede devengar dietas, como veremos más adelante. Esta es la sanción inmediata de la no asistencia a sesiones. Más allá de esa sanción pecuniaria, determinadas leyes disponen otro tipo de sanciones para la falta de asistencia, particularmente no justificada. Así, el artículo 10 del Decreto-Ley N° 449 de 8 de abril de 1949, en relación con el Instituto Costarricense de Electricidad dispone que dejará de ser miembro del Consejo el que se ausentare del país por más de tres meses sin autorización del Consejo, o con ésta si la ausencia fuere mayor de un año; o bien el que faltare a seis sesiones ordinarias consecutivas sin autorización previa. En orden a ese concepto de ausencia injustificada o no autorizada, cabe recordar que la Procuraduría ha sido del criterio que la ausencia del titular supone la existencia de un impedimento para asistir. Y ese concepto de ausencia aplica respecto del órgano colegiado, según se deriva del dictamen C-016-2000 de 28 de enero de 2000: "Otro aspecto importante de recalcar, es lo que debe entenderse por el término "ausencia". De conformidad con lo previsto en el numeral 95 de la Ley General de la Administración Pública, la ausencia supone que el titular tiene un impedimento para asistir, en este caso, a la sesión del órgano colegiado, independientemente de la causa que lo provoque, sea jurídica o de hecho". Todo lo anterior permite afirmar que el miembro director tiene la obligación de asistir a las sesiones. Dado ese deber de asistencia, la celebración de sesiones virtuales debe ser excepcional. No puede constituirse en el mecanismo normal de reunión del colegio, de manera tal que la totalidad o una parte importante de las reuniones del colegio se realice de esa forma.

/c) Integración de un miembro que se encuentra en el exterior/

Se consulta si la sesión virtual es posible integrando a un miembro que se encuentra fuera del país. Como ya se indicó, la /sesión/ virtual debe ser excepcional y, adelantando lo que se dirá de seguido, fundada en motivos especiales también extraordinarios. Por lo que cabría considerar que dicha

sesión puede realizarse con personas que se encuentran fuera del país cuando concurren circunstancias extraordinarias y a condición de que los medios empleados permitan una integración plena dentro de la sesión, a efecto de que se mantenga la simultaneidad en la deliberación. Lo cual implicaría que la sesión virtual tendría que programarse de tal forma que el miembro ausente pueda hacer acopio en el extranjero de la tecnología necesaria para mantener una videoconferencia. Por otra parte, como la sesión virtual debe ser excepcional, no puede constituirse en un medio para burlar lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley de la ARESEP. De lo contrario devendría en un fraude a la ley, en tanto se estaría realizando al amparo de la norma, pero para obtener un resultado contrario al ordenamiento (artículo 5 de la Ley 8422 de 6 de octubre de 2004, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública), en relación con los numerales 6 y 58 que sancionan tal proceder., que lo configura como un delito. del 06/0/2004\*

d) /Las sesiones virtuales deben estar justificadas en circunstancias especiales/

El punto objeto de la consulta es la posibilidad de emplear las telecomunicaciones para la celebración de las sesiones de los órganos colegiados, a partir de las disposiciones de nuestro ordenamiento. Al efecto, estima la Procuraduría que en razón de los principios que rigen la colegialidad en nuestro país y a los cuales se ha hecho referencia en párrafos anteriores, el órgano colegiado no puede emplear las telecomunicaciones y aplicaciones informáticas si con ello se altera el sentido de la colegialidad y se vulneran las obligaciones que pesan sobre el miembro director. Si en todo momento y bajo cualquier supuesto los miembros del colegio pueden hacer abstracción de su deber de asistencia física, permutándolo por la asistencia virtual, se vaciarían de sentido las distintas disposiciones referidas a la sesión, a su carácter sustancial y formal que la diferencian de otros modos de funcionamiento de la organización administrativa. La participación de los miembros ausentes en la formación de la voluntad colectiva debe ser interpretada en forma restrictiva a efecto de que la colegialidad no sea reducida a una “simple concurrencia de una pluralidad de voluntades individuales y autónomas sumadas matemáticamente para obtener un criterio único imputable al conjunto de sus autores”. J, VALERO, op. cit, p.398 En consecuencia, debe haber un motivo o circunstancia especial que justifique la sesión virtual. Esta exigencia está presente en diversas disposiciones de Derecho comparado.

Así, por ejemplo, el artículo 4 del Reglamento del Banco Central Europeo señala que el directorio puede tomar decisiones por teleconferencia si “/circunstancias particulares/” lo justifican. Esas circunstancias son determinadas por el presidente. El acta de la sesión debe especificar cuáles han sido las circunstancias particulares y las decisiones adoptadas por el directorio durante la teleconferencia. La valoración del carácter particular de las circunstancias puede ser impugnado tanto por los directores como por terceros. (Cfr. Décision de la Banque Centrale Européenne concernant le “Règlement Intérieur du Directoire de la Banque centrale européenne” du 12 octobre 1999 / (BCE/1999/7)/ [www.ecb.eu/ecb/legal/pdf/fr\\_dec\\_1999\\_7\\_](http://www.ecb.eu/ecb/legal/pdf/fr_dec_1999_7_) ).

En Colombia se ha autorizado el funcionamiento de los concejos municipales en forma virtual en situaciones de conmoción interna. Durante una declaratoria de « Estado de Conmoción Interior » en todo el territorio nacional, el Gobierno Nacional emitió un decreto (Decreto 2255 de 8 de octubre de 2002), por medio del cual se autoriza la celebración de reuniones no presenciales /cuando razones de orden público, intimidación o amenazas no permitan a sus miembros concurrir a la sede habitual de la corporación. En tales circunstancias, los concejales podrán deliberar y tomar válidamente decisiones sin estar físicamente presentes en la sede institucional de la corporación, para lo cual podrán utilizar diferentes servicios de telecomunicaciones, de comunicación simultánea o sucesiva, tales como fax, teléfono, teleconferencia, videoconferencia, internet, conferencia virtual u otros medios./ En Canadá, el Senado ha estimado que la videoconferencia puede ser utilizada excepcionalmente para las sesiones extraordinarias de sus comités, pero no para las sesiones del Senado. Una posibilidad que debe justificarse en /exigencias particulares/ (cfr. supra). La sesión podría ser virtual en caso de urgencia, supuesto en el cual es posible atemperar las reglas de



funcionamiento del órgano, precisamente para dar continuidad y regularidad a ese funcionamiento. En igual forma, en tratándose de las sesiones extraordinarias, que están diseñadas para conocer asuntos especiales o urgentes que requieren de una atención inmediata, por lo que el colegio no puede esperarse a que transcurra el tiempo necesario para celebrar la sesión ordinaria. Si no concurren circunstancias especiales y tampoco se encuentra en los supuestos del artículo 53 de la Ley General de Administración Pública, las sesiones deberían ser presenciales, puesto que este es el medio normal de funcionamiento del órgano colegiado. //

/e) requerimientos de seguridad/\*

// La sesión virtual en los términos antes indicados implica el uso de tecnología compatible. No se trata sólo de un mecanismo de transmisión de la voz o de datos. Se requieren dispositivos que permitan esa transmisión de la voz pero también de la imagen, para lo cual se ordenará que las cámaras, los mecanismos de control y de recepción sean compatibles entre sí, permitiendo la plena interacción entre los distintos miembros. Ergo, debe asegurarse la efectiva y recíproca visibilidad y audibilidad de las personas presentes en ambos lugares. La plena compatibilidad entre los sistemas empleados concierne tanto al emisor como al receptor, interconexión que debe producirse con la fluidez necesaria para evitar la alteración del normal desenvolvimiento de la sesión. Es preciso considerar elementos de seguridad. No puede dejarse de lado que la relación virtual puede verse afectada por el funcionamiento defectuoso del servicio por medio del cual se da la relación. Ello significa que la Administración no puede recurrir a la videoconferencia si no cuenta con dispositivos que aseguren el funcionamiento óptimo del sistema de comunicación. Simplemente de ese óptimo funcionamiento depende que se respete la simultaneidad. Ergo, que se alcance el correcto funcionamiento del órgano colegiado. Este no se logra si el normal desenvolvimiento de las sesiones resulta alterado o interferido por problemas de comunicación. Es de advertir que generalmente en los ordenamientos que han autorizado las sesiones virtuales, es requerido contar con una sala de conferencias debidamente equipada para la videoconferencia. Ese mismo tipo de sala debe existir en el sitio donde se encuentre el miembro colegiado ausente del espacio físico. Los instrumentos utilizados en el desarrollo de la comunicación deben ser compatibles entre sí. El uso de tecnología compatible deviene una regla. En general, el sistema tecnológico debe garantizar la autenticidad e integridad de la voluntad y la conservación de lo actuado. Por consiguiente, debe permitir la plena y exacta identificación de la persona que está sesionando virtualmente. Por lo que deben existir medidas de seguridad tendientes a evitar la alteración de la comunicación, la identificación del miembro y garantizar el contenido mismo de la transmisión telemática.

\*f) \*\*

/ La presencia virtual debe respetar la prohibición de superposición horaria/\*

La Junta Directiva de la Autoridad Reguladora es, obviamente, un órgano colegiado y como tal le resultan aplicables las disposiciones propias de este tipo de órganos. Sus integrantes son funcionarios públicos, sujetos al régimen jurídico correspondiente. Lo anterior es importante en virtud de lo dispuesto por la Ley de Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios Públicos. El artículo 17 de dicha Ley prohíbe el desempeño simultáneo de cargos públicos. Asimismo, el artículo 18 establece un régimen de incompatibilidades, que se aplica a los directores de la ARESEP. De conformidad con el primero de los artículos mencionados, los miembros de la Junta Directiva de la ARESEP no pueden desempeñar simultáneamente en los órganos y entidades de la Administración Pública más de un cargo remunerado salarialmente, con las excepciones expresamente establecidas por la ley. El fin de la norma es lograr la dedicación del funcionario al puesto o cargo que desempeña. Este aspecto queda evidenciado en el artículo que prohíbe implícitamente la superposición horaria entre la jornada laboral y las sesiones de órganos colegiados. Objetivo que está también presente en el párrafo que limita la integración a órganos colegiados, estableciéndose como máximo la integración hasta en tres órganos colegiados, aún cuando no se sea funcionario. Nótese que se permite integrar hasta tres órganos colegiados a condición de que no haya superposición horaria. Conforme el artículo 14 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N° 8422

de 6 de octubre de 2004- el Regulador general tiene prohibición de ejercer profesiones liberales. Prohibición que no se aplica a los directores. Dada esa ausencia de prohibición, pueden dedicarse a sus actividades privadas, incluida la profesión. Lo que hace necesario normar este punto para efectos de la presencia virtual. La presencia virtual en una sesión requiere exclusividad y continuidad de actividad en el momento, sea no debe haber superposición horaria con ningún otra actividad. Dispone el artículo 17 de la referida Ley:

“Artículo 17.—\*Desempeño simultáneo de cargos públicos\*.

Ninguna persona podrá desempeñar, simultáneamente, en los órganos y las entidades de la Administración Pública, más de un cargo remunerado salarialmente. De esta disposición quedan a salvo los docentes de instituciones de educación superior, los músicos de la Orquesta Sinfónica Nacional y los de las bandas que pertenezcan a la Administración Pública, así como quienes presten los servicios que requieran la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias para atender emergencias nacionales así declaradas por el Poder Ejecutivo, el Tribunal Supremo de Elecciones, durante los seis meses anteriores a la fecha de las elecciones nacionales y hasta tres meses después de verificadas, así como otras instituciones públicas, en casos similares, previa autorización de la Contraloría General de la República. (...). Asimismo, quienes desempeñen un cargo dentro de la función pública, no podrán devengar dieta alguna como miembros de juntas directivas o de otros órganos colegiados pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, /salvo si no existe superposición horaria entre la jornada laboral y las sesiones de tales órganos/ .(Así reformado el párrafo anterior por e inciso a) del artículo 1° de la Ley N ° 8445 del 10 de mayo del 2005). / Quienes, sin ser funcionarios públicos integren, simultáneamente, hasta tres juntas directivas u otros órganos colegiados adscritos a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, podrán recibir las dietas correspondientes a cada cargo, siempre y cuando no exista superposición horaria. / Cuando, por razones de interés público, se requiera que la persona integre más de tres juntas directivas u otros órganos colegiados adscritos a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, deberá recabarse la autorización de la Contraloría General de la República. /(.../ )”. La cursiva no es del original. De allí también la limitación del uso de tecnologías en la realización de las sesiones del órgano colegiado. En ese sentido, es evidente que no toda forma de telepresencia garantiza plenamente el respeto a dicha prohibición. Una participación por medio telefónico, fax o correo electrónico, por ejemplo, no asegura que la persona que hace uso de estos medios para comunicarse esté dedicada y no desempeñe simultáneamente otra actividad. Por consiguiente, esos medios de telepresencia no aseguran un respeto a la referida prohibición.

En el dictamen N° C-015-2007 de 29 de enero de 2007 indicamos sobre la prohibición de superposición horaria del artículo 17 de mérito: “Como se advierte, la restricción original fue modificada, de tal suerte que en la actualidad sí resulta legalmente procedente que un funcionario pueda percibir simultáneamente su salario y también el pago de dietas por su asistencia a juntas directivas u otros órganos colegiados, pero bajo la estricta condición de que no exista superposición horaria entre su jornada laboral y las sesiones de tales órganos. Tal condición tiende a evitar que las labores y responsabilidades públicas se descuiden o sean atendidas en una forma indebida o ineficiente, lo cual cobra importancia al tomar en cuenta que justamente la /eficiencia/ es uno de los principios que inspiran la prestación de los servicios públicos, de conformidad con el artículo 4º de la Ley General de la Administración Pública.

Reviste importancia resaltar la exigencia de que no exista superposición horaria, pues se trata de una regla de principio que debe respetarse incluso si no estuviera recogida de modo expreso como lo hace la norma de cita, toda vez que se deriva directamente de las obligaciones que impone el régimen de empleo público. Lo anterior, por cuanto el salario con el cual se retribuye la relación de servicio con el Estado apareja una serie de obligaciones, siendo una de las más importantes el efectivo cumplimiento de las labores del cargo, obligación que no puede atenderse apropiadamente

si dentro de la jornada el funcionario se distrae en actividades o funciones ajenas a su puesto, aún cuando se trate de labores para otra institución pública. Debe tenerse presente que la superposición horaria en el desempeño de dos cargos públicos conllevaría además un enriquecimiento sin causa, pues para uno de los puestos el funcionario estaría laborando un tiempo menor al que se le ha remunerado efectivamente. Por las razones indicadas, la reforma legal operada respecto del numeral 17 de la Ley N° 8422, si bien vino a flexibilizar el régimen con respecto a la norma original, en tanto permite al funcionario público recibir dietas adicionalmente al salario, sigue manteniendo la condición relativa a la no superposición horaria en el desempeño de los distintos cargos. Como puede advertirse, estamos en presencia de una regulación de carácter general en orden a las limitaciones en el ejercicio de la función pública, toda vez que tiene la vocación de imponer una regla de principio (la no percepción simultánea de dietas y salario), que podrá dispensarse –salvo norma en contrario, como veremos adelante- bajo condición de que no se produzca una superposición en los horarios que ha de cumplir el servidor en los puestos que desempeña”. Es de advertir, no obstante, que la regla de no superposición horaria, en razón de sus finalidades, se aplica también respecto del desempeño simultáneo de una función pública y una actividad privada. La simultaneidad propia del órgano colegiado exige que durante la celebración de la sesión el miembro se dedique íntegramente a dicha sesión. Sencillamente, el miembro del colegio no puede simultáneamente deliberar en el órgano colegiado y estar trabajando en su actividad privada. Baste recordar que, por principio, es imposible materialmente que se presente un correcto cumplimiento de dos cargos cuando se presentan condiciones de superposición horaria, por lo que esa posibilidad debe entenderse como no permitida. Y esta prohibición debe mantenerse a pesar de que la sesión se realice virtualmente. /

## 2) condiciones particulares en caso de sesión virtual/

Se consulta qué elementos deben ser considerados para el levantamiento del acta y si el miembro que asista virtualmente tiene derecho al pago de dieta. //

### a) \*\* El levantamiento del acta\*

De cada sesión que celebra un órgano colegiado debe producirse un acta, documento que contendrá los elementos esenciales de lo acontecido en la sesión. Dispone nuestra Ley General de la Administración Pública, en lo conducente: "Artículo 56.- 1. De cada sesión se levantará una acta, que contendrá la indicación de las personas asistentes, así como las circunstancias de lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de la deliberación, la forma y resultado de la votación y el contenido de los acuerdos. 2. Las actas se aprobarán en la siguiente sesión ordinaria. Antes de esa aprobación carecerán de firmeza los acuerdos tomados en la respectiva sesión, a menos que los miembros presentes acuerden su firmeza por votación de dos tercios de la totalidad de los miembros del Colegio. 3. Las actas serán firmadas por el Presidente y por aquellos miembros que hubieren hecho constar su voto disidente". "Artículo 57.- 1. Los miembros del órgano colegiado podrán hacer constar en el acta su voto contrario al acuerdo adoptado y los motivos que lo justifiquen, quedando en tal caso exentos de las responsabilidades que, en su caso, pudiera derivarse de los acuerdos". El acta es el documento que contiene los acuerdos a que ha llegado el órgano colegiado en sus sesiones, así como los motivos que llevaron a su adopción y cómo se llegó a ese acuerdo (puntos principales de la deliberación, forma y resultado de la votación). El acta es una formalidad substancial y un documento íntegro cuya redacción es el término de un proceso de elaboración de actos administrativos de los cuales da cuenta. Puede reseñar uno o varios, dependiendo de los acuerdos que fueron aprobados en la sesión que documenta. Ese documento debe ser levantado por el secretario del órgano colegiado, artículo 50 de la Ley General de la Administración Pública. Además, el acta está sujeta a aprobación. Cabe recordar que la aprobación del acta tiene como objeto permitir a los miembros que participaron en la deliberación del órgano dar certidumbre de lo conocido, deliberado y decidido en una sesión. El acta prueba que se realizó la sesión y el debate que en ella se produjo (Sala Constitucional, N° 3220-2000 de 10:30 hrs. del 18 de abril de 2000). Y esa certeza se da respecto de un documento que puede contener diversos acuerdos administrativos.

De acuerdo con el numeral 56 antes transcrito, las actas deben expresar " las circunstancias de lugar y tiempo en que se ha celebrado". Y una de esas condiciones es, necesariamente, si la sesión se ha celebrado en forma virtual, máxime que esa posibilidad es excepcional. Por consiguiente, tendrá que indicarse cuál de los miembros del colegio ha estado "presente" en forma virtual, en su caso mediante qué mecanismo tecnológico se produjo la presencia, identificación del lugar en que se encuentra el ausente (puesto que estaría reunido en un lugar distinto al previsto normativamente o el que es habitual para sesionar), la compatibilidad y las razones por las cuales la sesión se realizó en la forma indicada. Deberá contener, obviamente, los otros elementos a que se refiere la norma jurídica. Entre ellos, la identidad y el número de miembros presentes en la reunión y el sentido del voto emitido por el miembro presente virtualmente. En este mismo sentido de documentación, cabría señalar la necesidad de que la convocatoria indique que la sesión se va a desarrollar virtualmente. Ello en el tanto en que la convocatoria deba indicar el lugar en que habrá de celebrarse la sesión, si los mismos datos no hubiesen sido ya fijados por ley o por acuerdos generales del colegio. Lo anterior tomando en cuenta que el respeto al lugar es condición de validez de la sesión, en términos que es inválida la celebrada en momento o lugar distinto al establecido o fijado en la convocatoria.

b) \*

\* El pago de dietas solo es posible si se mantienen los principios de la colegialidad\* //

Se consulta si tendría derecho a recibir el pago de la dieta el directivo "que participa haciendo uso de los distintos instrumentos tecnológicos sin estar físicamente integrado al órgano colegiado". El mecanismo de remuneración de los miembros de un órgano colegiado es el de la dieta, lo que se comprende porque éste y no el salario o sueldo es el sistema remunerativo de las relaciones donde no media una relación de subordinación. La dieta se cancela normalmente por la asistencia efectiva a las sesiones, de modo que no remunera una prestación permanente y continúa de servicios. Solo tiene derecho a recibir dieta el directivo que asiste a sesiones. Asistencia a sesiones que solo se considera cuando la sesión se ha celebrado efectivamente y el miembro de que se trata ha estado presente en la totalidad de la reunión. La Procuraduría General se ha referido en diversas oportunidades a esta circunstancia. Es jurisprudencia administrativa que la inasistencia a las sesiones acarrea la pérdida de la dieta, en cuanto esta depende necesariamente de la presencia del director en la sesión del colegio y su efectiva participación en ella. Participación que se identifica con la prestación del servicio (dictámenes N° C-194-99 del 5 de octubre de 1999) y C-162-2001, del 31 de mayo del 2001) La necesaria presencia para devengar la dieta lleva a denegar su procedencia cuando el directivo no asiste a las sesiones por atender asuntos relacionados con el cargo, como puede ser el integrar misiones oficiales o la representación oficial (dictámenes \* C-212-2002\*, C-214-2002 y C-215-2002 de 21 y 22 de agosto del 2002, respectivamente).

En el dictamen C-214-2002 dirigido a la ARESEP se manifestó: "Es claro entonces que por disposición legal expresa, solo es posible reconocer dietas cuando el receptor del emolumento haya asistido a la sesión respectiva. No otra cosa puede interpretarse de la frase que indica que los miembros de las juntas directivas devengarán dietas "por cada sesión a la que asistan". Luego, en el dictamen N° C-228-2003 de 29 de julio del 2003 se afirmó la improcedencia de la dieta si la asistencia es sólo parcial: "Si bien los pronunciamientos que hemos reseñado se relacionan con la improcedencia del pago de la dieta en los casos en los cuales el interesado está ausente en toda la sesión, o en los que esta última no se realiza por cualquier causa, consideramos que los argumentos empleados en ellos aplican también para los supuestos en los cuales la ausencia a la sesión es parcial. No puede admitirse la tesis de que con sólo hacerse presente a una sesión remunerable se adquiere el derecho al pago de la dieta respectiva. Esa tesis podría propiciar abusos como el descrito en la consulta, en el que una persona que estuvo presente sólo una o dos horas en sesiones de tres o cuatro horas, pretende el pago de la dieta. (...). Como se desprende de la lectura de las transcripciones anteriores, la ley prevé el pago de

dietas para los directores de instituciones autónomas y semiautónomas "por cada sesión a la que asistan". Asistir, en este caso, significa no sólo hacerse presente a la sesión, sino estar presente durante ella. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española acepta que asistir puede significar tanto "Concurrir a una casa o reunión, tertulia, curso, acto público, etc."; como "Estar o hallarse presente." (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Madrid, 22 edición, 2001, consultado en la dirección electrónica <http://www.rae.es/>). Es claro que, en el asunto que nos ocupa, la acepción correcta del término asistir es la de estar presente durante la sesión. Partiendo de lo anterior, debemos indicar que para tener derecho al pago de la dieta hay que asistir y estar presente en la sesión completa que se remunera. (...). Así las cosas, debemos de concluir entonces en que, por regla general, solamente es posible pagar la dieta a aquellos miembros de órganos colegiados que hayan estado presentes durante la sesión completa que se remunera. Lo anterior salvo que exista alguna norma que establezca un plazo razonable de tolerancia". Se remunera la asistencia a sesiones, la presencia en estas. Esa presencia puede ser física o virtual. Empero, para que la participación en una sesión virtual sea remunerada debe reunir los requisitos que antes se han indicado. En consecuencia, debe necesariamente ser realizada por medio de videoconferencia. Resulta evidente que estos requerimientos podrían ser burlados si la persona ausente "participara" en las sesiones haciendo uso de medios como el correo electrónico, la teleconferencia o chats. Por otra parte, la sesión tiene que haber tenido lugar, lo que para los efectos que aquí nos interesa significa que debe haber producido efectivamente en forma continúa, sin interrupciones producto de situaciones técnicas y, además, el miembro de que se trata debe haber estado presente virtualmente en la totalidad de la reunión.

## **CONCLUSION:**

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República, que:

1-. El régimen de funcionamiento de los órganos colegiados está determinados por los principios de colegialidad, simultaneidad y de deliberación, principios que deben ser respetados para la debida formación de la voluntad colegial.

2-. El órgano colegiado debe forjar una voluntad en su propio seno a partir de la reunión simultánea de los diversos individuos que lo conforman. Las personas físicas que integran el órgano colegiado deben concurrir en forma simultánea a la formación de la voluntad imputable al órgano. La simultaneidad es un requisito sustancial del funcionamiento del órgano.

3-. Por consiguiente, la simultaneidad es inherente a las deliberaciones y al procedimiento de formación de la voluntad colegiada. Y no puede dejarse de lado que la actividad propia del órgano colegiado consiste en deliberar y votar las propuestas de acuerdo. Es indispensable que exista deliberación y que el voto sea producto de esa deliberación y no de acuerdos predeterminados.

4-. Es por ello que la participación en la deliberación constituye para el miembro del derecho no sólo un derecho sino también un deber. A través de la deliberación debe contribuir in situ a la formación de la voluntad colegiada, la cual es producto del intercambio directo de diversos criterios o puntos de vista individuales, la contraposición de ideas sobre el asunto. Lo que justifica que, por principio, los miembros ausentes no puedan participar en la formación de la voluntad colectiva. Esta es algo más que la simple concurrencia de una pluralidad de voluntades individuales y autónomas sumadas para obtener un criterio único.

5-. Por medio de la discusión oral, los distintos miembros del colegio conocen de viva voz, la opinión de los otros miembros, lo que contribuye a perfilar la voluntad del colegio.

6-. Dados los principios antes indicados y en ausencia de una norma legal que autorice y regule las sesiones virtuales, el uso de las telecomunicaciones para la celebración de sesiones virtuales o no presenciales debe ser restrictivo. Al efecto, debe considerarse que no toda forma de teleconferencia es compatible con las disposiciones y principios que regulan los órganos colegiados.

7-. Consecuentemente, este uso solo es posible si la telecomunicación permite una comunicación integral, simultánea que comprenda video, audio y datos. Este es el caso de la videoconferencia, que permite una interacción amplia y circulación de la información con posibilidad de que los miembros se comuniquen verbal y visualmente.

8-. Resulta contrario a los principios de simultaneidad y colegialidad, "sesiones virtuales" realizadas a través del correo electrónico, fax, telex, u otras formas de teleconferencia que no posibiliten una comunicación integral y simultánea.

9-. Puesto que al miembro del colegio le vincula un deber de asistencia, la celebración de sesiones virtuales debe ser excepcional. No puede constituirse en el mecanismo normal de reunión del colegio.

10-. Una sesión virtual por medio de videoconferencia puede ser realizada con personas que se encuentran fuera del país cuando concurren circunstancias extraordinarias o especiales que lo justifiquen y a condición de que los medios empleados permitan una integración plena dentro de la sesión, a efecto de que se mantenga la simultaneidad en la deliberación.

11-. La sesión virtual en los términos antes indicados implica el uso de tecnología compatible y segura. El sistema tecnológico debe garantizar la identificación de la persona cuya presencia es virtual, la autenticidad e integridad de la voluntad y la conservación de lo actuado.

12-. La simultaneidad propia del órgano colegiado exige que durante la celebración de la sesión el miembro se dedique íntegramente a dicha sesión, por lo que incluso en las sesiones virtuales debe respetar la prohibición de superposición horaria.

13-. Es de advertir que si una norma legal prohíbe al órgano realizar las sesiones en un sitio distinto a aquél en que se ha previsto que tengan lugar, deberá entenderse como prohibida la realización de sesiones virtuales.

14-. Puesto que las actas deben expresar "las circunstancias de lugar y tiempo en que se ha celebrado", artículo 56 de la Ley General de la Administración Pública, en caso de sesión virtual así deberá indicarse, anotando cuál de los miembros del colegio ha estado "presente" en forma virtual, en su caso mediante qué mecanismo tecnológico se produjo la presencia, identificación del lugar en que se encuentra el ausente, la compatibilidad de sistemas y las razones por las cuales la sesión se realizó en la forma indicada; así como los demás elementos que impone la Ley.

15-. Estima la Procuraduría que de reunirse las condiciones antes indicadas, la presencia virtual del miembro por medio de videoconferencia podrá ser remunerada mediante la dieta correspondiente. Al igual que en caso de sesiones presenciales, es indispensable que la sesión se haya celebrado sin interrupciones técnicas y que el miembro haya estado presente virtualmente en la totalidad de la reunión.

De Ud. muy atentamente,

Dra. Magda Inés Rojas Chaves  
Procuradora Asesora

MIRCH/mvc  
Copia: Dr. Fernando Herrero Acosta Regulador General