Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
Nº 55 - Cuatrimestral
Enero - Abril - 1986 - 144 págs.

I Derecho - Revistas

Hecho el depósito de Ley.

Impreso en Costa Rica.

Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.
San José (Costa Rica) América Central

ISSN
0034-7787

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

55

SAN JOSE, COSTA RICA
ENERO — ABRIL
1986

JUNTA DIRECTIVA DEL COLEGIO DE ABOGADOS

1986

Presidente:
Lic. Ricardo Vargas Hidalgo

Vice-Presidente:
Lic. Hernán Vega Miranda

Secretario:
Dr. Enrique Castillo Barrantes

Prosecretario:
Lic. Eric Thompson Piñeres

Tesorero:
Lic. Mario Quintana Musmanni

Fiscal:
Dr. Daniel González Alvarez

Vocal 1º:
Licda. Ifigenia Bustamante Guerrero

Vocal 2º:
Lic. Gerardo Morales Valverde

Vocal 3º:
Lic. Jorge Valverde Soley

Vocal 4º:
Lic. Benjamín Odio Chan

Vocal 5º:
Dr. Raúl Marín Zamora

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Director Consejo Universitario:
Dra. María Eugenia Bozzoli

Rector:
Dr. Fernando Durán

Vice-Rectora de Docencia:
Licda. Jiannina Del Vecchio

Vice-Rector de Investigación:
Dr. Gabriel Macaya

Vice-Rector de Acción Social:
Ms. Sc. Oscar Fonseca

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:
Licda. Rosa Isabel Blanco

Vice-Rector de Administración:
Dr. Alvaro Montoya Chaves

Decano Facultad de Derecho:
Dr. Bernardo Van Der Laat

Vice-Decana Facultad de Derecho:
Lic. Egennery Venegas Villegas

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas:
Dr. Diego Baudrit Carrillo

Director Instituto de Estudios de Posgrado:
Dr. Luis Estrada Navas

Coordinador de la Comisión Editorial:
Ing. Mario Murillo Rodríguez

PRESENTACION

En este número de la revista se publican diversos estudios sobre el derecho penal, administrativo, constitucional; criminología. Además, de editar la investigación sobre los aspectos jurídicos y políticos del derecho a la paz.

Igualmente, se adiciona una sección de comentarios de libros en las áreas de la responsabilidad civil y del inquilinato.

El Director y Editor

NOTAS ACLARATORIAS PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL ESPECIAL

Prof. Henry Issa El Khoury
Facultad de Derecho Universidad
de Costa Rica

SUMARIO:

INTRODUCCION

Primera parte: Aclaración de los conceptos.

I. El derecho penal especial.
II. El tipo penal.
III. La legalidad criminal.

Segunda parte: La observación del tipo objetivo (tipicidad legal).

I. Acción prohibida/Acción descrita.
II. El sujeto activo.
III. Elementos accesorios del verbo.
IV. Objeto material.
V. Elementos normativos.

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION.

La distinción que se hace entre derecho penal general y derecho penal especial, de corte meramente académico (y producto, en nuestro criterio, de una visión reduccionista de la división de los códigos penales en una parte general y otra especial), se presta para que ambas disciplinas sean observadas como entes absolutamente distintos e independientes, dejando de lado su consideración como conceptos complementarios, aspecto fundamental si se quiere tener una visión de conjunto de lo que es el derecho penal de un territorio particular (derecho penal costarricense, por ejemplo).

En este trabajo se parte de la idea de que no es posible concebir el estudio de los delitos (tipos) en particular —que es el objeto de estudio del derecho penal especial—, sin un claro fundamento de la teoría del delito y de las bases generales sobre las que se asienta el derecho penal —derecho penal general—. Esta noción motiva y fundamenta el trabajo que presentamos, el cual pretende apuntalar los conceptos sobre los que se apoya el estudio de los delitos en particular y, también, señalar los elementos que deben ser observados en el tipo objetivo para poder lograr no sólo una visión integral de cada descripción particular, en relación con sus componentes, sino también su dimensión de instrumento señalador de las conductas penalmente conminadas.

De esta manera, el trabajo se monta sobre los siguientes supuestos, que implícita o explícitamente aparecen en el texto:

1. El derecho penal costarricense es un derecho penal republicano, según se desprende del texto de nuestra constitución política. Como tal, es un orden discontinuo de ilicitudes —en terminología de Rodríguez Devesa—, en el tanto en que sólo deberán estar penalmente conminadas —dentro de un marco racional y por interpretación del artículo 28, en relación con el 39, ambos de la Constitución—, aquellas conductas que la necesidad colectiva considere como altamente lesivas a los intereses comunes; por eso sólo la conducta humana que encuadre en una previamente descrita y penalmente conminada puede ser merecedora de sanción penal.

2. Un derecho penal que se monte sobre bases de racionalidad y de consideración de la necesidad como fundamento y límite de la prohibición, no puede prescindir de la noción de bien jurídico; por tanto, no hay delito si no se viola o pone en real peligro un bien jurídico racional, legalmente tutelado.

3. El derecho penal es un derecho que sanciona conductas humanas reales, para lo cual describe acciones que sean realizables y no meras proposiciones ideales, utópicas. Cabe aclarar: no creemos posible que pueda ser considerada como ley penal, aunque esta provenga con todas sus formalidades del aparato legislativo, una disposición que regule absurdos u ordene o prohiba conductas que los sujetos medios normales no estén, por su estructura biológica o psíquica, capacitados para llevar a cabo.

4. El tipo penal es la ocasión mediante la cual se manifiesta la prohibición y, a la vez, su límite: Si el Estado costarricense ha aceptado como principio constitucional el de Legalidad Criminal (Artículo 39 de la Constitución), toda descripción penal es el límite judicial para la aplicación de la sanción penal y, al mismo tiempo, el único medio que tiene el ciudadano para conocer las conductas prohibidas y penalmente conminadas.

5. La distinción de corte didáctico entre tipo sistemático y tipo garantía no puede llevarnos a observar como dos entes diferentes uno mismo: el estudio del delito no es sólo el conocimiento a profundidad de los elementos de la descripción penal, (tipo sistemático); también es necesario investigar la técnica legislativa de la descripción para conocer si la conducta descrita está claramente delimitada y lo prohibido nítidamente enunciado (tipo garantía). Si un estudio del tipo sistemático resulta fundamental para saber qué es un delito —lato sensu— determinado (no sabremos lo que es el delito de estafa, por ejemplo, hasta que no conozcamos el valor real/legal de cada palabra), no menos importante es conocer a fondo cuál es la prohibición y cuál es su límite, único medio, por lo demás, de poder detectar el bien jurídico tutelado.

PRIMERA PARTE: Aclaración de los conceptos.

I. *El Derecho Penal Especial:*

El Derecho Penal Especial es el estudio de los delitos en particular. Para ser aceptado, este concepto exige una doble aclaración que atiende, por una parte, a su alcance y, por otra, al concepto de delito utilizado.

A. Primeramente, al mencionar los delitos en particular como objeto del Derecho Penal Especial, debe precisarse que en Costa Rica este objeto no se agota con el análisis de los tipos del libro Segundo del Código Penal vigente, aunque tradicionalmente se haya tenido como única fuente de análisis, al menos en las universidades (por lo menos

eso es lo que se desprende de los programas que de la materia existen en las facultades de derecho que funcionan en Costa Rica). Este hecho no puede ser justificado de ninguna manera, aunque históricamente ha sido reiterado. Quizá en otros momentos pudiera haberse explicado, ya que las prohibiciones fundamentales para las necesidades de vida y convivencia del costarricense se encontraban allí plasmadas. Eso no vamos a juzgarlo aquí. Lo cierto es que en la actualidad sostener tal posición implica dejar por fuera del análisis técnico académico una serie de prohibiciones de gran importancia para nuestra vida y desarrollo ciudadanos.

Permítasenos acá una disgresión: Si pensamos que el Derecho Penal debe ser —debe esforzarse por ser y esforzarnos para que lo sea— un reflejo claro de la necesidad del grupo social, que tiende a llevar un proyecto en común, en un momento histórico determinado, nos damos cuenta que la evolución que ha tenido Costa Rica en los últimos diez años justifica lo expuesto en el párrafo anterior. Entre muchos otros, dos factores de cambio nos hacen pensar que una parte importante de la producción legislativo-penal se encuentra fuera del Código: De un lado, a partir de la llamada "situación económica" del estado administrador se ha generado la regulación masiva de ciertas conductas cuya descripción, penalmente conminada, se encuentra en leyes especiales y no en el Código Penal; por otro lado, los avatares de la lucha entre las superpotencias (con algunos otros factores que no es pertinente analizar acá, como el negocio de la guerra), han puesto a Costa Rica a la mira de pluralidad de intereses y han provoacdo cambios en las estructuras sociales, económicas y políticas; estos cambios se ven reflejados en la propia legislación incluida, lógicamente, la penal. Así, es notoria la tendencia de crear tipos penales dentro de las leyes no penales, con lo cual se están señalando nuevas zonas de prohibición (que tal vez el legislador no se ha puesto a meditar si responden a criterios socialmente válidos).

Para respaldar lo dicho existen una serie de ejemplos. Si se utiliza un criterio meramente estadístico, podemos observar cómo ciertas figuras penales, contenidos en leyes especiales, se encuentran —por la frecuencia— a la par de muchas de las contenidas en el C.P. Entre otras véanse la Ley de Protección al Consumidor, las leyes de La Moneda y la Orgánica del Banco Central. Si, además, utilizamos un criterio de bien jurídico, encontraremos la importancia de algunos tipos de la Ley General de Salud y de las leyes que regulan aspectos del sistema ecológico —para poner sólo dos ejemplos— que no se comparan en importancia con las zonas protegidas por la parte especial del C.P. (v.g. delitos contra el honor, o la sección del duelo).

De lo dicho podemos concluir que el Derecho Penal Especial no es sólo el estudio de los tipos penales que componen el Código Penal, sino de los tipos penales que conforman el Ordenamiento Jurídico Costarricense.

B. Debemos aclarar ahora sobre el término delito utilizado en la definición. Hablamos aquí de delito "lato sensu", es decir, nos referimos a descripciones legislativas y no a injustos reprochables, entre otras razones porque hablar de delito en sentido estricto obliga a referirse a juicios de valor —de disvalor, en todo caso— en relación con una conducta humana particular: juicio de antijuridicidad; igual sucede en el caso del juicio reprochabilidad, en donde se observa la relación del sujeto con su acto antijurídico (y típico): se constata si al sujeto actuante puede o no reprochársele el acto realizado, vistas sus capacidades intelectivas y volitivas, en relación con aquella parte del ordenamiento que conmina penalmente conductas humanas socialmente no deseables (a juicio del legislador).

C. Además de lo dicho en el punto anterior, es necesario hacer otra precisión sobre el término delito utilizado en la definición. Si afirmamos que el derecho penal especial tiene como objeto de estudio, según se desprende de lo que hemos venido mencionando, descripciones legislativas con sanción penal, es necesario manifestar —aunque pudiera parecer obvio— que dentro de ese objeto están contenidas las tipificaciones contravencionales. Tradicionalmente esta categoría de descripciones penales —un poco de segunda, a juzgar por la técnica de su descripción— no han sido incluidas en estudios ni en programas referentes al derecho penal especial, a pesar de que son tan delitos como los del libro segundo varias veces citado.

La observación anterior la hacemos con la base constitucional que nos da el art. 39 de ese cuerpo normativo, artículo que señala como presupuesto para imponer sanciones penales, no solo al delito —doloso o culposo— sino también a la contravención, a la que denomina falta.

No pretendemos extendernos sobre el tema, pero si aclarar que la única diferencia existente entre los conceptos delito y contravención es meramente de colocación legislativa, si atendemos al Código Penal y de tratamiento procedimental, ya que ni siquiera podemos aludir como diferencias entre ambos conceptos, aspectos tales como clase o monto de la sanción penal, objetos de protección o destinatarios de la prohibición que describen(1).

Así entonces, retomando la conclusión del punto A, el derecho penal especial tiene como objeto de estudio cualquier conducta que previamente haya sido penalmente incriminada.

(1) No obstante lo dicho, es de notar como las contravenciones dentro de los sistemas penales latinoamericanos son uno de los mejores instrumentos no sólo de selección y de control social, sino de actuación de la policía administrativa en el ejercicio de una especie de "moral policial".

II. *El tipo penal:*

Las descripciones penales son, pues, el objeto de estudio del Derecho Penal Especial, luego es necesario saber más acerca de ellas. El nombre tipo, alude en derecho penal a descripciones de conductas que llevan aparejada una sanción. Las descripciones lo son en lenguaje aseverativo; dicen, predican, señalan un comportamiento probable y posible, especie de arquetipo (no en vano la palabra tipo significa en griego modelo) de conductas. Esta modalidad de presentación de las conductas probables, a veces nos impide observar claramente el origen mismo de la descripción: lógicamente por razones de economía legislativa es mejor decir sólo la acción a castigar, que mencionar su antecedente normativo y fáctico.

Sería engorroso señalar "La vida es un bien preciado altamente por el grupo o comunidad, por tanto esta debe ser inviolable, en nuestro territorio, así quien haya dado muerte a una persona será sancionado con x a z años de prisión", cuando fácilmente se puede decir el texto de 111 del Código Penal costarricense pero no es común que entendamos, cuando leemos el 111 citado, lo que recién hemos mencionado como antecedente normativo y generador de tal descripción; es decir, comúnmente no pensamos cuando leemos la conducta típica, en la norma que todo tipo supone y en el bien jurídico, objeto de existencia y origen mismo de la norma.

Nótese que de lo anterior se desprende que estamos partiendo de un concepto de tipo, en el cual va implícito el conocimiento de la norma y del bien jurídico, no porque estos sean parte de la descripción, sino porque sólo pueden ser observados por la descripción.

Así, un análisis o estudio de derecho penal especial necesariamente implica un estudio no sólo de los elementos de la figura y su valor, sino también una búsqueda de la norma antecedente y del objeto mismo de la protección, o bien jurídico. Pero allí no se agota al estudio, ya que es necesario, a la vez, observar a la descripción en concordancia con las reglas constitucionales de la legalidad criminal.

A raíz de la existencia de una disposición como la que contempla el art. 39 de la Constitución ("A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionadas por ley anterior.") nuestro derecho penal —sin calificativo alguno de general o especial— se convierte en un derecho penal democrático-liberal, en la medida en que exige que toda prohibición penalmente incriminada deba ser de previo señalada por una ley (requisito previo para la existencia del delito, "cuasi-delito" o "falta", mencionado por el 39 dicho) y en la medida en que a partir del párrafo segundo de 28 constitucional, las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley.

De esta manera, en el estudio de la acción delictuosa, el binomio tipo/tipicidad adquiere fundamental importancia; el tipo como el instrumento por medio del cual se manifiesta la prohibición; y la tipicidad como la característica de una acción humana de haberse adecuado formal y penalmente al tipo.

Comúnmente se hace la distinción entre tipo sistemático y tipo garantía. Esta no es una diferenciación que atienda a la esencia de la descripción sino a sus funciones. No significa sino que el tipo penal pueda ser observado en su particularidad de ser instrumento legal de garantía, al servicio del Principio de Legalidad Criminal (tipo garantía), o en su prohibición (que por ello está lógicamente implícita en el tipo) y, también, como una manera de tutelar penalmente bienes valiosos para la colectividad —protegidos por la prohibición y evidenciados por y en la descripción—. Así, el estudio del tipo sistemático no es sino una manera complementaria de observación en el estudio del tipo garantía.

A. *El estudio del tipo sistemático.*

Comúnmente los tipos penales se estudian únicamente con una visión doctrinaria (y en algunos casos jurisprudencial) de sus términos/elementos. Por otra parte se estudia en ellos un "animus" que entendemos, claro, como el estudio del dolo de tipo. Estos dos aspectos mencionados constituyen un estudio necesario y de gran valor, en el entendido de que se parte de una base real de análisis; esta base real consiste en indagar el valor de las palabras/elementos con una óptica de realidad, en nuestro caso, costarricense. (Es imposible que en un estudio de Derecho Penal Especial costarricense los elementos normativos culturales, por ejemplo, sean interpretados de acuerdo con el criterio de autores de otras latitudes).

Al mismo tiempo que un examen sobre el valor real de los términos, resulta indispensable inscribir el análisis de los elementos que así lo requieran dentro de un marco histórico particular que nos indique el por qué de la descripción y/o del elemento (interpretación teleológica-histórica) y su actual validez jurídico-cultural.

B. *Justificación para un estudio del tipo garantía.*

"En Derecho Penal las garantías formales del Estado de Derecho se afirman lo más eficazmente posible, porque nada puede amenazar más seriamente la libertad individual que un acto arbitrario de la autoridad que use el poder punitivo como instrumento de poder"(2).

(2) JESCHECK, (H. H.), *Tratado de Derecho Penal*, parte general, Bosch, Barcelona, Trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, 1981.

a) Posiblemente no sea necesaria otra motivación, sobre todo en Costa Rica, cuyo sistema está claramente apuntalado por la normativa del 39 constitucional, por cuyo mérito sólo el delito es el presupuesto de la pena y ambos (pena y delito) deben estar contenidos en una ley vigente y anterior al acto real que se quiere someter a sanción penal(3); sin embargo queremos puntualizar acá algunos aspectos de interés: el plantearse como problema la técnica legislativa dentro de un estudio global del tipo es obligado en Costa Rica a causa del artículo constitucional citado y de su derivado natural, la tipicidad de la conducta penalmente sancionada. Los tipos penales deben estar claramente redactados, de tal manera que la conducta a castigar sea clara, precisa y delimitada, para que no se preste a divergentes interpretaciones su aplicación judicial y administrativa. Posiblemente muchas críticas sobre fallos judiciales y muchos desencantos sufridos por denunciantes que ven desestimadas sus denuncias cuando otras similares han prosperado, así como innumerables quejas de ciudadanos —sobre todo de zonas rurales, pero no sólo ahí— acerca de actuaciones arbitrarias de la policía administrativa a la hora de realizar detenciones con base en leyes penales contravencionales, se evitarán con la existencia de descripciones legislativo-penales más precisas. Creemos que detrás de cada crítica existe la pregunta no dicha y que debería plantearse abiertamente: ¿la redacción del tipo es clara o permite equívocos en su lectura?

III.—*La legalidad criminal.*

La concepción de la legalidad criminal, representada en Costa Rica por el artículo 39 de la Constitución Política, ha sido alcanzada por los diferentes pueblos en momentos históricos distintos y ha sido, igualmente, altamente combatida por personas y por grupos que suponen el ejercicio del poder como un dominio unilateral mantenido, por lo mismo, por la fuerza y no como la guía de una nación hacia una meta común a través de la democracia participativa. Embrión común a todas las luchas a favor de la legalidad criminal es la oposición contra la arbitrariedad en el ejercicio de la justicia represiva. Esta oposición demarca el nacimiento de lo que hoy podemos llamar un Derecho Penal moderno, caracterizado como liberal y como democrático en el tanto en que le señala al poder estatal la necesidad de mostrar con anterio-

(3) De acuerdo con el 39 citado, el término delito es genérico por lo que comprende no sólo el delito propiamente dicho —dolo o culposo— sino también las contravenciones. De esta manera, un estudio de derecho penal especial debe comprender dentro de su objeto las contravenciones y éstas deberán estar sometidas a un tratamiento legislativo en igualdad de condiciones técnicas que los delitos: tipos claros, precisos y delimitados. Es imperioso, por lo dicho, un examen del libro tercero del Código Penal y de las contravenciones existentes en leyes no penales.

ridad, al ciudadano obligado, las conductas sancionables; conductas que implican prohibiciones que por lo demás deberán estar justificadas bajo el rubro de la necesidad: las conductas prohibidas lo son ya que el realizarlas implicará un grave riesgo para los fines de la convivencia organizada. Pero una conducta de esta clase, sólo puede ser sancionada si el Poder Legislativo la ha señalada como sancionable antes de su realización. De esta manera, el asumir el principio de legalidad criminal implica tener muy claramente planteadas la división entre el poder que legisla y el poder que juzga.

Aparece entonces, con la legalidad criminal, un derecho penal cuyo pilar fundamental es la idea de que sólo la ley es la llamada a darle vida al delito y a la sanción penal, con lo que se logra arremeter en contra de la arbitrariedad judicial (claramente retratada en la obra de Beccaria, *De los delitos y de las penas*). Históricamente esta arbitrariedad se evidencia, sobre todo, en la inexistencia de límites dentro de los cuales el juez pueda ejercer su función, hecho que le anexa al poder juzgador la facultad de legislar, pues obliga al juez a señalar, en última instancia cuál es la conducta prohibida. De esta manera, cada sujeto-juez se convierte de hecho en poder legislativo. De esta afirmación deriva un gran riesgo: la interpretación judiical se amplía y de una labor propia de detectar el encuadramiento, se pasa a la labor de decidir si las acciones de un sujeto deben ser punibles o no y así, las carencias, los prejuicios, las creencias, los temores o los credos del juez pueden tener más salida y salida más fácil(4).

El Principio de Legalidad Criminal y su derivado natural, la tipicidad de la conducta que se quiere castigar, al cobrar vigencia en un régimen jurídico, crea una clase de juridicidad penal particular, basada en el respeto a los derechos humanos de todos los habitantes, de conocer previamente cuáles son las zonas de prohibición, que limitan sus actos (en tanto sujetos sociales)(5).

Por medio de este sistema, el legislador —como detentador siempre de paso de un poder que reside en la nación (art. 2, Constitución)—, está obligado a poner en manos del juez modelos de conducta claramente delimitados para que el Juzgador, en la labor de detectar la adecuación típica, pueda tener certeza de cuáles son las prohibiciones que el poder legislador ha querido demarcar. Esta actitud

(4) Como ejemplo, compárese la resolución dictada por el Juzgado Primero Penal (Caso 80-84 c/Guillermo Gutiérrez Rojas) con la resolución (sentencia) de las 17 hrs. de 10 enero 1984, delito de resistencia, Tribunal Superior Penal Sección I.

(5) Por razones de pertinencia no nos referimos acá al otro problema existente; la regulación, por parte del derecho, de actos que sólo incumbiría a la esfera personal y no al mundo de lo social.

legislativa posee trascendental importancia en un sistema de derecho penal como el costarricense, en el cual el legislador debe partir de bases reales para describir modelos de conducta; modelos claros, con límites precisos y en los que no existan, hasta donde sea posible, los detalles innecesarios.

c) Nótese cómo la tarea que estamos enunciando toca directamente con el problema de la función judicial. Si una de las funciones fundamentales del juez es la de detectar la adecuación típica, la existencia de un tipo abierto traerá siempre problemas que obstaculizan y tergiversan esa labor.

Sin pretender plantear a fondo un problema que no está a nuestro alcance, sobre todo por razones de la poca experiencia en el ejercicio de la judicatura, quisiéramos hacer algunas consideraciones sobre el tema, a manera de opinión personal:

Del paso del juez silogístico al juez moderno, mucho se ha señalado. El antiguo juez, mero manipulador de sanciones ha pasado a la historia, es cierto, pero el moderno juez no es la contrapartida.

El pensar que el juez contemporáneo no es un mero manipulador de sanciones no nos puede llevar a creer que, como posición reactiva, el juez puede interpretar la norma hasta tal grado que la modifique. De ahí que la doctrina moderna vea con suma precaución la utilización excesiva de elementos normativos.

¿Cuál es la labor del juez para que no sea un mero manipulador mecánico de sanciones? Sabemos que aquí no podemos contestar rotundamente esta pregunta, pero sí podemos señalar que un juez penal se encuentra siempre dentro de los marcos de la legalidad criminal y sus derivados, por lo que su actuación está constreñida a los límites mismos de la ley: la labor creativa del juez— a nuestro juicio, labor muy delicada e importante—, consiste en conocer claramente las circunstancias significativas del caso concreto, esto es, conocer de manera detallada la acción real y detectar si tal acción real encuadra dentro de la acción descrita por el legislador. Lógicamente, esta es una parte de la labor judicial, pues además el juez debe realizar el juicio de reprochabilidad. Nos interesa para lo que comentamos, únicamente la labor de focalizar la adecuación típica. Nótese por tanto, que la importancia de observar las descripciones legislativas en materia penal no se limita al mero cuidado abstracto de que se cumpla con un principio constitucional, sino al problema concreto de la aplicación de la ley penal, pues como lo mencionáramos más adelante, el tipo mal limitado otorga al juez, en última instancia, funciones de legislador, puesto que lo obliga a "declarar" cuál es la conducta que el tipo señala, cuando en realidad su función debería ser la de observar si entre la conducta que el tipo señalada y la conducta humana real existe una relación de identidad. Cuando un Alcalde de faltas y con-

travenciones tiene que juzgar con base en el art. 391, está finalmente decidiendo sobre la conducta prohibida, a nivel de legislador, porque necesariamente tiene, él solo, que decidir qué son "prácticas de brujería", qué es "civilización" o "buenas costumbres", con lo que la labor de detectar la adecuación típica se amplía a la de decidir si tal o cual actividad será o no práctica de brujería.

SEGUNDA PARTE: La observación del tipo objetivo (tipicidad legal)

Hemos caracterizado al tipo penal, como un instrumento legal que utiliza el poder estatal para prohibir conductas al conminarlas penalmente. Es por lo tanto, un instrumento que evidencia y delimita la prohibición y refleja, por ende, de manera exacta la zona o zonas protegidas, comúnmente llamadas bienes jurídicos.

De esta manera, es conveniente señalar ahora un procedimiento adecuado y eficaz para el análisis de la descripción legislativa de conductas amenazadas con sanción penal. Ya conocemos que el tipo no es algo plano que admite un mero análisis formal de elementos o partes constitutivas, análisis que nos llevaría a reconocer únicamente el valor filosófico o jurisprudencial o doctrinal (o todos o algunos de los términos), pero que dejaría una gran laguna en su conocimiento al impedirnos examinar y reconocer la calidad de la técnica legislativa, observada a la luz del artículo 39 constitucional. Asimismo tampoco constituiría un método idóneo para llevar a cabo la tarea de inducir de manera fácil y certera la norma subyacente y el bien jurídico que todo tipo supone.

Se hace justo en este momento reconocer que no resulta sencilla la tarea legislativa de crear tipos penales; no es un ejercicio fácil plasmar toda la plasticidad y variabilidad de las conductas humanas en una fórmula que, en principio, debe ser tan parca y sencilla como sea posible. De esta manera, el legislador necesita recurrir a las palabras más representativas, a conceptos que posean una carga semántica fuerte, de tal manera que especifiquen de modo concreto los datos necesarios de la acción que se quiere castigar, del sujeto activo y de la persona o cosa sobre la que recae la acción penalmente conminada.

Es por lo dicho que partimos de la idea de que el estudio de la descripción penal siempre hay que abordarla por partes, de modo que podamos desentrañar el valor semántico de los términos con los cuales se enuncian los elementos acción, sujeto y objeto recién mencionados; ya que la pregunta básica a resolverse será: ¿Qué quiere decir —porque de ahí sabremos qué quiere prohibir u obligar a hacer— el legislador cuando escribe...?

- Sujeto activ < determin - propv

Evidentemente tal cuestionamiento nos remite a las partes integrantes de la descripción penal.

I.—ACCION PROHIBIDA/ACCION DESCRITA:

Cuando el legislador prohibe una acción lo que hace es describir la conducta que a su parecer el grupo social no quiere que se realice, por considerarla de un alto valor lesivo para la convivencia organizada en ese momento histórico determinado (bien objeto de tutela jurídica); por lo tanto, para conocer la acción prohibida, lo primero que hay que considerar es el análisis de la acción descrita. Esto nos llevará a conocer la prohibición (norma antepuesta) y, por consiguiente, a identificar el bien jurídico tutelado.

El tipo, hemos dicho, trata de retratar la conducta humana en toda su plasticidad; de ahí que lo primero que debemos hacer es saber si el legislador tuvo cuidado en la escogencia de los verbos utilizados en la descripción penal.

Así, cuando una palabra cualquiera es de significación débil, se presenta como un término polisémico, es decir, con posibilidades polivalentes de sentido; esto nos lleva a concluir que la utilización de esta clase de verbos en los tipos penales dará lugar a descripciones con posibilidad de múltiples interpretaciones.

Supongamos, como ejemplo, una descripción en donde se señala la siguiente conducta: "El que obtenga". Notamos que la utilización de una palabra con la polisemia de "obtener" nos llevaría a castigar inimaginables acciones humanas. Si a la anterior frase agregmos "un provecho ptrimonial" como objeto material real de la acción, restamos amplitud a la acción al circunscribir un tanto el enfoque de lo prohibido: ya sabemos que se prohiben las conductas que aluden al patrimonio, y no a cualquier obtener. Sin embargo de no anotar a las anteriores frases el elemento modo "con perjuicio de otro", estaríamos creando un régimen de castigo al lucro.

Así la conducta "el que obtenga un provecho patrimonial con perjuicio de otro", se nos presenta más clara y con más univocidad que los ejemplos anteriores; pero todavía no alcanza el grado suficiente de claridad requerido. De esta manera podríamos encontrar en formas tradicionales de compra-venta sujetos beneficiados en relación directa con el perjuicio de otro, con lo que el legislador estaría prohibiendo una conducta que, de acuerdo con nuestro sistema de mercado, no le correspondería prohibir, ya que dentro de la libertad de comercio y transacciones con que juega nuestro sistema económico, el tipo de ga-

nancias y consiguientes "perjuicios", es parte del libre juego. Esta no es entonces la conducta que quiere el legislador, sino que es el provecho patrimonial obtenido con perjuicio de otro, pero bajo la circunstancialidad del engaño o error provocado por el sujeto activo.

Es necesario entonces agregarle al verbo polisémico "obtener", otros elementos accesorios: "inducir en error", y "por medio de artificios o engaños", para poder explicar lo que se quiere prohibir. Así obtenemos la actual figura del 216 "El que induciendo a una persona en error, por medio de artificios o engaños obtenga para sí o para un tercero un provecho patrimonial en perjuicio de otro".

Contrario al ejemplo anterior nos aparece la figura del artículo 111, también del Código Penal, en la que se utiliza una forma verbal con un alto valor semántico que le da dirección unívoca a la acción que se quiere prohibir. En este caso el legislador no necesitará utilizar ningún elemento accesorio para guiar la acción señalada por el verbo: "dar muerte" que solo significa quitar la vida, más que el de la mención del objeto material (personal en este caso: "Quien haya dado muerte"), para ser una descripción altamente cerrada, clara y delimitada.

De lo dicho se extrae que una descripción penal reflejará una correcta técnica legislativa en tanto prohiba en forma clara, delimitada y cerrada la conducta de que se trate, enunciando los elementos acción, sujeto y objeto de la misma; y eventualmente si así lo requiere la polisemia del verbo —núcleo del tipo—, los demás elementos necesarios —por ejemplo de modo—; pero pese a ello, cabe señalar que esta descripción penal no tendrá ningún valor real si el legislador no describe acciones que sean reflejo fiel de la realidad. Queremos decir con lo anterior que el legislador no debe inventar acciones delictuosas, sino describir fielmente aquellas que, realizadas por sujetos reales, causen un desequilibrio fundamental en la manera de convivencia de los individuos conformantes de una colectividad. En este sentido, remitimos a nuestros criterios expuestos sobre el concepto de acción penal(6), y, brevemente señalemos que el legislador no puede inventar acciones; o, dicho de otra manera, sí puede, tiene todos los poderes para hacerlo, pero no debe, si quiere dictar una sana legislación penal. La función legislativa dará poder para prescribir, por ejemplo, que los mayores de veinticinco años deban caminar sólo con la pierna y pie derechos, pero esto no es real, por una parte, y, por otra, habría que buscar la verdadera necesidad que motive tal prohibición.

(6) ISSA EL KHOURY (Henry). "Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción de Hans Welzel". Revista Ciencias Jurídicas No. 52. En abril 1985.

Así como se señaló, el legislador no debe utilizar términos ambiguos para señalar la acción conminada, tampoco deberá utilizar narraciones que estén fuera de la posibilidad de realización de los miembros de la colectividad.

II.—EL SUJETO ACTIVO:

El sujeto activo es el destinatario de la prohibición, conocido por el señalamiento que se hace en la descripción, de la persona o personas, determinada o indeterminada en sus calidades, que realiza la acción demarcada por el verbo típico.

Hemos de señalar, al igual que recién mencionamos en relación con la acción, que el legislador debe describir sujetos que existan verdaderamente en la realidad, esto es, que el sujeto típico sea un retrato claro del sujeto real, siempre posible realizador de la acción descrita.

La ley penal, en la mayoría de los casos, se dirige a todos los sujetos penalmente capaces y es por ello que en al mayoría de los tipos el sujeto activo no está particularizado, sino que se lo nombra con partículas gramaticales que generalizan, como por ejemplo "el que" o "quien". En estos casos en que se da la libertad de poder aplicar la acción descrita a la acción real de cualquier sujeto, hablamos del sujeto indeterminado.

El caso contrario ocurre cuando el legislador distingue un sujeto activo como portador de cualidades específicas. Debe interpretarse, en estos casos, que la prohibición es específica para grupos determinados de sujetos reales que por su función, sus cualidades biológicas o sus posiciones o profesión realizarán actuaciones socialmente perjudiciales. Dichas cualidades biológicas, laborales, jurídicas o funcionales que son demarcadas en la descripción, la especializan (tipos cualificados, delitos propios, entre otros nombres que reciben) indicándonos que la prohibición no será erga omnes. No nos extenderemos sobre este problema aquí, sino que lo retomaremos cuando analicemos el tema de los elementos normativos.

El último punto importante de constatar es si el señalamiento de la acción hace o no necesaria la participación de sujetos. Si el tipo señala de manera indeterminada al sujeto activo, interpretamos que tal acción puede ser realizada tanto por un sujeto como por varios; en tanto que si señala de manera plural al sujeto activo, tendremos que interpretar que para que se realice la acción se necesita más de un sujeto activo —participación necesaria, que da lugar a diversas nomenclaturas, entre ellas, la de delitos plurisubjetivos—. De todas maneras, sobre este respecto se debe tener especial cuidado o cautela al enten-

der el término que hemos empleado, a saber, "de manera plural"; esto ya que perfectamente un tipo penal puede señalar: "los que se apoderen de una cosa ajena" por ejemplo, sin que "los que", —en plural— indique participación necesaria. En muchas ocasiones habrá que acudir a todo el texto típico para interpretar si se necesita o no de más de un sujeto real para que exista adecuación típica.

III.—ELEMENTOS ACCESORIOS DEL VERBO:

Por lo que hemos señalado en el punto trasanterior, podemos concluir que los elementos accesorios del verbo son aquellos términos de la descripción que funcionan como encausadores de la acción, demarcándola y dirigiéndola de tal manera que evidencie la prohibición que motiva de descripción.

Se utilizan en las descripciones penales no solo para casos en que es necesario delimitar la acción señalada por un verbo altamente polisémico —como el mencionado en el punto A.—; sino también en los casos en que el legislador quiere agravar la acción prohibida, o atenuarla. Tal es el caso "por medio de veneno, insidiosamente suministrado" del artículo 112 inciso cuarto, que señala un medio para realizar la acción, compuesto a su vez por un modo de emplearlo, que hará más gravosa la sanción para aquel que a tal descripción se adecúe, con respecto a la acción simple de quitar la vida a otro, tipificada en el 111.

Así, ya sea para constituir la figura, para agravar la pena o para atenuarla (tipos colaterales calificados), el legisldor puede echar mano a una serie de elementos gramaticales que señalarán el *modo* o manera en que se debe realizar la acción ("el que induciendo a una persona en error..."); la circunstancia especial en que esta se lleva a cabo, que llamamos *ocasión* ("Si el hurto fuere cometido aprovechando las facilidades provenientes de un estrago, de una conmoción pública o en lugares de acceso público"), el *medio*, como en los ejemplos ya mencionados de la muerte por medio del veneno o de la obtención del provecho por medio de artificios o engaños, igualmente el tiempo en que se realiza la acción típica puede ser un elemento accesorio.

De este tipo de mecánica descriptiva o economía descriptiva surge la distinción que puede hacerse entre tipos básicos, como aquellos que describen la conducta de manera genérica y general, y los tipos colaterales, en relación con el básico, que elaboran especificaciones sobre la conducta descrita en el básico. Por ejemplo, el artículo 111 es básico en relación con el 112, 113, 114, 116 y 117 que aparecen como colaterales, toda vez que especifican, particularizan o resaltan aspectos de la acción, no contemplados en la generalidad de "quien haya dado

muerte a una persona"; si "una persona" ya no se presenta como sujeto pasivo (u objeto material personal) indeterminado sino como el cónyuge, el miembro de los supremos poderes; o si la vida es eliminada por medios como veneno o por móviles como el precio, o por el afán de ocultar la deshonra ,opor piedad; las gradaciones del castigo básico también varían.

De esta manera, los tipos claros, precisos y delimitados de los que hemos venido hablando, no lo serán sólo en el señalamiento de la acción, sino también en el de los medios, modos y demás circunstancias de esa acción, así como el señalamiento de la intención especial, cuando sea necesario evidenciarla, para efectos de constituir la conducta o demarcar cualificantes de un tipo básico .Nótese por ejemplo, la acción *abusare*, del tipo descrito en el 161; la necesidad de los elementos de modo "sin tener acceso carnal" y "deshonestamente" es evidente, dada la polisemia del verbo "abusar"; no obstante, el uso del modo "deshonestamente", únicamente se entiende en relación con el modo tener acceso carnal"; de otra manera, la amplitud del significado "deshonesto", nos llevaría, como jueces a aplicar la figura a otras modalidades de abuasr deshonestamente de otra persona, que no impliquen tocamientos lascivos; de otra manera, —es decir perscindiendo del primer elemento de modo—, podríamos encuadrar la conducta del exhibicionismo dentro de la genérica "abusar deshonestamente". En contraposición, obsérvese como la forma verbal "tener acceso carnal" del 156, se explica suficientemente por sí sola y por lo tanto lo único que debe indicarse son categorías que designen propiedades del sujeto activo (objeto material personal) o medios, para distinguir tipos colaterales como es estupro y el abuso deshonesto.

En síntesis podemos recalcar que la habilidad del legislador, entonces, en relación con la descripción de conductas que se quieren someter a sanción penal, radica en el hecho de saber seleccionar muy bien no sólo los verbos o formas verbales que va a utilizar para describir la acción, sino también los términos que va a utilizar para describir tanto los sujetos como los elementos accesorios del verbo (conformadores del núcleo), los normativos y los subjetivos.

IV.—OBJETO MATERIAL:

Hemos hablado ya, de soslayo, de los objetos hacia los que ya dirigida la acción. Son personas o cosas; de esta manera se habla de objeto material como nombre genérico ("objeto material del delito son las personas o cosas sobre los que recae la acción"(7), y se

(7) CASTILLO (Francisco), Folleto mimeografiado, Fac. de Derecho. Sin fecha de edición.

especifica el destinatario al mencionarse el adjetivo "personal" o "real". Así, "una persona" en el 111 es un objeto material personal y "cosa mueble" en el 208 es un objeto material real. La mención "sujeto pasivo", en nuestro criterio, es un nombre que señala la persona poseedora del interés penalmente tutelado, de ahí que el uso de este término no es pertinente dentro de un análisis como el presente.

Cabe señalar, que, por propia definición, el objeto material encauza la acción del verbo; el tipo por tanto necesita contener un verbo suceptible de tener objeto material, lo que en gramática se señalan como los verbos que admiten un complemento directo (verbos transitorios). Si no, el legislador podría penar acciones impersonales como llover.

Son elementos subjetivos del tipo la frase o palabra utilizada para describir una especial intención, motivación o deseo que tiene el sujeto activo para realizar la acción, que el legislador le interesa resaltar, sea para que se configure la acción, sea para agravar o atenuar la pena, en relación con un tipo básico que ya prevé la acción sin tal motivación.

En relación con lo que hemos mencionado del señalamiento de la especial intención o dolo específico, queremos hacer una puntualización: nosotros partimos de la idea básica de que el dolo se localiza en la acción típica; esto es, que cuando el legislador señala, por ejemplo como en el 111: "quien haya dado muerte a una persona", implícitamente está señalando la intención de matar, esto es: "quien *con esa finalidad* haya dado muerte a otro". No obstante el dolo general (genérico) que es la finalidad —pura y simple— de realizar la acción que se señala en el núcleo, siempre se presume en las descripciones típicas; no así la culpa que habrá que explicarla para que pueda ser aplicada (caso del artículo 117: "al que por culpa matare a otro"), en virtud de que la culpa no demarca la voluntad de la conducta sino la falta al deber de cuidado en la realización de la conducta.

Así, los elementos subjetivos del tipo no son sino direcciones especiales de esa finalidad general de realizar la acción; son elementos del tipo, porque el legislador ha tomado en cuenta en la descripción, tal particularidad, ya para que con ella se constituya el hecho delictuoso, ya p ara cualificar (como agravante o atenuante) la figura básica.

De esta manera, el elemento subjetivo señala la motivación, la finalidad que ha motivado la realización de la acción. Claramente, en las privaciones de la libertad que ha descrito nuestro legislador en el Código Penal vigente, se nos señala la direccionalidad a que nos referimos: Así, artículos 191, 163, 164, 165 y 215; en el primer caso

—191— se trata de castigar la conducta de privar a otra persona de su libertad, pura y simplemente, en tanto que en el ejemplo del 163, existe una finalidad o motivación especial que particulariza la privación de la libertad: con fines de matrimonio —165— o con fines libidinosos —163, 164—; y si la privación es con ánimo de lucro la figura será la del 215 del citado Código. No obstante, nuestro legislador quiso ser demasiado preciso en el caso del artículo 191, pues explicita que tal privación de libertad debe ser sin ánimo de lucro, alusión que sobra, puesto que otras figuras ya contienen o el ánimo de lucro o los fines libidinosos.

V.—ELEMENTOS NORMATIVOS:

En relación con los elementos normativos, el asunto es un tanto más complejo, si acudimos a la doctrina, toda vez que los criterios de señalamiento no son uniformes. Mayer, quien utiliza por primera vez el término, lo empleó para señalar los componentes de la descripción: "...que no tienen más que importancia valorativa determinada...', es decir, no ocupan un lugar, como elementos con función sino que tienen como característica ser términos con valor, valorados. Mayer los reconoce en el tipo como aquellos que no están en relación de causalidad con el movimiento corporal, y este es el punto de su reconocimiento: "...que la cosa sustraída sea ajena, no está causado por el ladrón; la difusión del hecho falso es la obra del difamador, no la falsedad de los hechos"(8).

Dice, por otra parte, Olesa Muñido: "Pero la figura penal hace, a veces, también referencia al ordenamiento jurídico y a sus instituciones y a conceptos de relación. Lo 'ajeno' no es una nota intrínseca al objeto, sino una nota de relación, una propiedad normativa fruto de la atribución del objeto a un sujeto y no a otro"(9).

Sin embargo con lo dicho no queda aclarado el problema, sino sólo planteado, puesto que lo básico de este asunto radica en que, cualquiera sea la definición que se dé, lo cierto es que la palabra valorada que se llama elemento normativo obliga al Juez a realizar una interpretación; y para interpretar el juez tiene que acudir o al Derecho, o a las "reglas de cultura", con lo cual el término elemento normativo no designa un contenido uniforme: se acude tanto a las normas

(8) MAYER. Cit. por Jiménez d e Asua. (Luis) *Tratado de Derecho Penal*, Losada S. A. Buenos Aires. Tomo III, p. 906.

(9) OLESSA MUÑIDO, *Estructura de la infracción penal en el Código Español* vigente, Ariel, 1971. p. 39.

jurídicas (elemento normativo jurídico) o a las culturas (elemento normativo cultural).

En relación con los normativos jurídicos, tenemos que en algunos casos el juez acudirá a la rama del Derecho de que se trate y la norma le dará el contenido de la palabra que requiere interpretar: tutor (artículo 185), documento público (artículo 357), etc. En otros casos, el legislador no ha definido los términos, sino que estos se buscan acudiendo a la doctrina y a la jurisprudencia: en Costa Rica es típico el problema del funcionario público; la doctrina general hace una clara distinción entre empleado público y funcionario público; pero la Ley General de Administración Pública no es clara.

Este hecho ha contribuido a que la jurisprudencia penal sobre el término en mención, no sea pacífica, así mientras algunos conciben al término funcionario público como un término penal, otros creen que es un elemento a definir por el Derecho Administrativo.

En relación con los elementos normativos culturales, son los que refieren al juez a zonas del quehacer humano, no normadas por el Derecho, pero sí por el grupo social cuya aprehensión puede ser a veces dificultosa, no desde el punto de vista intelectual, sino por la amplitud de posibilidades que estarán en relación directa con la cosmovisión del intérprete. Así honor, moral pública, buena fama, entre otras, podrían tener diversos significados reales en un mismo momento histórico, pero bajo diferentes ópticas de visión, según el núcleo social que lo observe o bajo cuyo ángulo de visión se observe.

Dice Jiménez de Astúa: "Por lo mismo que los tipos genuinamente normativos dan al juez instructor una función superior a la ordinaria, deben concebirse restrictivamente en salvaguardia del derecho penal liberal"(10); y Bettiol: "la presencia de elementos normativos en el hceho delictuoso plantea no sólo un problema de técnica legislativa, sino también de política. En verdad, con la introducción de los elementos que reclaman, por parte del juez, una valoración del todo particular, se amplían mucho los poderes discrecionales del juez, se llega a hacer un elástico de tipo delictivo"(11).

El uso de los elementos normativos adquiere una importancia fundamental en la tarea que estamos describiendo: la utilización obliga a una lectura a profundidad demasiado extensa en muchos casos, si entendemos por elementos normativos aquellos que admiten una valoración en relación con su significado. Esto es, términos que el legislador utiliza en la descripción y que el Juez debe leer a la luz de las ramas del derecho que definan dichos términos. Puede ocurrir, y el problema ahí es mayor, que haya que leer términos normativos a la luz de lo que las pautas culturales marquen en un momento histórico determinado.

(10) JIMENEZ DE ASUA, *Tratado,* Tomo III, p. 904.

(11) *Ibid.,* p. 905.

BIBLIOGRAFIA

BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la Teoría del Delito.* Editorial Juricentro. San José, 2da. edición corregida y actualizada, 1985.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal, parte general.* Temis-Ilanul, Bogotá, s.n.e., 1984.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y procesal.* Bosch. Barcelona, 2da. edición, 1977.

GRAF ZU DONA, Alexander. *La estructura de la Teoría del DelHito.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, s.f.e.

JESCHECK, Hans Reinrich. *Tratado de Derecho Penal, parte general.* Bosch, Barcelona, Trad. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, s.n.e. 1981.

JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho Penal.* Losada S. A. Buenos Aires, 4ta. edición actualizada, 1964.

OLESA MUÑIDO, Francisco F. *Estructura de la infracción penal en el Código Español Vigente.* Ariel, Barcelona s.n.e., 1971.

ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal* (tipos abiertos y elementos del deber jurídico). Depalma, Buenos Aires, s.n.e., 1979.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte general.* Depalma, Buenos Aires, s.n.e., 1956.

KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna.* Depalma, Buenos Aires, s.n.e., 1977.

ZAFFARONI, Raúl. *Teoría del delito.* Ediar, Buenos Aires, s.n.e., 1973.

ZAFFARONI, Raúl. *Manual de Derecho Penal,* parte general. 4ta. edición, 1985.

REFLEXIONES JURIDICAS Y POLITICAS SOBRE EL DERECHO A LA PAZ

Licda. Bárbara RODRIGUEZ ASSMAN
Abogada Costarricense

"PUESTO QUE LAS GUERRAS COMIENZAN EN LA MENTE DE LOS HOMBRES, ES ALLI DONDE DEBE CONSTRUIRSE LA DEFENSA DE LA PAZ"

Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz. AG/33/73, 15 de diciembre de 1978.

INDICE ANALITICO

I. DERECHO INTERNACIONAL Y PAZ

A. CONVENCIONES DE LA HAYA Y DE GINEBRA

Las Convenciones sobre el arreglo pacífico de las controversias de la Haya (1899 y 1907), "inician la lucha por la positivación de su jurisdicción antes de la Segunda Guerra Mundial"(1), contribuyendo al mantenimiento de la paz a través de la solución de las controversias por medio de la institución del arbitraje, en ese entonces un procedimiento esporádico y "ad-hoc", que luego devino de práctica usual a través del establecimiento de una Corte Permanente de Arbitraje. Finalmente el Pacto de la Sociedad de Naciones (28 de junio de 1919) estableció las vías jurídicas y políticas de arreglo pacífico de las controversias). A pesar de la tradición de La Haya, la misma no fue suficiente para desvanecer la tormenta de guerra en 1914(2).

Disposiciones adicionales sobre la solución pacífica de las controversias, estipuladas en el Protocolo de Ginebra (sobre el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, 12 de octubre de 1924) y el Acta General para el arreglo pacífico de las controversias (26 de septiembre de 1928), complementaron y fijaron la obligatoriedad del arreglo judicial en las controversias de orden jurídico, y procedimientos arbitrales para los que no lo fuesen.

No podríamos, dejar de inclui,r antes de analizar el sistema de arreglo pacífico de las controversias estipulado por la ONU, las innovaciones conceptuales que introduce el nuevo Derecho Humanitario, y sus

---

(1) Vid., en REMIRO BROTONS, Antonio. *"Derecho Internacional Público"*. Editorial Tecnos, España, 1982, p. 246.

(2) Se ha señalado como relevante en la institución del arbitraje internacional, el realizado sobre los reclamos de Alabama (Sept. 4, 1872), que señaló el inicio de un movimiento organizado por el arreglo pacífico de las disputas entre Estados. Para un análisis sobre el tema véase JESSUP C. Phillip. *"the price of international justice"*, Columbia University Press, 1971. La crítica al sistema anterior la esboza DE VISSCHER de la siguiente manera: "Las dos conferencias de la Haya se esforzaron en reglamentar las hostilidades... (de esta manera), vincularon sus acuerdos a una *técnica militar* cuya evolución había de reducir a la nada en pocos años los laboriosos compromisos establecidos entre la violencia y el humanitarismo". DE VISSCHER Charles D. *"Teorías y Realidades en Derecho Internacional Público.* Editorial Bosch, Barcelona, 1962 p. 322.

aportes a la protección de los derechos del individuo bajo situaciones de enfrentamiento armado.(3)

Posteriormente a las codificaciones de La Haya y a partir de la Segunda Guerra Mundial, en la comunidad internacional privaba el concepto de la guerra como medio de destrucción, reforzado por el uso y creación de la bomba atómica, de los efectos que provoca (6 y 8 de agosto de 1948, Hiroshima) y enfrentada a la afirmación de dos superpotencias que crean "un equilibrio del terror y el peligro de un conflicto latente como la negación de la humanidad.(4)

El paso del derecho tradicional al derecho moderno internacional, ha sido marcado desde 1949 por la adopción en la Conferencia Diplomática de Ginebra, de cuatro convenciones y dos protocolos sobre Derecho Humanitario que regulan el tratamiento del individuo frente al conflicto armado.

En 1977 se adoptaron los dos protocolos adicionales, uno sobre conflictos armados internacionales y otro sobre conflictos armados internos. En el seno de esas conferencias diplomáticas, se revisaron las normas adoptadas en La Haya en 1899 y 1907 en un intento de armonizarlas con las disposiciones vigentes de la Convención de Ginebra de 1949. Por lo tanto es válido afirmar que actualmente el derecho bélico se compone de estos sistemas normativos de origen convencional, cuyo mérito funcional ha residido en transformar las regulaciones "si mones" en normas exigibles y aplicables en cualquier conflicto bélico (por lo tanto erga-omnes), independientemente si el beligerante es o no parte de las citadas convenciones.(5)

---

(3) Los años 1921, 1930, 1948, 1957 y 1977 se consideran como las cinco grandes etapas en la evolución de la actitud de la Cruz Roja Internacional en lo que respecta a la paz. Así, MOREILLON, Jacques, *"Los principios fundamentales de la Cruz Roja, Paz y Derechos Humanos"*, Revista Internacional de la Cruz Roja, Julio-Agosto, 1980, p. 4. Ya en 1948 enla XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja (Res. 64), en donde se trazan un programa de acciones concretas que por su realización, favorezcan directamente a la paz". Ibídem p. 5.

(4) Vid., CASSESE, Antonio. *"Il diritto internazionale nel mondo contemporáneo"* Editrice Il Mulino, 1984, p. 284 y sigs.

(5) Se establecen además, varias distinciones jurídicas que luego pasan a formar parte del derecho tradicional, a.i. distinciones entre el combatiente legítimo y el civil, normas sobre el contenido de la represalia bélica, el castigo penal a los combatientes y el pago de una indemnización. "Sin embargo, la ejecución de tales ideas era siempre precaria e incierta, y de aplicación "si mones". CASSESE, Antonio, Supra nota No. 4, pag. 288 y sigs.

El carácter humanitario de la Convención de Ginebra establece inicialmente la protección de las víctimas de guerra, en un sentido amplio y su normativa se encuentra fijada en el contenido de las Convenciones de Ginebra de 1949 y luego afirmadas en el primer y segundo Protocolos de 1977, al crear los mismos, nuevas categorías de crímenes de guerra, ampliando considerablemente el derecho sustancial y por ende un derecho procesal avanzado para ejercer su protección. Los Convenios de Ginebra establecieron la obligación para cualquier Estado, independientemente de su status en un conflicto armado, de arrestar y procesar a los individuos acusados de violaciones graves al Derecho Humanitario y también la obligación de consignar a cualquier persona que haya violado estos principios en otro Estado interesado. Se establece el principio de *"la universalidad de la jurisdicción"*, como el deber de un Estado contrayente de procesar a una persona independientemente de la nacionalidad de la víctima o del reo, y del lugar en que se ha cometido el crimen. Es tal vez por lo "avanzado de la disciplina, que no ha sido muy observada en la práctica entre los Estados".(6)

Las Convenciones de Ginebra de 1949 establecieron la creación de Potencias Protectoras dentro del derecho internacional, creadas por medio de designación de cualquier parte beligerante, para salvaguardar los intereses y coadyuvar en el respeto de las normas de derecho internacional. El común acuerdo de los Estados es requisito previo de su gestión.

A pesar de los esfuerzos en este sentido, el segundo Protocolo de 1977 no ha contado con la fuerza necesaria para su implementación, debido a que excluye de la aplicación de las normas de Derecho Humanitario, a las situaciones de *tensiones internas*, por considerar que están ausentes los criterios de intensidad, durabilidad y complejidad, característicos de otros enfrentamientos bélicos.

En conclusión, el desarrollo de las normas de carácter humanitario, ha sido poco en relación al desarrollo de la violencia armada organizada. Los poderes militares importantes no han aceptado las restricciones generales de carácter humanitario inmersas en el derecho internacional, y solo han aportado "un mínimo de humanidad en el comportamiento de los Estados".(7) A pesar de lo anterior, se ha incorporado la idea del establecimiento de la paz, como elemento sustancial del marco de la ONU y de los principios de derecho internacional.

---

(6) Vid., CASSESE, Antonio, supra nota No. 4, págs. 308 y 309.

(7) Vid., CASSESE, Antonio. Supra nota No. 4, pág. 319.

B. *LA CARTA DE LA ONU* (26 de junio de 1945)

Uno de los principios establecidos por la Asamblea General de la ONU, que rige el derecho internacional y que regula la cooperación entre los Estados, es el establecido por el deber de la solución pacífica de las controversias, bajo la autoridad del Consejo de Seguridad(8) y que incluye el uso de *medios pacíficos,* de manera que la justicia, la paz y la seguridad no sean puestas en peligro.(9)

Este princiipo se encuentra contenido en la prohibición expresa del *uso de la fuerza,* del artículo 2, párrafo 4 de la Carta de las Naciones Unidas. Por lo anterior, los procedimientos de arreglo de las disputas por medios pacíficos y los instrumentos que las proveen, son de obligado análisis en el tratamiento de la paz, como supuesto de relación entre los miembros de la comunidad internacional.

I. PROHIBICION DEL USO DE LA FUERUA

Este principio obliga a los Estados miembros de la ONU a erradicar de sus relaciones internacionales, el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado. Este principio es de "jus cogens" y de acatamiento obligatorio aún para un Estado no miembro de la ONU.(10)

Dentro de este principio, los elementos "fuerza" y "agresión", son relevantes desde el momento en que producen efectos en la comunidad internacional. Cuando estos elementos se concretan en acciones específicas, el acto de fuerza u agresión es de revisión y competencia del

(8) Cuya participación ha sido por largo tiempo criticada y que puede resumirse bajo las siguientes líneas: "This method is more unworkable by a majority party within the Council than that of recomendations by the General Assembly. Any proposed action can be blocked not only by the veto of one of the permanent members of the (Security) Council but also by what amounts to a veto in the hands of any five of the six elective members". HOLCOMBE, Arthur N., *"A strategy of peace in a changing world"*. Harvard University Press, Mass., 1967, pág. 223.

(9) Resolución 2625 (XXV) Principio Segundo, Párrafo 1 en relación con el artículo 2.3 de la Carta de la ONU.

(10) Sobre este tema ampliar en MOSLER, Hermann *"The International Society as legal community"*, IV, 1974, Recueil Des Cours, Tome No. 140, 1976, pág. 283.

Consejo de Seguridad(11) que es el órgano oficial que dirime sobre el mantenimiento o restauración de la paz y la seguridad.(12)

Sin embargo hay situaciones (a.i. guerra civil), en donde la amenaza del uso de la fuerza no se encuentra en juego; existe entonces la tendencia de extender estos conceptos de *fuerza* y *agresión* y vincularlos al concepto de *peligro para la paz* internacional, sea a situaciones que impliquen la violación de los principios sustantivos de la Carta de la ONU.(13)

Las anteriores disposiciones han sido de controversial aplicación, sobre todo porque la definición misma de "fuerza prohibida" y "agresor" también lo han sido.(14)

(11) Debido a que el Consejo de Seguridad está integrado por las grandes potencias de nuestro siglo, sus deliberaciones han llegado *a un punto muerto.* Las críticas sobre la eficacia de su gestión, comenzaron cuando debido a la situación en Corea el 1 de agosto de 1950, la paz realmente estuvo en peligro y fue cuando el 3 de noviembre del mismo año, se aprobó la resolución 377 A (V) *Unidos para la Paz,* en donde se resolvía que ante la falta de unanimidad en el Consejo de Seguridad, la Asamblea General, supletoriamente haría recomendaciones, incluso sobre el uso de las fuerzas armadas. Concluyendo entonces que "si bien el Consejo tenía la responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, no la tenía de manera exclusiva...". REMIRO BROTONS, Antonio, supra nota 1, págs. 196-197.

(12) Vid., art. 39 de la Carta de la ONU, en relación con el art. 2 párrafo 7 del mismo instrumento (ref. Competencia del Consejo de Seguridad), en donde se consigna el principio general de no intervención en asuntos de jurisdicción interna de los Estados. El sistema fue discutido inicialmente en 1946 y 1947 sobre el régimen franquista en España y luego la intervención del Consejo de Seguridad en la independencia de Indonesia. Puede entonces concluirse que "el Consejo de Seguridad y la Asamblea General son competentes para conocer de los actos de guerra civil que impliquen una situación de amenaza dentro del país y que conlleven repercusiones que afecten la paz internacional". MOSLER, Hermann, Supra nota 10, p. 284.

(13) Ibídem pág. 285. Véase también el artículo 39 y siguientes de la Carta de la ONU sobre la competencia del Consejo de Seguridad en casos de amenaza a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión.

(14) Del significado de "fuerzas", contenido en el artículo 2, párrafo 4, de la Carta de la ONU, puede caber la interpretación de que abarca solo el sentido de "fuerzas armadas", o que también puede aplicarse a cualesquiera otras "medidas económicas, políticas como medidas de coerción sobre otro Estado". A pesar de que "el elemento internacional es esencial para la introducción de la *fuerza no armada"*, (así en REMIRO BROTONS, Antonio, supra nota 1, pág. 184) el Consejo de Seguridad se encuentra sofocado por el veto de uno de sus miembros permanentes "con frecuencia se han mostrado incapaces de decidir quién fue *el agresor.* Sobre el tema véase *UNION PRO PAZ,* en "Comisión, Económico y Social de las Naciones Unidas (XI Informe sobre la situación social en el mundo), marzo de 1985, pág. 261.

Fue hasta la Declaración de Principios de 1974,([15]) en donde se definen los actos de agresión, como efecto de "la agresión de un Estado que permita que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado, así como el envío por un Estado, o en su nombre, de fuerzas armadas, grupos insurgentes o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado". Estableciendo también la prohibición para los Estados o grupos de Estados de usar fuerzas armadas, aún localizadas en países extranjeros, "para invadir, ocupar, bombardear, o emplear cualesquiera armas contra el territorio de otro, incluyendo el bloqueo de sus puertos".([16])

Si bien el concepto de agresión ha sido discutido desde la Liga de los Naciones en 1933 y se han firmado un grupo de tratados bilaterales o multilaterales, tratando de definir la agresión, sus esfuerzos no han sido adecuados([17]) y han puesto en evidencia la falta de consenso internacional, que se produce aún más, al tratar de fijar, por un lado si en su definición ha de tomarse en cuenta "los propósitos de la agresión", —tesis sostenida por USA—, o si por otro, solo debe privar como decisivo "el primer acto de agresión"([18]), criterio que ha sostenido como principio la Carta de la ONU([19]). Las largas discusiones sostenidas en el seno de las comisiones de las Naciones Unidas, no han probado ser fructíferas en este aspecto.

Sin embargo, la aceptación del uso de la fuerza en los supuestos de *seguridad* colectiva y *defensa* por parte de los Estados, ha conducido

(15) En resolución 3314 XXIX del 14 de diciembre de 1974.

(16) Definición en Ibídem.

(17) Vid., MOSLER, Hermann. Supra nota 10, pág. 286.

(18) En este sentido véase también en GROCIO, Hugo. *"Del derecho de la guerra y de la paz"*, Editorial Reus, España, 1925, Tomo IV, XXVIII, pág. 260 quien se expresa así: "rompen la paz no los que rechazan la fuerza con la fuerza, sino los que son los primeros en hacerla".

(19) La Carta de la ONU establece que el primer uso de la fuerza que contravenga a la Carta está constituido "prima facie" evidencia de acto de agresión, sin embargo el Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta puede establecer que tal determinación no procede, debido al carácter de las *"circunstancias"* que lo provocaron, y el que las consecuencias del mismo *"no sean de gravedad"*. Vid., art. 2, inc. 7 de la Carta de la ONU y la Resolución de la Asamblea General, RES 3314 (XXIX de 14 de diciembre de 1974. En resumen, se han establecido, cuatro excepciones a la prohibición del empleo de la fuerza en las relaciones internacionales, las cuales incluyen: la acción individual o colectiva por los miembros de la ONU, la acción de las organizaciones regionales, acciones de un Estado que fue enemigo en la II Guerra Mundial, y la legítima defensa. Este "resumen" ha sido realizado por comentaristas de la Carta de la ONU". REMIRO BROTONS, Antonio, supra nota 1, pág. 184.

a situaciones de incerteza, sobre todo en el campo de las represalias ejercidas de previo al uso de estos últimos recursos. Si bien el principio establecido en la Carta, sobre la defensa colectiva o individual como derecho en caso de ataques armados, cualquier *"otro tipo* de violaciones contra otro Estado no justifican el uso de represalias armadas".([20])

Este principio, aunque aparece como aprobado en su generalidad, solo opera en la práctica y es dentro del contexto de la situación provocada, que se puede definir si el supuesto del ataque armado se ha llevado o no a cabo.([21]) Consideraciones adicionales se han establecido al tratar de definir la *defensa propia* y el *grado de peligro* a la seguridad colectiva, dependiendo del status internacional del grupo atacante y de su relación con el oponente, como criterios definitorios de guerra o de un asunto de competencia de la jurisdicción interna.([22])

2. *EL ARREGLO DE LAS CONTROVERSIAS*

En el artículo 33 y siguientes de la Carta, y sin indicar preferencia por ninguno, se señalan los medios y procedimientos que están a disposición de los Estados o grupos de Estados, dentro del marco de las Naciones Unidas y también se incorpora la obligación de dirimir los conflictos susceptibles de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, por medios pacíficos, en donde las partes deberán buscar una solución por medio de la negociación, mediación, conciliación, arbitraje,([23]) arreglo judicial, los recursos ante las agen-

(20) MOSLER, Hermann. Vid., supra nota 10, pág. 286 en relación con el artículo 51 de la Carta de la ONU.

(21) Sobre todo en las guerrillas de Medio Oriente, es objeto frecuente de controversia entre las partes oponentes, puesto que "de cualquir modo, es imposible que el Estado víctima de tales acciones no reaccione por medio de la fuerza". MOSLER, Hermann, supra nota 10, pág. 287. Así el Consejo de Seguridad ha condenado infructuosamente, las represalias de Israel contra sus vecinos Arabes.

(22) La falta de definición sobre los temas anteriores podría explicarse por el grado de politización vigente en las Naciones Unidas, "las decisiones tomadas por sus órganos, se alcanzan por mayoría de votos, que reflejan los compromisos políticos en vez de un sentido de justicia, y su posibilidad de sanción depende de las posibilidades prácticas de ejercer presión sobre los Estados". Ibídem.

(23) Debido al carácter vinculante para las partes, que tiene la institución del arbitraje, algunos autores lo incluyen en los instrumentos *"cuasi-judiciales"* de arreglo pacífico de las controversias. Así, BUERGENTHAL, Thomas y MAIER Harold, *"Public International Law"*. Ed. West, Minnesota, 1985, pág. 68. Véase los mismos autores en las páginas 68 a 73 para ampliar sobre el tema, las cláusulas internacionales de arbitraje, el "compromis", composición de sus tribunales y las leyes aplicables.

cias u organismos regionales, y cualesquiera otros arreglos por otros medios pacíficos que consideren pertinentes.

Los medios de arreglo pacífico de las controversias, solo pueden ser de ejercicio para aquellos conflictos que pusieren en peligro la paz y la seguridad internacional. Se han hecho varias críticas a lo anterior por un lado, no enfatiza el carácter predominantemente legal de la Carta al no hacer distinciones o poner algún énfasis en la conveniencia del arreglo judicial concediendo a las partes la escogencia sobre los medios de arreglo, hecho que le ha restado importancia, como órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas, a la Corte Internacional de Justicia,(24) por otro y a consecuencia de lo anterior, el sistema de soluciones jurídicas frente a la Corte, se ha debilitado aún más, reduciendo el ámbito de su competencia, solo a las controversias sobre la paz y seguridad, y excluyendo otras de carácter eminentemente legal.(25)

Las partes pueden entonces dirimir sus conflictos por cualquiera de las vías sugeridas, o hacer una mezcla de ellas,(26) sin embargo, sus soluciones deben enmarcarse dentro de la línea de paz; por ende las distinciones se operan en la escogencia de los dos grupos de medios para solucionar las disputas, las residenciables en el orden jurisdiccional, y las que no lo son.(27) El marco jurídico institucional de cada Parte ofrece un mecanismo alterno, no jurisdiccional, de arreglo de controversias y es de uso facultativo de las Partes.

---

(24) Establecida desde 1945, todos los miembros de la ONU son "ipso facto" partes. El ejercicio de su competencia contenciosa, requiere previa declaración de aceptación de la competencia, mientras que la opinión consultiva, se mantiene de uso restrictivo para organismos especializados de la ONU. Vid., BUERGENTHAL Y MAIER, supra nota 23, págs. 75 a 86. En Carta de la ONU, artículo 93.1 y artículo 96.2.

(25) En comparación con el artículo 13 de la Liga de las Naciones que facultaba a someter a la vía judicial o a arbitraje cualquier disputa legal entre los Estados. Adicionalmente la Corte Internacional enfatizó en el caso "North Sea Continental Shelf" (Judgement-I.C.J. Rep. 1969) la importancia de las negociaciones entre las partes... aspecto que ha venido en aumento, debido a que "los arreglos judiciales o arbitrales no han sido universalmente aceptados... y (han sido) definidos, solo como una alternativa". MOSLER, Hermann, supra nota 10, pág. 288.

(26) Una mezcla de negociaciones, mediación y conciliación se observa en la solución pacífica por estos medios, de conflictos y reclamos sobre violaciones de derechos humano. Vid, BUERGENTHAL y MAIER, supra nota 23, págs. 66 y 68.

(27) Definidas así por diferentes autores como: "justiciable o non-justiciable", BUERGUENTHAL y MAIER, supra nota 23, pág. 25. Como "justiciables y no justiciables" por DE VISSCRER, supra nota 2, pág. 368 y como "jurisdiccionales y políticos" por REMIRO BROTONS, supra nota 1, pág. 245.

Sin embargo, actualmente no todas las disputas que pudieran ser resueltas dentro del marco del derecho internacional, son apropiadas para un arreglo judicial. Algunas son situaciones que pueden ser cambiadas por medios pacíficos y no delucidadas en un órgano jurisdiccional, de ahí la conveniencia de la distinción de los medios adecuados para resolver los conflictos por vía pacífica.(28)

Independientemente de si la misma es residenciable o no en la vía jurisdiccional, su razón de ser depende de una serie de factores,(29) inter-relacionados con el desarrollo sustancial del derecho internacional, de la voluntad y presión política de los Estados.

Dividir los conflictos en justiciables o no, podría ser una manera de hacer más atractiva la instancia judicial, si se parte del supuesto de que "solo parte de la disputa podría ser solucionada por la vía judicial o los procesos arbitrales, mientras las partes preservan el derecho de finalmente arreglar el conflicto entre ellas... de esta manera se expanderá el área de lo que es justificable o judicial y se restringiría el panorama de lo político".(30)

Los elementos comunes del arreglo judicial y del arbitraje son: "la independencia de jueces y litigantes, las reglas objetivas que guían al juez al interpretar la ley, las reglas de procedimiento apropiadas al asunto en discusión y el carácter vinculante de la decisión judicial".(31)

Señalando las diferencias básicas entre ambos procedimientos, en el judicial, después del seguimiento de un procedimiento reglado, la decisión viene tomada por los jueces, nombrados por la Corte misma en garantía de imparcialidad, a diferencia del proceso arbitral, en que las partes tienen ingerencia en los aspectos sustantivos y procesales, lo mismo que en la designación de los jueces, que son nombrados por partes iguales por las Partes y la "imparcialidad es vista en relación con la integridad personal de los nominados".(32)

---

(28) Si lo requerido por las partes es el cambio de una situación existente en vez de clarificar la ley, el ordenamiento internacional podrá proporcionar una respuesta supletoria.

(29) Como "el desarrollo del derecho internacional, desarrollo de las organizaciones internacionales, y las relaciones especiales entre las partes y la presión de la opinión pública". MOSLER, Hermann. Supra nota 10, pág. 291.

(30) MOSLER, Hermann, supra nota 10, pág. 292.

(31) Ibídem pág. 292.

(32) Ibídem pág. 293.

3. *PROCEDIMIENTOS DE CONCILIACION*

Se encuentran a disposición de las partes que desean obviar el procedimiento judicial y reservarse el derecho de aceptar o no, el reporte de los miembros de la conciliación, pero a diferencia de los árbitros, su papel se limita a hacer recomendaciones a las partes.

Los procedimientos de conciliación también está contemplados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sobre todo en los casos de disputas sobre la invalidez, terminación o suspensión de los efectos del tratado, aspectos que deben contemplarse previamente a cualquier disputa que quieran plantear las partes "a posteriori", frente a los órganos jurisdiccionales competentes.

De previo se deberá solicitar al Secretario General de las Naciones Unidas, que lo elevará al seno de una Comisión de Conciliación, que señalará a las partes las medidas que pudieran facilitar un arreglo amistoso, y de ser necesario formulará y hará propuestas a las partes. Solo entonces, y si una de las partes alega que el tratado está en conflicto con una norma de "jus cogens", podrá ser sometida a la Corte Internacional de Justicia, si las partes no han decidido antes someter el caso a arbitraje.(33)

C.—*MANTENIMIENTO DE LA PAZ*(34)

La tensión existente entre la prohibición del uso de la fuerza, y la necesidad de un cambio hacia la paz fue intentado inicialmente por el Pacto de la Sociedad de Naciones(35), y en la Carta de Naciones Unidas(36), facilitando por medio de una serie de normas y resoluciones, "la negociación" sobre la inclusión de la paz, como derecho y presupuesto de la convivencia internacional.

---

(33) Véase el art. 33 de la Carta de la ONU en relación con el artículo 65 y 66 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

(34) El escepticismo vigente al respecto, puede ser expresado en las siguientes palabras: "The maintenance of peace is left too much at the hazard of the cheerless gloom or chance —a nervous radar operator misinterpreting a shadow of his screen, a mentally distraught bombardier dropping a bomb at the wrong moment, or a tragically misguided air force or balistic-missile command recepting a self imposed mission to bring intolerable suspense to an end." HOLCOMBE, Arthur N., supra nota 8, pág. 225.

1. *Liga de las Naciones*

Bajo el artículo 19 del Pacto de la Sociedad de Naciones, dos casos fueron sometidos, y en ambos no se alcanzó ningún resultado. Así la disputa entre Bolivia y Chile sobre la revisión del tratado de paz firmado en 1904, que confirmaba la ocupación de dos provincias bolivianas por Chile. Un comité de tres juristas fue nombrado para revisar los poderes de la Asamblea bajo el artículo 19, y la misma concluyó que la Asamblea no tenía poder para reformar ningún tratado y solo, el de aconsejar su reforma, bajo los supuestos de que el tratado hubiese devenido en inaplicable o sea "cuando los hechos existentes al momento de su conclusión, hubiesen sido afectados por cambios materiales y morales (de tal manera) que su aplicación hubiese sido imposible".(37)

El segundo fue en 1935, cuando China solicitó la revisión respecto de todas las potencias, de todos sus tratados vigentes en materia consular.

Concluyendo, hay que recordar que la Liga de las Naciones tenía como uno de sus principios básicos, la amenaza de la coerción como medio de mantener la paz (38), estableciendo un detalle restrictivo de "guerras legales", fuga del sistema que luego se trató de corregir mediante el tratado Briand-Kellogg, el 27 de agosto de 1908, que finalmente estableció una condenatoria a la guerra, como medio de solución de controversias en las relaciones internacionales.

---

(35) En el articulado de la Liga de Naciones, la Asamblea sometía a consideración de los miembros, los tratados que habían devenido inaplicables y consideraciones sobre condiciones internacionales, que en *su continuación*, podrían poner en peligro la paz del mundo. Vid., MOSLER, Hermann, supra nota 10, pág. 295.(Ref. artículo 19 ibídem). Subrayado nuestro.

(36) La Carta de la ONU en su artículo 14, encomienda a la Asamblea la facultad de hacer recomendaciones y consideraciones sobre los ajustes pacíficos de cualquier situación, al Consejo de Seguridad, que es el competente en la materia. Ibídem pág. 295.

(37) MOSLER, Hermann, supra nota 10, pág. 296.

(38) Lo que Woodrow Wilson y otros fundadores de la Liga de las Naciones, quisieron, fue poner una base moral al sistema de balance de poder, para mantener la paz. A pesar de sus grandes avances en la salvaguardia de la paz, no abandonaron el "principio básico de que la paz era para ser mantenida, por medio de la *amenaza de la coerción* sobre estados soberanos que planeaban hacer uso de su derecho legal de hacer la guerra". HOLCOMBE, Arthur N. supra nota 8, pág. 287. En la comunidad internacional actual, el "viejo mundo afirma la ley positiva de las Naciones, como instrumentos y símbolo de su pasada supremacía; mientras que en el "nuevo mundo" aparece la justicia, y la Carta establece y da expresión a las nuevas relaciones de derecho internacional". KÖLING B.V.A. *"International Expanded World"*, 1960, citado por JESSUP, Philip, supra nota 2, pág. 29.

2. *Sistema de la ONU*

El artículo 14 de la Carta de Naciones Unidas,(39) ha sido por su parte objeto de amplias discusiones en el seno de la ONU, sobre todo en lo referente a los principios de corresponsabilidad internacional en el mantenimiento de la paz.(40)

La Corte Internacional de Justicia en opinión consultiva (1962),(41) definió los poderes de la Asamblea General concedidos por el artículo 14, brindando así contenido a la palabra "medidas", que en el mismo artículo se menciona, como "algún tipo de acción", y señalando que el único límite que se impone a la Asamblea General es el establecido en el artículo 12 del mismo instrumento, que prohibe a la Asamblea General el recomendar medidas, mientras el Consejo de Seguridad esté resolviendo sobre el mismo punto, excepto que el Consejo así lo solicite.(42)

Podría entonces afirmarse que el tránsito hacia la paz, en sentido amplio, se ha logrado vía *resoluciones*(43) en la ONU, al hacer extensivo

(39) Franklin D. Roosevelt y los otros fundadores de las Naciones Unidas, progresaron en sus conceptos sobre la paz, al rechazar, a diferencia de la Liga de las Naciones, la idea de que los Estados soberanos poseen el derecho a hacer la guerra agresiva... La responsabilidad en mantener el orden internacional, compete a todos los Estados miembros y si bien todavía los Estados miembros "pueden alegar la guerra en supuestos de defensa, la guerra agresiva fue prohibida". HOLCOMBE Arthur, supra nota 8, pág. 288.

(40) Sobre todo inmediatamente después de la "guerra de 1947 referente a Palestina en conexión con la revisión de un tratado de paso con Italia; también en la V sesión en 1950, referente a la repatriación de prisioneros de guerra en la Unión Soviética y en la VI sesión, referente a Yugoeslavia y un enfrentamiento contra los poderes socialistas. Luego fue discutido varias veces en relación con la discriminación racial en Sur Africa, en la XX Sesión, el derecho a la auto determinación en 1960 y 1961". Así en MOSLER, Hermann, supra nota 10, págs. 297 y sigs.

(41) Resolución de 20 de julio de 1962, "Certain Expenses of the United Nations", citado por MOSLER, Hermann, supra nota 10, págs. 150 y 163.

(42) Artículo 14 en relación con el 12 de la Carta de la ONU. El art. 14 textualmente dice: "Salvo lo dispuesto en el artículo 12, la Asamblea General podrá recomendar *medidas* para el arreglo pacífico de cualesquiera situaciones, sea cual fuere su origen, que a juicio de la Asamblea puedan perjudicar el bienestar general o las relaciones amistosas entre naciones, incluso las situaciones resultantes de una violación de las disposiciones de esta Carta que enuncian los *Propósitos y Principios* de las Naciones Unidas". Lo subrayado es nuestro.

(43) Sin embargo respecto a las resoluciones y recomendaciones, vale la pena aclarar que "su utilidad práctica es contingente respecto de su *fuerza moral*, y después de su adopción por la Asamblea General, las fuerzas morales indispensables, tienen todavía que ser movilizadas y puestas en efectiva operación. HOLCOMBE, Arthur, supra nota 8, pág. 222.

el uso de los poderes de la Asamblea General, no solo cuando exista una amenaza a la paz, sino en cualquier situación, independientemente de su origen. Implementando estas resoluciones, varias declaraciones se emitieron en la búsqueda y para el establecimiento de la paz, como medio de la convivencia humana y llevó a las Naciones Unidas y a sus órganos a afirmar la paz como valor fundante de una nueva sociedad internacional en su *"Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz* de 1978(44) a consagrar la paz como *un derecho* exigible a todos y a los Estados, en su *"Declaración sobre el derecho de los Pueblos a la paz"*.(45)

Debido al carácter definitivo de un enfrentamiento nuclear, se ha establecido en ambas declaraciones el concepto de paz como concepto de valor atemporal y permanente "para las generaciones presentes y futuras...".(46)

II. *PAZ Y SOCIEDAD*

El concepto tradicional del individuo como "apéndice del Estado", fue superado después de la Segunda Guerra Mundial, con las múltiples declaraciones sobre las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas. Tales ideas fueron retomadas por el Presidente Wilson en su discurso del 31 de mayo de 1919, en la Conferencia sobre la Paz, en donde estableció la protección de las minorías, como la salvaguardia para la Paz y vehículo eficaz para mitigar las consecuencias de las divisiones de territorios y países, efectuadas en Europa por las grandes potencias.(47)

Posteriormente a la Segunda Guerra Mundial, la tutela internacional del individuo se sigue dando por medio de declaraciones aisladas, pero en conjunto, de un contenido amplio brindado no ya por el objeto de su protección, sino por la nueva dimensión del individuo como sujeto portador de derechos e intereses "de tal manera que el proclamar la inviolabilidad de los derechos fundamentales del hombre, conllevaba un medio eficaz de impedir que los horrores vividos, se repitiesen".(48)

(44) RES 33/73 "Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz", 15 de diciembre de 1978.

(45) RES 39/11 "Derecho de los Pueblos a la Paz", de 12 de noviembre de 1984.

(46) Ibídem supra nota 44.

(47) WILSON, Woodrow. League of Nations Official Journal, Special Suppl. No. 73, 1929, pp - 46-48, citado por CASSESE, Antonio, supra nota 4, pág. 323.

(48) Ibídem pág. 324.

A. *CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD*

Antes de 1949 la persecución por motivos políticos o raciales, no era ampliamente conocida aunque fuese dirigida contra la población civil del territorio ocupado.(49)

Posteriormente el Acuerdo de Londres (1945), que contenía el Estatuto del Tribunal del 8 de agosto de 1945, definió el crimen contra la humanidad como "el asesinato, el exterminio, la deportación, la reducción a la esclavitud y a cualquier otro acto inhumano contra cualquier población civil, persecución por motivos políticos, raciales o religiosos y cualquier otro crimen opuesto a la jurisdicción del Tribunal (como los llamados crímenes contra la paz), o sea los crímenes de guerra que violen o no el derecho interno del país en que está el Estado"(50) Los crímenes contra la paz, fueron redefinidos el 15 de setiembre de 1978, en la 85ava Sesión Plenaria de la Asamblea General así: "una guerra de agresión, su planificación, preparación o iniciación, son crímenes contra la paz y están prohibidos por el Derecho Internacional"(51)

De lo anterior se define el derecho a la paz, por su misma negación, el crimen contra la humanidad, que se vincula a su definición, (1978), como un comportamiento que implica un acto de agresión, y por lo tanto lesivo a los intereses de los otros Estados y violatorio de los principios generales de justicia, "pero no es simplemente un crimen contra el derecho internacional, sino que al violentarlo, se realiza la intención de dañar y perjudicar a la comunidad internacional de ahí su definición como "crimen contra la paz". El proceso y sentencia de Nuremberg (1 de octubre de 1946), además de señalar el desarrollo de un régimen jurídico de protección al individuo y por en ende de la humanidad,(52) puso en evidencia dos aspectos importantes respecto al

(49) El artículo 46.1 del Reglamento anexo a la Cuarta Convención de La Haya de 1907, se limitaba a prescribir que el honor familiar, el derecho a la vida, la propiedad privada y las convicciones religiosas y de culto debían respetarse. Vid., CASSESE, Antonio, supra nota 4, pág. 325.

(50) CASSESE, Antonio, supra nota 4, pág. 326.

(51) "Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz". Vid., en nota 44, pág. 2.

(52) Posteriormente al Acuerdo de Londres (1945), el tratado de paz firmado entre Italia, Rumania, Hungría, Bulgaria y Finlandia específicamente condenan el *crimen contra la humanidad*. El 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General adoptó por unanimidad una Resolución que reafirmaba los principios del Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg y el 19 de diciembre de 1948 adoptó la Convención sobre Genocidio vigente para tiempos de guerra y de paz. Finalmente el 12 de agosto de 1949 una conferencia diplomática aprueba las cuatro Convenciones de Ginebra, sobre Derecho Humanitario.

pensamiento de la comunidad internacional: a) la tendencia de "alargar" o extender los actos que se consideraban de competencia interna, hacia el ámbito internacional, enmarcándolos como actos que violentan al ser humano en primera instancia y luego a la humanidad entera y b) el que los Estados en sus disposiciones de derecho interno podrían estar contraviniendo principios humanitarios, olvidando así que el destinatario último de su normativa es el individuo.

Posteriormente a este proceso,(53) una serie de normas internacionales vienen a reafirmar el sentido de colectividad y solidaridad de la comunidad internacional, dentro del concepto de la búsqueda de la paz y respeto de la dignidad humana, como supuestos de convivencia mundial. Por lo tanto, los intentos de definir la paz, no deben partir de un criterio negativo y definitorio, como "la mera ausencia de guerra, fría o caliente".(54)

Podríamos intentar una definición de la Paz como "una forma política en la cual los conflictos de interés se ajustan por la razón, sin mezclar la violencia organizada o intimidación; y además son fortalecidas por la paciencia hasta tanto los métodos racionales de ajuste puedan ser empleados efectivamente".(55)

B. EL DERECHO A LA PAZ COMO UN DERECHO DE LA HUMANIDAD(56)

El proceso de distensión económica y política,(57) iniciado después de la Segunda Guerra Mundial, acompañado del conjunto de declaraciones y normas de derecho internacional emitidas para, y por la

(53) El Tribunal de Nuremberg en sus consideraciones (Párrafo 37), estableció que la categoría de *"crímenes contra la paz"*, era catalogada dentro de la máxima "nulum crimen sine lege", y no constituía un límite a la soberanía, sino un principio general de justicia. Citado por CASSESE, Antonio, supra nota 4, pág. 327 de *"Speeches of the Chief Prosecutor at the close of the Case against the Individual Defendants"*, London, 1946, pág. 63.

(54) HOLCOMBE, Arthur N., supra nota 8, pág. 323. Y en ibídem "hablamos de guerra fría en vez de *"paz fría* o *paz caliente"*, tanto la guerra fría como la "guerra caliente", son objetables no por sus esfuerzos, sino por el uso de armas que provocan pérdidas y sufrimiento innecesarios".

(55) Ibídem pág. 232.

(56) También analizado en el aparte II-A de este trabajo.

(57) Por ejemplo la Resolución de la Asamblea General del 14 de diciembre de 1960, No. 1514-XV, sobre la concesión de la indepencia a los países y pueblos coloniales.

protección de la dignidad del hombre,(58) tiene como consecuencia la voluntad internacional de atesorar la paz y tutelarla como derecho del hombre. Mayor conciencia tiene la comunidad internacional, sobre la relación del individuo con el mejoramiento o la destrucción de su medio ambiente y de la posibilidad de un holocausto nuclear.(59) El desarrollo normativo sobre el derecho del hombre y el derecho a la paz, iniciado después de la II Guerra Mundial es entonces complementado por la elaboración en el seno de conferencias especializadas, de una doctrina acorde con la protección de ambos derechos.

La creciente necesidad de incorporar el derecho a la paz y la cooperación internacional como parte de los principios vigentes de Derecho Internacional, es finalmente plasmada por la Asamblea General de la ONU en 1970(60), y los preparativos para una conferencia de desarme son aprobados en 1973 por la Asamblea General.(61) Posteriormente se firma la "Declaración sobre la afirmación y consolidación de la distensión internacional" el 19 de diciembre de 1977,(62) complementado en esta forma la "Declaración universal de los derechos de los pueblos" emitida en Argelia (1976) y adoptada como un acto privado en un contexto de relaciones transnacionales, pero que se constituye en un elemento político de promoción de la autodeterminación, desarrollo de una identidad cultural y de la soberanía de los recursos naturales.

En diciembre de 1978,(63) Naciones Unidas "reafirmando el derecho de las personas, los Estados y toda la humanidad a vivir en paz", emite la "Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz". En ella se consigna, 1ero. el *respeto de los derechos humanos,* como de interés común de la humanidad, 2do., se establece la prohibición a la comunidad internacional, de *planificar, preparar* o *iniciar* una guerra de agresión, elementos que reputa como constituyentes de "crímenes contra la paz".(64), 3ero., el deber de cooperación de los Estados en las medidas que conduzcan al estímulo de los ideales de paz, humanismo y libertad y 4to., se señalan como los instrumentos básicos para el mantenimiento de la paz, por un lado, eliminar la amenaza de la carrera armamentista y por otro los esfuerzos para un desarme general y completo.

(58) Véase "in extenso" en Sección III, Paz y Derechos Humanos.

(59) Medidas preventivas se han enunciado a través de las siguientes declaraciones: Asamblea General, RES No. 1653/XVI de 24 de noviembre de 1961, en donde se aprueba la *Declaración de Proscripción del uso de armas atómicas,* el Tratado de Moscú (5 de agosto de 1963) y el Tratado de no proliferación de armas nucleares (1 de julio de 1968). Otras resoluciones y declaraciones sobre el tema pueden estudiarse en el Aparte V, A-B, en donde se analiza el desarme y la desnuclearización.

(60) El 24 de octubre de 1970, Resolución 2.625/XXV, en donde la paz y la seguridad internacionales son opuestos al disvalor de la agresión armada. (Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados).

(61) Resolución 3138/XXVIII.

(62) Resolución 32/155.

(63) Resolución 33/73, supra nota No. 44.

C. *PAZ Y DEMOCRACIA*

El establecimiento del derecho de las sociedades a vivir en paz, es complementado en 1984 por la *"Declaración internacional sobre el derecho de los Pueblos a la paz",*(65) cuya garantía es una obligación fundamental de cada Estado, el cual deberá asegurar las medidas complementarias y necesarias a nivel interno, para el ejercicio de la paz dentro de un marco político adecuado a tales fines.

A nivel interno, el marco político se sucede con la democracia, como vía hacia la paz. La misma brinda en su contenido, la realización de los valores de libertad, desarrollo, justicia social y solidaridad. Frente a este quehacer político, a nivel internacional las relaciones se "humanizan",(66) al adquirir el individuo una dimensión nueva, de validez internacional. La búsqueda de la paz como presupuesto de las relaciones internacionales, le da contenido a la solución pacífica de las controversias, establecidas de ya, en el ordenamiento internacional desde 1945.

La paz y la democracia se encuentran en una correlación dinámica y en un "nivel de influencia recíproca, estableciéndose como dos *valores de tensión",*(67) entre los otros valores sociales. La paz se establece como

(64) Definido también como un "crimen contra la humanidad". Véase el aparte II-A de este trabajo.

(65) Que textualmente dice: "L'Assemblée générale adoptait le 12 novembre 1984, par 92 voix pour et 34 abstentions, la présente Declaration reaffirmant le devoir des Etats de respecter le droit des peuples a la paix, enjoignant les Gouvernements a redoubler leurs efforts vers l'élimination du recours a la force, la lutte contre les menaces de guerre nucléaires et le reglément pacifique des différends internationaux sur la base de la Charte des Nations Unies". RES 39/11 12 de noviembre de 1984 (57 Sesión Plenaria).

(66) Así en PAPISCA, Antonio. *"Ordre de paix et democratization des institutions",* en el libro "Droits des peuples droits droits de l'homme". Editions du Centurion, París, 1984, p. 137.

(67) PAPISCA, Antonio, supra nota 66, pág. 137.

valor fundante y fundado de la democracia "...como sistema de explicación y de justificación del poder... de estrechos lazos con el Estado de Derecho...".(68)

Dentro de tal perspectiva, la paz y la seguridad internacionales, adquieren una diferente significación, en donde los principios de solidaridad por la paz, adquieren concreciones a nivel internacional, (a.i. en la Declaración de la Asamblea General para el "fortalecimiento de la seguridad internacional" de 1970 y luego en el marco del Acta de Helsinki.(69)

III. *DERECHOS HUMANOS Y PAZ*

Es desde el momento en que la paz surge en el seno del ordenamiento internacional como valor fundante de las relaciones entre sus miembros, en que se hace necesaria la incorporación procesal al sistema de mecanismos de solución pacífica de controversias, y surgen al mismo tiempo instrumentos que recogen el respeto de los derechos del hombre. Por lo anterior, el movimiento por la paz, declarado inicialmente en la Carta de Naciones Unidas es fortalecido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de mayo de 1948,(70) como criterio unitario y universalmente válido, de los derechos que le asisten al individuo como persona, como ciudadano inserto en un proyecto político social.(71)

(68) HAURIOU, André. *"Derecho constitucional e instituciones Políticas"*. Ediciones Ariel, España, 1970, págs. 330 y 334.

(69) El Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridda y la Cooperación en Enropa", fue firmada en Helsinki, el 1 de agosto de 1975, por 33 naciones europeas, así como Estados Unidos y Canadá. Los Estados se comprometieron a respetar los derechos y deberes establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Dividida en partes, la parte I, versa sobre las cuestiones relativas a la seguridad en Europa, en donde se elaboran, además de medidas concernientes al desarme, una *"Declaración de Principios Rectores de las Relaciones entre Estados Participantes,* que es una colección de 10 principios, entre los cuales se encuentran el arreglo pacífico de las controversias, la igualdad de soberanía, derechos humanos, la libre determinación, la cooperación de los Estados y el cumplimiento de buena fe de las obligaciones de derecho internacional. El tema se puede ampliar en: BUERGENTHAL, Thomas y HALL Judith R. *"Derechos Humanos, Derecho Internacional y el Acuerdo de Helsinki"*, Edisar S.R.L. 1977.

(70) La Carta Internacional de Derechos Humanos de Naciones Unidas, está formada por la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo de este último Pacto. Todos entraron en vigencia en 1976. Para un estudio complementario sobre el tema, véase HENKIN, Louis, *"The International Bill of Rights"*, New York, 1981.

A. *VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS Y PAZ*

A partir de este momento, logra entonces importancia el eliminar del "dominio privado" de los Estados y de su jurisdicción interna, las violaciones a los derechos humanos. La ONU va a justificar su intervención aduciendo que estas violaciones "flagrantes y masivas" constituyen una amenaza a la paz y a las relaciones amistosas entre los Estados"; se afirma entonces que "el respecto de los derechos del hombre es un medio para garantizar la paz".(72)

Por lo tanto, "la manera en que un Estado trata a sus propios ciudadanos no es cuestión de competencia nacional, a menos que el Estado haya contraído obligaciones jurídicas internacionales que rijan tal tratamiento.(73) Sin embargo, casi todos los Estados son partes de la Carta de la ONU y están obligados por sus disposiciones en materia de Derechos Humanos y se comprometen a tomar medidas individuales y colectivas que promuevan "el respeto y la observancia universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión".(74)

(71) Así en el Considerando 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que textualmente dice: "Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un *régimen de Derecho,* a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión". (Subrayado nuestro).

(72) Vid., CASSESE, Antonio, supra nota 10, pág. 335. "Si los Derechos Humanos fuesen siempre cuestión de jurisdicción interna y nunca asunto propio de atención exterior en ninguna de sus formas, las disposiciones de la Carta de la ONU, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los muchos convenios y pactos internacionales, e incontables actividades, resoluciones y acciones de la ONU y otros organismos internacionales, serían "ultra vires". Vid., HENKIN, Louis. *"Derechos Humanos y Jurisdicción interna.* En el libro de BUERGENTHAL y HALL, supra nota 69, pág. 38.

(73) HENKIN, Louis, supra nota 72, pág. 39.

(74) Véanse así las condenatorias sobre el apartheid en Namibia y las violaciones de derechos humanos en Chile. Criterios que fueron fortalecidos por la actuación de la Comisión de Derechos Humanos, que con la aprobación de la Asamblea General, investigó varios casos de violaciones de derechos humanos, entre ellos el caso de Chile que suscitó una condenatoria general por parte de la Asamblea General. Véase así en Resolución 3219 (XXIX de 6 de noviembre de 1974) y Resolución 32/124 del 16 de diciembre de 1976. Citados también por SCHWELB, Egon., *"The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter"*. American Journal of International Law, No. 337, 1972.

Los Estados en general han respaldado el punto de vista de que "un régimen sistemático de graves violaciones de los derechos humanos es actualmente una violación del derecho internacional y de las obligaciones emergentes del mismo, si es practicado por cualquiera de las partes de la Carta de la ONU, y aún tal vez, por no miembros".(75)

Posteriormente el Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, (1975), en su parte I, sobre "Cuestiones relativas a la seguridad de Europa", elabora como uno de los principios rectores, el respeto por los Derechos Humanos,(76) al igual que el arreglo pacífico de las controversias, la no intervención en los asuntos internos de los países y la igualdad de soberanía, estableciendo una vez más el que, el respeto por los Derechos Humanos por parte de todos los países signatarios, es indispensable para la *"distensión,* y es un aspecto ínsito en la misma distensión",(77) realizando de esta manera el trinomio: *seguridad-derechos humanos-distensión,* como un propósito firme de las naciones partes del Acta Final de Helsinki.

La relación paz, democracia, y derechos humanos, se establece como un "continuo proceso creativo para la preservación y continuidad de las naciones".(78) Los esfuerzos por asegurar la paz como valor, como derecho, como medio y como fin, la ha elevado a niveles suprapositivos, frente al disvalor de la guerra,(79) donde en similitud de categorías, se ha encontrado con los derechos humanos, como valor fundamental de la sociedad.(80)

El Derecho a la Paz, como medio de convivencia de la sociedad internacional,(81) y su ubicación en el marco teórico de los derechos

(75) HENKIN, Louis, supra nota 72, pág. 40.

(76) Ampliar sobre los derechos humanos y el derecho ala paz, como principios de "jus cogens", URIBE VARGAS, Diego, *"La tercera generación de Derechos Humanos y la Paz",* Ed. Plazay Janes, Colombia, 1983, págs. 38 y sigs. Sobre el acta de Helsinki, vid., Nota 69.

(77) HENKIN, Louis. "Derechos Humanos y Jurisdicción Interna". Supra nota No. 72, pág. 57.

(78) GUCWA, Stanislaw. En Conferencia de Varsovia, 4-6 de julio de 1980, "Derechos Humanos y Paz", pág. 15.

(79) La ausencia de guerra a nivel internacional es una condición primordial... "de la realización completa de los derechos y libertades fundamentales del hombre". RES 39/11 de 12 de noviembre de 1984, *"Declaración del derecho de los Pueblos a la Paz"* en Documents Juridiques Internationaux Vol., 4 No. 1 Janvier 1985.

(80) Vid., VAN BOVEN Theodor. *"Criterios distintivos de los Derechos Humanos"* en VASAK, Karel, "Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos", Ediciones Serbal/Unesco, 1984, pág. 78.

(81) CASSESE, Antonio. Supra nota 4, pág. 355.

humanos, ha llevado a afirmar que el respeto de los derechos humanos es una condición para la paz, cuya violación (crímenes contra la paz), es atentatoria de los principios básicos de convivencia de la comunidad internacional.(82)

B. *DISTINCIONES DEL DERECHO A LA PAZ COMO DERECHO HUMANO*

En el ordenamiento internacional actual, la exigencia de la afirmación de ciertos derechos esenciales de la convivencia inter-estatal, cuyo *sujeto titular es la humanidad,* como son el derecho a la paz, al medio ambiente sano y al patrimonio común de la humanidad y al espacio ultra terrestre,(83) hace que todos los Estados tengan un interés jurídicamente relevante a que se respeten estas normas "erga omnes", "independientemente de la situación jurídica sustancial".(84)

Al desarrollo de los derechos fundamentales del individuo, "cuya validez no depende de la aceptación por parte de los sujetos de derecho, sino que están en la *base* de la comunidad internacional,(85) se han

(82) Cuya violación más flagrante es la guerra, que constituye uno de los crímenes contra la paz". Así en RES 33/73, Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz. Supra nota No. 44.

(83) Llamados también derechos de la *solidaridad,* derechos colectivos, o derechos humanos de la 3era. generación, varias declaraciones y resoluciones de la ONU, muestran su desarrollo en el ordenamiento internacional: Manifiesto de Varsovia sobre el derecho a la Paz, (1980). Derecho al Medio Ambiente (Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, junio 1972) y sobre el mismo tema la Declaración de Nairobi (18 de mayo de 1982); Sobre el patrimonio común de la Humanidad, est an el Tratado sobre la Antártida, (diciembre de 1959), Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración u utilización del espacio ultraterrestre, Resolución de la ONU en la 89ava., sesión plenaria de 15 de diciembre de 1979 encomiando a los Estados a firmar un acuerdo que regiría las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes, el cual fue firmado en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. La Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de París (1972), aprobada por la ONU en sus sesiones plenarias, Nos. 32 y 33 del 16 de diciembre de 1972). La Declaración de Principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, (ONU, 1970). La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (20 de julio de 1979). (Vid., textos de estos instrumentos en URIBE VARGAS, Diego, supra nota 76, págs. 83 y sigs. Se incluye también el Tratado sobre el Derecho del Mar. (10 de diciembre de 1982).

(84) LATTANZI, Flavia. *"Garanzie del diritti dell'uomo nel Diritto Internazionale Generale".* Instituto Di Diritto Internazionale dellUniversita i Roma), Milano, Giufree Editore, 1983, pág. 109.

(85) VAN BOVEN, Theodor., Supra nota 78, pág. 78.

venido sumando otros derechos igualmente relevantes, pero surgidos "a posteriori" de las anteriores declaraciones sobre Derechos Humanos, provocando una lenta adopción en su tutela, y por su nacimento, han sido denominados derechos humanos de la Tercera Generación,(86) o Derechos de la Solidaridad,(87) entre los cuales se incluyen el derecho a la paz, derecho al desarrollo, derecho al medio ambiente, y el derecho al patrimonio común de la humanidad.(88)

El Derecho a la Paz, podría definirse en cuanto a su ubicación histórica, como un derecho humano de la tercera generación, o derecho de la solidaridad, y por lo tanto tiene las características, en cuanto al tiempo de su aparición de "no pertenecer ni a la tradición individualista de la Primera Generación, ni a la tradición socialista de la Segunda... se encuentra al comienzo de un proceso legislativo, que le permite ser aceptado como derechos del hombre en el curso de los años por venir".(89)

Sobre su *oponibilidad* y los *sujetos legitimados,* el derecho a la paz es "oponible al Estado y exigible a él, y en consecuencia, no puede ser realizado, sino por la acción solidaria de todos los actores del juego social: Estado, individuo y otras entidades públicas y privadas".(90)

---

(86) "La Primera Generación la constituyen, los del catálogo de derechos civiles y políticos enunciados en la Revolución Francesa"; la Segunda Generación, vienen a operarse desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, culminando con las Declaraciones sobre Derechos Humanos de la Segunda Guerra Mundial... Frente a la disputa entre ambos, se ha establecido el criterio unitario de que la vigencia de unos y otros, refleja el *mínimo de prerrogativas del ser humano...".* URIBE VARGAS, Diego. Supra nota 76, págs. 30 y 31.

(87) Vid., VASAK, Karel, citado por URIBE VARGAS, Diego. Supra nota 76, pág. 22.

(88) Sobre el desarrollo cronológico de los mismos, véase supra nota 83. También ha adquirido rango de tratado internacional, "La Convención sobre todas las formas de discriminación de la mujer", (1979). Recientemente se ha abierto a firma la "Convención contra la Tortura y Otros Tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", (Proyecto de Naciones Unidas, aprobado por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1984), y la "Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura", (Proyecto de la OEA, aprobado mediante resolución de la tercera sesión plenaria, celebrada el 9 de diciembre de 1985).

(89) "Avant Project de Troisieme Pacte des Droits de L'Homme relatif aux Droits de Solidarité. Chapitre III. (Documento de Trabajo de la Conferencia de Aix de Provence, 1981), citado por URIBE VARGAS., Diego, supra nota 76, pág. 34.

(90) URIBE VARGAS, Diego, supra nota 76, pág. 34.

Siendo el derecho a la paz, el "derecho síntesis",(91), es decir que da vigencia y entorno a todos los demás derechos del hombre, consideraciones sobre su relación como *derecho individual o colectivo*(92) y su insersión como efecto del respeto a los demás derechos humanos, han sido de obligado estudio en la *doctrina,* complementaria al derecho a la paz, que ha surgido de forma paulatina emanada de numerosas conferencias internacionales.(93)

C. *COMO DERECHO INDIVIDUAL Y COMO DERECHO COLECTIVO*

Las proclamas y medidas de la ONU, han requerido del establecimiento de una serie de garantías para estos derechos, paso que ha necesitado de la elaboración del derecho a la paz como derecho humano, y su ubicación teórico-doctrinaria como derecho individual y/o derecho colectivo.

Al respecto el Profesor Louis Pettiti,(94) ha elaborado un esquema de estudio del derecho a la paz, compuesto de cuatro aspectos: el derecho a la paz visto como derecho individual en el nivel nacional y en el nivel internacional, y también como derecho colectivo en el nivel interno y en el internacional.

El derecho a la paz, como derecho individual, a nivel interno es al mismo tiempo un derecho privado y un derecho público para el individuo,(95) como derecho privado, se ubica en el derecho a manifestar las objeciones de conciencia provenientes de las creencias filosóficas o religiosas del individuo, o simplemente el rehusar ciertas actividades del servicio público. Como derecho público, se manifiesta en el derecho

---

(91) URIBE VARGAS, Diego. Supra nota 76, pág. 36.

(92) En sentido contrario, algunos autores opinan que los derechos colectivos "por excelencia son los de las minorías". VAN BOVEN, Theodor, en VASAK, Karel, supra nota 78, págs. 95-96.

(93) En las Conferencias de Oslo, (Diciembre 1978, de Compobello (Agosto 1979), Varsovia (julio de 1980), en Aix de Provence (Agosto de 1981) y Hyde Park, (New York, julio 1982) y en el Simposio sobre Consenso y Paz (31 de marzo de 1980).

(94) En Conferencia de Varsovia, sobre Derechos Humanos y Paz, 1980, en documento final de Trabajo, pág. 36. El derecho a la paz es considerado al mismo tiempo como un derecho "pasivo", que pertenece al individuo, y exigible frente a otros y "colectivo", cuyo titular es la sociedad.

(95) PETTITI, Louis, en "The Third Annual Armand Hammer Conference on Peace and Human Rights-Human-Rigths and Peace. Varsovia, Polonia 4-6 de julio de 1980, pág. 37.

que le asiste al individuo de llevar una vida pacífica, el derecho a la seguridad y tranquilidad de vivir en paz.

Al estudiar el derecho humano a la paz como derecho colectivo, en el ámbito interno, y tomando en consideración el balance "entre la seguridad que exige la sociedad y las libertades que demanda el individuo"(96) es un aspecto que se pone aún más en evidencia en las sociedades industrializadas, en donde las exigencias de la planificación —como elemento indispensable en la sociedad—, usan y extienden el uso de la computadora a la acumulación sistemática de data sobre los ciudadanos, violando el derecho del individuo a disfrutar de su vida privada, en sus propios medios profesionales y familiares, que devienen entonces de conocimiento público del Estado. Esto es aún más serio en los Estados donde se aplica la doctrina de la Seguridad Nacional, en los que se sacrifica en su totalidad al individuo.(97)

El derecho a la paz, como derecho colectivo del individuo, desde el punto de vista interno, siempre ha sido reconocido, y se ha manifestado en la protección del individuo por parte del Estado en caso de guerra, terrorismo, el reconocimiento del status diplomático, etc... También como derecho colectivo, desde el punto de vista interno, existe el derecho de cada comunidad a la seguridad y a la protección por parte del Estado, contra la violencia individual o colectiva que provenga de fuera de sus territorios.(98)

El reconocimiento de este derecho a la paz, como derecho colectivo, en el ámbito internacional, se encuentra en el derecho a una "paz civil", en el entendido de que el Estado debe participar como sujeto activo en todos aquellos sistemas internacionales de protección de la seguridad y la paz. Este derecho a la paz, desde el punto de vista colectivo incluye "el derecho que cada comunidad tiene de vivir en paz dentro de fronteras seguras e internacionalmente reconocidas.(99)

El derecho a la paz, como derecho colectivo con efectos internos es así reconocido en la Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para vivir en paz, la cual lo expresa así: "*Todo Estado* tiene el deber de respetar el derecho de los pueblos a la libre determinación, la independencia, la igualdad, la soberanía, la integridad territorial de los Estados y la inviolabilidad de sus fronteras, inclusive el derecho a determinar el rumbo de su desarrollo...".(100)

---

(96) Ibídem.

(97) Ampliar en Ibídem.

(98) PETTITI, Louis. Supra nota 93, pág. 37.

(99) Ibídem pág. 38.

(100) En supra nota 44, pág. 5. (Subrayado nuestro).

Por ende, y dado que "los derechos colectivos e individuales a la paz están íntimamente ligados, es necesario que la acción de los organismos también sea colectiva y dirigida hacia el fortalecimiento y la participación social y económica, en contra de la agresión".(101)

Sin embargo, el nuevo derecho humano de la paz, solo se puede lograr por la "convergencia de esfuerzos de todos y de cada uno porque estos derechos, *no son "a priori" concedidos por el Estado...* el derecho a la paz, es un derecho humano, un derecho de la nación, un derecho del pueblo, un derecho de la humanidad, y no un derecho del Estado".(102)

Si los conceptos de "coexistencia amistosa, beneficios justos de todos los bienes y servicios, dignidad, tranquilidad e igualdad... los trasladamos al contexto de la sociedad universal, implican necesariamente la ausencia de guerra... la paz deviene en la condición necesaria para la salvaguarda de los intereses morales universalmente protegidos, —esto es los derechos humanos—. De hecho, los derechos humanos no pueden ser protegidos si no privan la paz y la seguridad... la paz es al mismo tiempo la causa y el objetivo final de los derechos humanos".(103)

D. *EL DERECHO A LA PAZ Y EL DERECHO A VIVIR EN PAZ*

Las distinciones jurídicas anteriormente mencionadas y referidas al derecho a la paz, pueden ser consideradas en dos matices adicionales: el derecho a la paz, y el derecho a vivir en paz.(104) El derecho a la paz conlleva deberes y obligaciones, algunas de las cuales han sido fijadas en el contexto internacional, así la prohibición a una "intervención", significa también "el derecho de los pequeños Estados a desarrollarse por sí mismos, utilizando sus propios recursos, sin amenazas de los Estados mayores; el derecho al propio desarrollo es un importante corolario de la prohibición de intervención".(105)

Por otra parte, el derecho a vivir en paz, incluye la libertad del individuo a rehusarse a participar en un Estado de guerra o en inter-

---

(101) PETTITI, Louis. Conclusiones de la Conferencia de Varsovia, supra nota 95, pág. 38.

(102) Ibídem pág. 39. (Subrayado nuestro).

(103) KEBA M'BAYE. En supra nota 95, Conferencia de Varsovia sobre la Paz, pág. 28.

(104) Ideas desarrolladas por EIDEE Asbjorn, en la Conferencia de Varsovia, supra nota 95, pág. 28.

(105) Ibídem.

venciones ilegales o preparativos militares. A este derecho, va aparejada la obligación por parte del individuo de "no participar en actividades que expresen una violación al derecho a la paz".(106)

En conclusión, las anteriores distinciones, establecen un elemento que fija la relación entre el derecho a la paz y los derechos humanos que es el *"principio de la proporcionalidad"*, que significa que el apoyo externo, no tome tal magnitud que alcance la represión que se vive en el interior de un país... (por lo tanto), la directa intervención militar, aún si el propósito es apoyar un movimiento de liberación, debe ser siempre considerado ilegal, por el alto riesgo que conlleva".(107)

La óptica de análisis del derecho a la paz como derecho humano, debe considerar diferentes ángulos, algunos que se contraponen y otros que armonizan entre sí. Así el Profesor Karel Vasak, ha opinado que, dentro de los derechos humanos la distinción entre derecho colectivos e individuales no es procedente porque al hablar de derechos humanos "no hay ningún derecho humano, que sea exclusivamente individual, así como no hay derecho humano, que sea exclusivamente colectivo. Ambos se encuentran "emparejados", porque el hombre es un ser social y los derechos humanos "son inicialmente un fenómeno social".(108)

El Prof. Vasak ofrece una doble perspectiva del derecho de la paz: una positiva, cual es la conjugación del derecho de la paz con los derechos humanos: y el aspecto negativo del derecho a la paz ejercido por el individuo, como un derecho a resistirse a la guerra, a un mandato injusto, y a rechazar una guerra de agresión. Los efectos de tal clasificación, vienen dados por el goce y el derecho a la paz civil, el derecho a la seguridad y el derecho a ser protegido contra la violencia.

El aspecto negativo, viene enmarcado como un derecho colectivo, y tiene su contenido en el ejercicio del derecho al desarme, el derecho a rechazar las violaciones masivas de derechos humanos, el apartheid y el colonialismo, y el aspecto positivo de esta dimensión colectiva del derecho a la paz como derecho humano, toma dos aspectos: el derecho a la seguridad colectiva y el derecho a la ayuda internacional, sobre todo en caso de agresión.(109)

El carácter bipolar —individual/colectivo— del derecho a la paz, es en sí unitario en sus efectos, cuales son la protección del individuo

(106) Ibídem pág. 29.

(107) Ibídem, en las Conclusiones Generales de la Conferencia.

(108) En Conclusiones de la Conferencia de Varsovia, Vid., nota 95.

(109) Vid., VASAK, Karel. Ibídem pág. 31.

y de los pueblos. En consecuencia, cada amenaza a la paz, "aumenta la tensión internacional, o la intensificación de la carrera armamentista, tiene además una repercusión directa o indirecta sobre los derechos humanos, puede coartar las libertades civiles y políticas como resultado de la legislación de emergencia, o contraer la dimensión de los derechos económicos, sociales y culturales".(110)

El derecho a la paz y a vivir en paz son derechos de los pueblos, de la humanidad, la que como sujeto titular es puesta en peligro por la violación de estos derechos.(111)

El contenido jurídico de un derecho a la paz, a vivir en paz, como derechos de los pueblos, de la humanidad, del individuo frente al Estado sería un catálogo de los siguientes derechos: un derecho que tienen los individuos de reclamar frente a sus gobiernos, un derecho del pueblo a participar en las decisiones de su gobierno referentes a la guerra y a la paz, e incluiría el ya derecho humano de la libre expresión de las ideas, pero en el contexto sería dirigido a la libertad de hacer peticiones sobre las actividades del gobierno que pudieran conducir a la guerra, también incluiría la libertad de reunión y asociación de organizaciones para trabajar por la paz y las condiciones de la paz, el derecho a rehusarse a participar en la guerra o en la matanza de seres humanos, el derecho de la mayoría de los pueblos de obtener la verdad acerca de las acciones que toma el gobierno sobre la paz".(112)

IV. *CONSENSO Y PAZ*

Los Estados participantes en la Conferencia de Helsinki de 1975, al alcanzar sus resoluciones sobre desarme, derechos humanos y seguridad internacional, probaron una vez más, el significado del "consenso"(118) como método de búsqueda de la paz.

(110) KULAGA, Eugeniousz. En la Conferencia de Varsovia, supra nota 95, pág. 18.

(111) La humanidad como sujeto titular del derecho a la paz, fue un debatido tema en la Conferencia de Varsovia, supra nota 95; ideas que pueden ser resumidas así: "El derecho a la paz se define como un *derecho humano,* cuyo sujeto titular es la humanidad, y su marco, es percibido como no solamente los derechos de cada uno, sino también los derechos de los otros". DUPUY, Jean, en Ibídem, pág. 41.

(112) BILDER, Richard. Conferencia de Varsovia, supra nota 95, pág. 33.

(113) Así por ejemplo, "el método del consenso en la elaboración de leyes internacionales ya ha demostrado su función práctica. En las conferencias internacionales, que han producido los reglamentos bajo los cuales se rige la Corte Internacional de Justicia y otras agencias especializadas, los grandes poderes han sido capaces de llegar a un acuerdo sin mucha dificultad". HOLCOMBE, Arthur N., Supra nota 8, pág. 290.

El consenso podría definirse como "la ausencia de ninguna objeción expresada o manifestada "a posteriori" por cualquier representante, que pudiese representar un obstáculo en la adopción de la decisión en cuestión".(114)

Inicialmente los fundadores de las Naciones Unidas adoptaron el sistema parlamentario tradicional basados en la regla de la mayoría.(115) En 1964, las primeras resoluciones elaboradas con base en el consenso, fueron tomadas,(116) estableciendo las ventajas del consenso y sus gamas de negociación frente al voto unánime, que requería el *acuerdo básico* sobre los elementos sustanciales del problema en discusión.

El establecimiento de la paz, requiere negociación, diálogo, y además "un mínimo de consenso, un mínimo de votaciones compartidas, mientras que se admite la diversidad de regímenes políticos como de sus ideologías, se pone énfasis en la cooperación.(117)

El Simposio sobre Consenso y Paz, celebrado en Oslo el 31 de marzo de 1980, llegó a las siguientes conclusiones:

1. El Consenso es una actitud... es tolerancia vs. rigidez. Está necesariamente vinculado con el respeto a los demás y la comprensión de sus ideas.

2. Es un procedimiento para alcanzar decisiones armónicas.

3. Es un método, usado bajo ciertas circunstancias.

4. Las modalidades del consenso deben ser relativas —sus consideraciones deben estar vinculadas a lo concreto, a lo específico a lo local—.

5. Existe un consenso inicial y un "consenso au sommet", final.

6. "La esencia del consenso es que no existen verdades absolutas en las relaciones humanas, solo hay soluciones que son más o menos

(114) M'BOW MAHTAR-AMADOU *"Consensus in international organizations"*, en el libro *Consensus for Peace*, Ed. UNESCO, pág. 14, 1980.

(115) Excepto en el supuesto de votar "cuestiones importantes" en que se requiere el voto de las dos terceras partes de la mayoría. (Art. 18, párrafo 2 de la Carta de la ONU).

(116) El consenso demostró su eficacia, cuando surgieron diferencias de opinión en la 19ava Sesión de la Asamblea General sobre el financiamiento de las operaciones de Paz en el Congo y Suez". Así, M BOW MAHTAR-Amadou. Supra nota 111, pág. 19.

(117) AMADEO, Mario. Supra nota 114, pág. 131, del mismo libro.

humanas. Hay soluciones que facilitan la búsqueda de la paz, como la cooperación y el progreso humanos".(118)

El consenso como principio de derecho internacional viene a reforzar el carácter de "derecho de coordinación" que el mismo sustenta en los tiempos actuales.(119) Por lo que el consenso mundial se hace necesario para el establecimiento de la paz como convivencia, y como derecho, requiere una combinación de tolerancia, de deseos de solidaridad.(120) y necesariamente un sentido de comunidad mundial,(121) a través de organizaciones funcionales de carácter regional o internacional.

V. *CONVERSION O DESARME*

El velar por la paz, es el fin primigéneo de la humanidad, por lo tanto el derecho a la paz, a una vida sin el miedo de la guerra y a la exterminación, han sobrevenido como condiciones necesarias en la preservación de la humanidad.(122)

Frente al fracaso de la guerra fría y de las conversaciones sobre la limitación de armas estratégicas (SALT: Strategic Arms Limitation Talks), luego sustituidas por START (Strategic Arms Reduction Talks), la reducción mutua y equilibrada de fuerzas, (MBFR: Mutual Balanced Forces Reduction), se ha estudiado por un lado la idea del *desarme,* como primer paso hacia la paz,(123) y por otro, una solución económica complementaria con un efecto directo sobre la desaceleración de la economía de guerra, sin los efectos que la misma conlleva,(124) por lo que se ha propuesto, la *conversión* "de las inversiones de la industria

(118) Vid., Consensus for Peace, supra nota 114. Conclusiones en pág. 219.

(119) GECK Wilhelm-Karl. *"The codification of internal Law in the United Nations: Promoting and Obstruction Factors in their results"*, citado por GUTIERREZ, Carlos José, en "La Convención Americana de Derechos Humanos, Secretaría de la OEA, pág. 173.

(120) Cuyo contenido viene dado por "una serie de solidaridades que constituyen los factores morales que dan base a una sociedad", Vid., DE VISSCHER, Charles, Supra nota 2, pág. 95.

(121) Vid., CLARK Grenville y SOHN, Louis. *"Introduction to World Peace through World Law"*. Harvard University Press, 1973, págs. 67 y 68.

(122) FAURE, Edgar. En la Conferencia de Varsovia, sobre Derechos Humanos y Paz. Supra nota 95, págs. 23 y 59. La necesidad de un plan de concertación y cooperación mundial, se sugieren como indispensables.

(123) RUIZ-JIMENEZ, Joaquín, en ibídem pág. 47, expresó: "el desarme conduce a la paz... sin desarme el derecho a la paz permanece ilusorio".

(124) Como el decrecimiento de la economía y la amenaza del desempleo.

militar hacia propósitos no militares, combatiendo los niveles de inflación y manteniendo el nivel de empleo",(125) afirmando una vez más la tesis de Leontieff, de que "virtualmente todas las economías pueden aumentar su producción total y su consumo per cápita, en la medida en que reduzcan progresivamente su gasto militar".(126)

Entregar a manos de los Estados, al menos la posibilidad de un *"desarme parcial"*, como vía hacia la paz, ha sido criticada por: a) por experiencia, todos los Estados alegarán que las reducciones parciales los situarán en situación desventajosa respecto de los demás y b) la retención por pequeña que fuera de fuerzas bélicas, crearía la desconfianza "inter alia", y c) la idea de una policía mundial, tendría límites de costo y potencial.(127)

La otra posibilidad ha sido confiarle a los Estados, la implementación de un *"desarme total"*(128) por medio de instrumentos de derecho internacional que garanticen sus gestiones. Así lo han propuesto los Profesores Clark y Sohn en su libro "La Paz por el Derecho Mundial".(129)

---

(125) Reforzando con actitudes y medidas económicas, la máxima *"si vis pacem,* para pacem". Vid., KULAGA, Eugeniusz, en la Conferencia de Varsovia, pág. 18.

(126) LEONTIEFF, Wassily. Citado por AHMAD SHFAQ, en *"La carrera armamentista mundial y sus efectos en el desarrollo.* Revista Comercio Exterior, Vol., 35, No. 3, México, Marzo 1985, págs. 228-239.

(127) Vid., CLARK Grenville y SOHN, Louis. *"La Paz por el Derecho Mundial"*. Editorial Bosh, Barcelona, 1961, pág. LVII.

(128) La necesidad de un desarme total ha sido propuesto en el seno de varias conferencias especializadas y en algunas resoluciones de la Asamblea General. En la Sesión sobre Desarme de Naciones Unidas (1978) se propuso "la reducción de las armas y fuerzas armadas como pasos que deben conducir finalmente a un desarme general y total, bajo controles internacionales efectivos". Vid., la Conferencia de Varsovia, sobre Derechos Humanos y Paz, en su sección Documentos de Trabajo. Desde 1978 La Asamblea General (Res. 33/72 de 14 de diciembre de 1978) sobre el mismo tema expresó: "Convencida de que el desarme nuclear y la completa eliminación de las armas nucleares son esenciales para eliminar el peligro de la guerra nuclear... y de que las armas nucleares constituyen la mayor amenaza contra la humanidad y la supervivencia de la civilización, subraya que la carrera de armamentos, en partciular, en la esfera nuclear y el perfeccionamiento de nuevos tipos de armas basados en los principios y adelantos científicos modernos *amenazan al paz mundial"*. También Vid., Res. 33/73, Sesión Plenaria, 15 de diciembre de 1978. (Subrayado nuestro).

(129) CLARK Grenville y SOHN Louis. Vid., supra nota 127.

En el plan de desarme total, propuesto por los profesores Clark y Sohn, la ejecución del mismo debe llevarse a cabo dentro de los principios de derecho internacional vigentes y de las reformas necesarias en el proceso de toma de decisiones en el seno de Naciones Unidas,(130) para que así los Estados, por medio del régimen de derecho, provoquen una convivencia política dirigida hacia la paz.

La declaración de principios para un desarme total, incluiría: un desarme total bajo la eficaz vigilancia de todos, reformas constitucionales acordes con la nueva dinámica de las leyes internacionales para la paz, órganos judiciales mundiales, capaces de interpretar las "normas jurídicas mundiales contra la violencia internacional"(131) y el funcionamiento de órganos de mediación y conciliación expeditos, además del establecimiento de una fuerza de policía mundial permanente, de tal manera que el desarme total "no sea una simple reducción o limitación de armamentos",(132) sino realizado de una manera simultánea y proporcionada, sujetos a un cronograma mundial de desarme.

A. DESARME NUCLEAR

El plan de los profesores Clark y Sohn, se dirige hacia un desarme nuclear, total, y de características referidas a la eliminación total de las armas nucleares, deteniendo definitivamente la "proliferación horizontal y vertical de las mismas".(138)

El principio de la *no proliferación vertical* ha sido consagrado en el Tratado para la Proscripción de las armas nucleares en América Latina (1968) estableciendo límites a los poseedores de armas nucleares,

---

(130) Las reformas afectarían a los órganos resolutivos de la ONU, como la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, y el sistema judicial y conciliatorio. Reformas especiales son propuestas a los procedimientos de arreglo pacífico de las controversias y las acciones en caso de amenaza para la paz, su quebrantamiento y actos de agresión.

(131) CLARK Grenville y SOHN, Louis., Vid., supra nota 127, pág. XVI.

(132) Ibídem pág. XVII.

(133) Vid., RES. 1653/XVI Asamblea General, 24 de noviembre de 1961. "Declaración de Proscripción del uso de armas atómicas". Respecto a la proliferación horizontal y vertical de armas atómicas, sus efectos en la comunidad internacional pueden esbozarse así, desde el punto de vista político... con la primera se sellarían las puertas del Club Atómico... con la segunda, (los poseedores de armas nucleares) deberían adoptar las medidas para cesar en la carrera de armamentos, poniendo fin a su perfeccionamiento cualitativo y cuantitativo". REMIRO BROTONS, Antonio, Supra nota No. 1, pág. 225.

y a los que no las tienen, su prohibición de no aceptarlas. Se ha considerado que tal tratamiento es discriminatorio y poco equitativo por la imposición a la soberanía de los Estados no poseedores, al limitar su derecho y su protección por parte de y frente a las grandes potencias. El tratado culminó con la firma de Estados Unidos, la URSS y Gran Bretaña en una declaración de Principios,(184) incluyendo la creación de una nueva situación cualitativa en caso de un Estado no-poseedor, fuera agredido con armas nucleares.

El principio de no proliferación horizontal, a iniciativa de Brasil, fue afirmado por la Asamblea General en 1961, concretándose en la creación de varias zonas desnuclearizadas. Después de varias controversias, todavía no resueltas, se limitaron solamente a Iberoamérica y otras zonas(135) en 1963,(186 desembocando luego en la firma del Tratado de Tlatelolco el 14 de febrero de 1967 y la creación de un organismo internacional permanente, con sede en México, para la proscripción de armas nucleares en América Latina, (OPANAL).

Dos protocolos al Tratado de Tlatelolco, fueron firmados como invitación a los Estados no iberoamericanos, a asumir responsabilidades en las zonas objeto del Tratado y a los países poseedores de armas nucleares, el deber de respeto de esas zonas de desnuclearización.

La no proliferación vertical de armas nucleares, abarca la toma de medidas a nivel internacional sobre la cesación de pruebas de armas nucleares y la limitación de armas estratégicas.

La idea de las conversaciones de SALT I (1972-1977) y SALT II (firmado en 1979), es realizar un desarme parcial, usando las vías de no proliferación horizontal y vertical concretando el aumento de zonas desnuclearizadas.

---

(134) Eludiendo así todo compromiso formal. Véase también RES. 255-1968. En agosto de 1985 se aprobó y abrió a firma, el Tratado de Rarotonga que crea la zona libre de armas nucleares del Pacífico Sur.

(135) Como la Antártida, espacio ultraterrestre y fondos marinos. Vid., también RES. 3472-B XXX). Para fechas y otros datos véase nota No. 133.

(136) Un resumen sobre el movimiento jurídico pro-desnuclearización, incluye: Tratado sobre la Antártida, en vigor desde el 23 de junio de 1961. Tratado sober el espacio exterior, la luna y otros cuerpos celestes, en vigor desde el 10 de octubre de 1967. Tratado de Tlatelolco, en vigor desde el 22 de abril de 1968. Tratado sobre los fondos marinos y oceánicos y el subsuelo marino, en vigor desde el 18 de mayo de 1972. Acuerdo sobre las actividades de los Estados sobre la Luna y otros cuerpos celestes, en vigor desde el 11 de julio de 1984. Tratado de Rarotonga, firmado el 6 de agosto de 1985.

Б. DESARME NO NUCLEAR

Las armas de destrucción en masa, tentativamente definidas en 1948, como las armas biológicas y químicas, finalmente fueron prohibidas por la Convención firmada a comienzos de 1972, en donde expresamente se prohibe, la preparación, fabricación y almacenamiento de armas bacteriológicas y tóxicas, en donde también se ordena la destrucción de las existentes. Sin embargo, "las dificultades de verificación del compromiso que pudiera adoptarse, mantienen desde hace años el punto muerto".(137)

La necesidad de prohibir las armas que causan sufrimientos inútiles y provocan efectos indiscriminados (a.i. las bombas incendiarias, el napalm), fue esbozada desde sus inicios por el CICR (Comité Internacional de la Cruz Roja), y finalmente la Conferencia de Expertos, celebrada en Lugano, en 1978, elaboró una Convención sobre la prohibición de estas armas, que se abrió a la firma el 10 de abril de 1981.

El desarme completo y general, nuclear y no nuclear, bajo un control internacional eficaz, es visto como "un instrumento básico del mantenimiento de la paz",(138) y un paso esencial en la preparación de las sociedades para vivir en paz.

III. CONCLUSIONES

Al finalizar este trabajo, podemos establecer las siguientes conclusiones y/o recomendaciones, tratando de fijar algunas líneas de una doctrina sobre la paz como derecho humano.

A. *CONSIDERACIONES DE DERECHO*

1. El Derecho a la Paz, en sentido estricto, es un derecho humano; en sentido amplio, es un derecho de la nación, un derecho del pueblo, un derecho de la humanidad, y no un derecho del Estado.

2. La Paz es un derecho único, bipolar en su ejercicio, como derecho individual/colectivo, y múltiple en su manifestación.

---

(137) REMIRO BROTONS, Antonio, Supra nota 1, pág. 237.

(138) RES. 33/73 "Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz",. Supra nota 44, pág. 6.
La urgencia de un diálogo sobre la situación mundial del desarme fue discutido en la cita cumbre celebrada en Ginebra (Nov.-Dic. 1985), sobre el plan Gorbachev de desarme y el plan Reagan o SDI (Strategiv Defense Initiative) o Guerra de las Galaxias.

3. El ejercicio del Derecho a la Paz como derecho humano, se ha plasmado en ciertos órganos y organismos especializados de derecho internacional, que han probado ser de insuficiente eficacia y fuerza decisiva en su tratamiento, por lo anterior, se hace necesario:

a) La elaboración de una *doctrina sobre la paz,* que se establezca como uno de sus fundamentos jurídicos.

b) El aspecto *político,* esencial en el tratamiento de la paz como derecho humano, debe ser armonizado y *divulgado,* como inserto en un proceso de democratización internacional, basado en los principios de consenso a nivel interno, que se manifiesten en instrumentos de diplomacia y política exterior acordes, y a nivel internacional, en un comportamiento estatal, coherente con la política y aspiraciones de los pueblos, de mantenimiento y búsqueda de la paz.

c) Fortalecer las *medidas jurídicas* internacionales que sustentan el principio de la prioridad de las negociaciones diplomáticas, efectuándolas en el marco del diálogo/consenso y armonizándolas con los principios de solidaridad de los pueblos.

B. *CONSIDERACIONES DE CARACTER POLITICO*

1. La Paz, como elemento político presente en las relaciones internacionales, debe servir sus verdaderos propósitos: como derecho humano incorporado al quehacer político de la comunidad internacional.

2. El presidente de México, Miguel de la Madrid, en la Reunión de Nueva Delhi el 22 de mayo de 1984, expresó, el que la guerra y la paz, ya no competen solo a las grandes potencias. Retomando sus palabras, podríamos afirmar que la gestión de los países pequeños, a nivel interno e internacional deben basarse en la paz y solidaridad como principios esenciales, dirigidos a fortalecer los conceptos de no-alineación, zonas de paz, zonas desnuclearizadas, y promover acuerdos regionales y bilaterales de protección a la paz.

3. La idea del derecho a la paz como derecho humano, de la humanidad y de los pueblos, debe enfrentarse a los supuestos de la carrera armamentista basados en la idea de "ganar" una guerra nuclear, y demostrar la inutilidad de su gestión, incluyendo en su mismo vocabulario el derecho humano de la paz (HRP-DHP), acompañado de las gestiones de desarme nuclear y no nuclear.

5. Los conceptos de la carrera armamentista, y el uso de las armas termonucleares, basados en MAD (Mutually Assured Destruction), deben eliminarse y sustituirse por las medidas políticas pro paz, enmarcadas en los conceptos de MAP (Mutually Assured Peace).

EL CARTEL DE LICITACION

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Catedrático de la Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho, Miembro del Instituto
de Investigaciones Jurídicas. Profesor
de Derecho Administrativo

S U M A R I O

SIGLAS MAS USADAS:

RJ	Revista Judicial
RC	Revista Contraloría General de la República
Co.	Contraloría General de la República
RCJ	Revista de Ciencias Jurídicas
CCSS	Caja Costarricense de Seguro Social
D. Lic.	Departamento de Licitaciones de la Contraloría General de la República
RCA	Reglamento de la Contratación Administrativa
LAFR	Ley de la Administración Financiera de la República.
LGAP	Ley General de la Administración Pública.
RES.	Resolución Administrativa de la Contraloría.

———oOo———

Resumen:

En este trabajo analizaremos la naturaleza, rol, funciones y efectos del Cartel, pliego de condiciones o instructivo en el concurso público o en el privado.

El Cartel es un llamado a concursar, es una invitación que hace la administración para que una cantidad de oferentes participen en la licitación pública o en la privada.

1.—*Introducción*:

El tema del cartel o pliego de bases es neurálgico en el concurso ya que en él se establecen las bases (de ahí su nombre de pliego de bases) del futuro concurso.

La Administración procede a elaborarlo conforme a sus necesidades y a lo que requiere adquirir.

Se trata pues, de un documento construido unilateralmente por el Estado.

2.—*Concepto*:

Conjunto de cláusulas redactadas por la Administración, especificando lo que se concursa, estableciendo las condiciones de todo tipo que regirán en el futuro contrato.(1)

Según la monografía conocida de Sayagues Laso,(2) el Cartel es el conjunto de cláusulas redactada por la administración especificando el suministro, obra o servicio que se licita, estableciendo las condiciones del contrato a celebrarse y determinando el trámite a seguir en el procedimiento de licitación.

El artículo 36 del RCA (Reglamento de la Contratación Administrativa) dice que el cartel de la licitación constituye el reglamento específico de la contratación que se promueve. Entendiéndose incorporadas al mismo todas las normas jurídicas vigentes aplicables al procedimiento.

3.—*Fase preparatoria*:

El cartel es parte de la *fase preparatoria* del concurso, distinto de la *fase esencial,* que es aquella que integra y forma —propiamente— el concurso.

(1) Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo.* (Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot. T.III-A. Pág. 209).

(2) Sayagues Laso, Enrique. *La Licitación Pública* (Montevideo Ed. Acali 1978, Pág. 73).

Por su parte, la *fase integrativa,* es la que consiste en la adjudicación, formalización y notificación, a las partes de quién es el co-contratante con el Estado.(3)

4.—*El Cartel y sus elementos*:

El pliego de bases muestra, en su invitación a concursar tres elementos:

A.—*Objeto*: el cartel especifica el suministro, obra o servicio que se saca a concurso.

B.—*Relación jurídica*: las normas, pautas o reglas que regirán el convenio que se efectuaría. Como los derechos y obligaciones de oferentes, adjudicatario y la Administración.

C.—*Procedimiento*: las formalidades procedimentales que deben cumplirse en la preparación y ejecución del contrato.(4)

5.—*Función*:

El cartel tiene una doble función o rol:

a) *Antes de nacer el contrato:*
le señala a los interesados y oferentes las condiciones que deben cumplir para resultar adjudicatarios.

b) *Cuando el contrato nace*:
el cartel juega como el marco contractual que obliga tanto a la administración como al co-contratante.(5)

Al nacer el contrato, éste juega como ley entre las partes (artículo 1022 del Código Civil).

6.—*Naturaleza*:

El cartel tiene una carácter reglamentario y se desempeña como la ley del contrato respectivo, ya en él se establecen los derechos y dberes de los contratantes: el Estado y el particular.(6)

(3) Dromi, José Roberto. *La Licitación Pública* (Buenos Aires Ed. Astrea. 1975. Pág. 192).

(4) Cf. Dromi, Pág. 194.

(5) Cit. Dromi, Pág.s 195-196.

(6) Romero Pérez, Jorge Enrique. *La Licitación Pública* (San José: UCR, 1975, Pág. 218).

Es el pliego instrumento básico del procedimiento, llegando a constituir —dice la Contraloría— el verdadero reglamento tanto de los trámites a seguir como de las condiciones en que el negocio debe concretarse.(7)

La Contraloría ha sostenido que el cartel tiene un carácter normativo reglamentario, al cual deben sujetarse los oferentes.(8)

7.—*Reglamento de compras y el cartel*:

Si una institución está regulada por su propio reglamento de adquisiciones y a la vez publica un cartel que defiere o se contrapone al reglamento, la solución juega en favor del cartel. Es decir el pliego de bases prevalece sobre el reglamento de compras, bajo el principio de que la norma específica tiene mayor relevancia sobre la norma genérica.(9)

8.—*Reglamento Contratación Administrativa y el Cartel:*

En el caso de que el cartel cuestione, refute o viole el Reglamento Contratación Administrativa o la Ley Administración Financiera de la República, cede el pliego de bases ante las normas jurídicas de mayor rango. Lo contrario, sería admitir la violación al ordenamiento jurídico por normas de inferior jerarquía.

Por otra parte se tiene presente lo relativo a las nulidades, en el sentido de que disposiciones del cartel que choquen o violen normas de mayor rango son *nulas* y no producen efecto alguno.

9.—*El cartel como fuente de interpretación*:

El pliego de bases es el documento público más importante al momento de establecerse los derechos y deberes de las partes negociants.

En las fases del pre-contrato como en la vida del convenio, el pliego de condiciones desempeña un papel capital.

---

(7) *Resolución* No. 172-79 de 15 hrs. del 13 de diciembre de 1979. D. Lic. (San José: R. Co. Nos. 28-29-1980. Pág. 83).

(8) *Resolución* del Departamento de Licitaciones de la Contraloraí General de la República de las 14.10 hrs. del 6 de abril de 1973. (San José: R. Co. 1975 No. 20-Pág. 65). Cf. artículo 36 RCA.

(9) Idem, R. Co. No. 23. 1977, Pág. 63. *Resolución* de las 10:30 hrs. del 21 de setiembre de 1976.

Se puede hablar de un reenvío que se hace, en materia de contratos administrativos, respecto del pliego de bases; ya que el cartel juega como norma interpretativa de tales convenios.(10)

La Contraloría sostiene que "cuando la mayoría de los oferentes interpreta una o varias cláusulas del cartel en un determinado sentido, se crea una presunción en favor de los cotizantes".(11)

10.—*Contenido*:

El cartel contiene la invitación que hace la administración a los particulares para que participen en el concurso.

Así se puede decir que el pliego de bases contiene estos aspectos:

a) la invitación a concursar.

b) acto de selección del procedimiento para obtener el contratista.

c) La normativa propia del pre-contrato y del convenio futuro.

d) El acto que fija las condiciones que deberán reunir las propuestas de los particulares.

11.—*La Contraloría y el cartel*:

Los carteles de licitación no requieren de la autorización de la Contraloría.

Se pueden publicar en *La Gaceta* (periódico oficial) sin que la Contraloría ejerza ningún control sobre el pliego en concreto o un principio (o de varios) del concurso o de otras normas existe el procedimiento de la impugnación al cartel.

Debe tenerse presente, eso sí, que el artículo 15 del Reglamento de la Contratación Administrativa, sí manda que la Contraloría autorice el respectivo cartel cuando, en situaciones especiales, no exista el dinero para pagar el gasto, pero existen razones fundadas para presumir que oportunamente se dispondrá de la asignación presupuestaria.

---

(10) Ibidem, Dromi, Pág. 197.

(11) *Resolución* No. 101 de las 14:30 hrs. del 3 de junio de 1977. D. Lic. (San José: R. Co. No. 26, 1979. Pág. 65).

12.—*Principios que deben proteger y cumplir el cartel*:

Los princiipos generales del derecho administrativo aplicables a la contratación pública, que el cartel debe proteger son los siguientes:

A.—*Libertad mercantil o de concurrencia.*

Es decir, dar un amplio margen para que participe el mayor número de oferentes en el concurso.

B.—*Igualdad o de equidad.*

El tratamiento que se debe dar a los oferentes debe ser igual para no crear diferencias ni preferencias entre unos y otros.

C.—*Legalidad.*

La administración debe actuar conforme a Derecho. Observando y cumpliendo las normas del Ordenamiento Jurídico.

Ello implica también que el Estado queda sujeto al cumplimiento del cartel; y, no solo el oferente.

D.—*Buena fe.*

El Estado debe negociar de buena fe y con un alto sentido de responsabilidad negocial.

El particular igualmente debe cumplir con estos requisitos básicos de los negocios.

E.—*Publicidad.*

En el caso de la licitación pública, el cartel cumple con el principio básico de la publicidad. O sea, el de hacer del conocimiento de los interesados, (mediante publicación obligada en La Gaceta y voluntaria en otros medios de comunicación) el pliego de bases del respectivo concurso.(14)

---

(12) Cf. Ortíz, Eduardo. *La oferta privada en la licitación pública* (San José: R. J. No. 36. 1986, Págs. 13 a 63).
Romero Pérez J. E. *La licitación pública...*, Op. cit. Págs. 217-218.

(13) Oficio de la Contraloría (D. Lic.) No. 366 del 15 de enero de 1979. R. Co. No. 30 1981, Pág. 75.

(14) Cit. Romero, *La Licitación*, Pág. 229.

Cuando se trata de una *licitación privada* no es necesario ni obligatorio publicar el carter en *La Gaceta.* Basta con imprimirlo en un periódico de circulación nacional.

13.—*Notas características del cartel.*(15)

El pliego de bases debe tener estas características:

—claridad
—sencillez
—precisión
—certeza
—obligatoriedad
—Legalidad
—seguridad.

Por supuesto que el pliego no siempre presenta tal pulcritud y precisión. Para comprobar al incumplimiento de tales notas características basta leer los respectivos carteles en La Gaceta.

Cuando los carteles violan esas notas, es posible que den lugar a que los impugnen en tiempo y forma o a que los correspondientes adjudicaciones sean apeladas ante la Contraloría.

14.—*El cartel como límite inferior o mínimo.*

La administración precisa en el cartel el mínimo de condiciones, cláusulas o requisitos que necesita para hacer el futuro contrato. Las mejoras o condiciones de ventaja adicionales que los oferentes le den al Estado, pueden ser aceptadas por éste, ya que al ser el cartel un límite inferior o mínimo, los oferentes pueden cotizar hacia arriba de lo pedido en el pliego.

Eso sí, se debe tener presente que esas mejoras o ventajas que los cotizantes le proponen a la Administración no pueden violar el principio de igualdad de ni ser cobradas de más, ya que harían la plica más cara.

---

(15) Cit. Romero, *La Licitación...*, pág. 227. Cf. artículo 38 RCA: el cartel deberá constituir un cuerpo de especificaciones: técnicas claro, suficiente, concreto, objetivo, amplio en cuanto a la oportunidad de participar.

En otras palabras, se debe cumplir con el cartel y comparar las ofertas en base a este cumplimiento.

Si la oferta con ventajas de más, la adjudican, tiene que ser en base a una ponderación con las demás *plicas* u *ofertas;* y, en un plano de equidad e igualdad.

Ya adjudicada esa plica "ventajosa de más" las donaciones o regalías que le haga a la Administración se ejecutan y son eficaces. Pero no pueden ser factores para excluir a las demás ofertas.

Así las cosas, las plicas se analizan y comparan equitativamente, o sea, sin añadirle a la plica respectiva sus regalías (en bienes, plazos, garantías, etc.).

Si las ventajas se cobran por el oferente, la Administración debe desechar tales "añadiduras" o "complementos", ya que el cartel expresa la voluntad negocial del Estado(16) y debe ser cumplido como límite exigible mínimo.

15.—*Partes constitutivas del cartel.*

Las partes que ofrman el cartel son:

A)—*Encabezado.*

Aquí se informa cuál es la entidad que llama al concurso (Ministerio, municipalidad, etc.). También se incluye el objeto de la licitación (máquinas, automóviles, escritorios) y la indicación del plazo para recibir ofertas.

B).—*Clausulado.*

Se ubican aquí la totalidad de las cláusulas técnicas, administrativas, comerciales, etc. del concurso y que van a regular el eventual convenio.

Si se trata de una licitación complicada y grande, la administración señala que en sus oficinas se puede adquirir el cartel completo (así, por ejemplo, en la construcción de puentes y carreteras).

C).—*Cola.*

En la parte final del cartel se establece la fecha del mismo y quién lo firma.

(16) Cit. Romero, Págs. 230-231.

Es decir, el funcionario público responsable de la publicación del cartel. (v. gr. el Jefe de la Proveeduría).(17)

16.—*Piezas que forman el pliego de bases.*

El cartel está formado o compuesto por estas piezas:

a) Aviso publicado en *"La Gaceta"* (si es concurso público) o en periódicos de circulación nacional (si se trata de una licitación privada).

b) Folleto o libro de condiciones, cláusulas o requisitos que la administración proporciona a los interesados y potenciales oferentes.

c) Planos, fotografías, muestras, catálogos informativo, marquetas, etc.(18)

El conjunto de esas piezas forma el pliego de bases y es obligatorio su cumplimiento.

17.—*Tipos de cláusulas.*

Existen diversas maneras de clasificar las cláusulas, condiciones o requisitos de un cartel.

Así por ejemplo:

A).—*cláusulas* { i)—variable / ii)—invariables

(17) Cit., Romero, Págs. 231 a 236.

(18) Artículo 42.—Elaborado que haya sido el cartel, deberá publicarse en el Diario Oficial. Sin embargo, no es necesario publicar en todo caso la totalidad de su texto. Cuando fuere extenso o complejo en razón de las especificaciones técnicas numerosas o sumamente especializadas, o bien cuando parte del mismo esté constituido por planos, diseños, fotografías, etc., podrá omitirse publicar en "La Gaceta" lo que resulte inapropiado a condición de que allí se indique la existencia de piezas anexas que los interesados podrán retirar desde el día de la publicación, ya sea en forma gratuita o cubriendo, exclusivamente en efectivo, el precio razonable que se les señale, cuyo importe será depositado en las arcas correspondientes. En tal supuesto el cartel al referirse al objeto del negocio deberá ser suficientemente explicativo respecto de la naturaleza del nenegocio.

Cuando la Administración haya elaborado normas reglamentarias de carácter general en materia de contratación administrativa, deberá publicarlas en "La Gaceta" y, asimismo, señalar en cada cartel de licitación la existencia de ellas y la cita de "La Gaceta" respectiva. (RCA)

Las *cláusulas variables* son aquellas que el particular puede cotizar y que son ofrecidas por los oferentes: precio, forma de pago, plazo de entrega, etc.

En estas cláusulas el particular le ofrece a la Administración y lo que hace esta es ponderar y escoger la oferta que más le convenga a sus intereses.

Claro está que estas *cláusulas son variables* (porque pueden variar o cambiar de una oferta a otra), pero son de cumplimiento necesario y obligado, ya que si no las cotiza el postor o licitante, queda fuera del concurso.

Las *cláusulas invariables* son de obligado cumplimiento por el oferente. En principio deben ser cumplidas por la plica, pero la Contraloría las califica en el momento de la apelación respectiva, ya que el incumplimiento en general —de las cláusulas (principalmente de las invariables) da lugar a *violaciones graves* al cartel (que implican salir del concurso o anular la adjudicación correspondiente) y *violaciones leves* al cartel que no implican la exclusión del concurso.

La Contraloría, casuísticamente, califica esos incumplimientos al pliego de condiciones.

Ejemplo de estas *cláusulas invariables* (llamadas así porque, en principio, el oferente no las puede cambiar, sino que tiene que aceptarlas) son:

Las especificaciones técnicas de la construcción de una carretera.

Al poder, el cotizante, ofrecer sus condiciones en la vida de las *cláusulas variables,* se dice que el *contrato administrativo no es de adhesión,* ya que el particular tiene esa posibilidad de ofrecer ssu propias condiciones a la Administración.

B).—*Cláusulas* { i) jurídica-mercantiles
ii) técnicas

Las *cláusulas jurídicas-mercantiles* son las estrictamente relacionadas con la forma de pago, clase de garantías, plazos de entrega de lo cotizado, moadlidad comercial: CIF, FOB, C. F., etc.

También se incluyen las certificaciones sobre pagos de impuestos, personerías, poderes, cédula jurídica, etc.

(19) Cit. Romero. *La Licitación...,* Págs. 219 a 225.

Las *cláusulas técnicas* son las referidas propiamente a requisitos y características de lo que se licita: construcción de carreteras, vehículos, máquinas de escribir ,etc.

C).—*Cláusulas ambiguas confusas, ilegítimas, contradictorias.*(20)

En este caso, esta modalidad de cláusulas no pueden perjudicar al oferente.

La responsabilidad de que existan carteles con una redacción confusa, ambigua, contradictoria, y aún más con requisitos ilegales o que violen los principios de la contratación administrativa, es de la Administración; no del cotizante.(21)

Si se trata de una cláusula ilegal o ilegítima se tiene por no puesta en el cartel.

D).—*Cláusulas restrictivas legítimas*

Si bien es cierto que el cartel debe tutelar el principio de la amplia y libre concurrencia al concurso, también lo es que la Administración puede poner cláusulas en el *memorial* o pliego de bases, requisitos restrictivos o limitativos que favorecen los intereses del Estado y el interés público.

Así por ejemplo la no aceptación de la carta de crédito como forma de pago.(22)

(20) *Cláusula ilegítima*= la que requiere marcas específicas de un solo fabricante (Resolución No. 131-32 de las 10:00 hrs. del 25 de noviembre de 1982, D. Lic. R. Co. No. 33, 1982, Págs. 112-113).
Cláusula confusa: La C.C.S.S. estableció en el cartel c.f. puerto nacional (cuál), consignada a Aduana Principal; cuando debió decir en lugar de "consignar", "destino final" y señalar el puerto nacional (Resolución No. 130-82 de las 14:00 hrs. del 23 de noviembre de 1982; D. Lic. R. Co. No. 33, 1982, Págs. 11-12).

(21) Artículo 38.—El cartel deberá constituir un cuerpo de especificaciones: Técnico, claro, suficiente, concreto, objetivo, amplio en cuanto a la oportunidad de participar. A tal propósito la Administración interesada podrá solicitar, para confeccionarlo, la asistencia de organismos, entidades o personas especializadas en la materia de que se trate, sln interés particular directo ni indirecto en el negocio, cuando no tuviere en su organización los elementos técnicos necesarios. (RCA)

(22) Resolución Nº 7-81 de las 10:30 horas del 12 de enero de 1981, D. Lic. (R. Co. Nº 31, 1981, Pág. 69).

E).—*Cláusulas* { De orden general / específicas o particulares

Esta clasificación es la que usa el RCA en su artículo 39, el cual dice:

Artículo 39.—El cartel de la licitación comprende dos partes o clausulados: las condiciones de orden general y las específicas o particulares.

Las primeras se refieren fundamentalmente a aspectos tales como el número de la licitación (deberá adoptarse una serie permanente, o una serie anual seguida del número del año respectivo), el nombre del objeto (este deberá ser corto pero expresivo), el nombre de la Administración que promueve el concurso, el plazo que se señala para la apertura de las ofertas y eventualmente el plazo para la adjudicación (cuando se requiera que éste sea mayor de 30 días hábiles), el número de copias que deberán presentarse con el original, la dirección a que han de ser dirigidas las propuestas, las especies fiscales que deben aportarse cuando la Administración considere oportuno recordarlo, el monto y forma de las garantías, etc.

Las segundas, se refieren a la descripción del objeto del negocio, como podrían ser, en relación con los contratos de suministro de equipo o materiales, el peso, volumen, la potencia, el color, la resistencia, el tipo, características, etc.; o respecto a contratos de obra, los planos, el libro de instrucciones, normas nacionales o internacionales aplicables, plazo de construcción, etc. Asimismo, queda comprendida por este clausulado, la demanda que haga el pliego de condiciones de muestras, atestados, estados financieros, nóminas de personal especializado que ejecutará determinados trabajos, plazos de entrega, entrega en puerto o en bodega o en otra forma, financiación, etc.

F).—*Cláusulas permisivas u obligatorias.*

El cartel puede expresar condiciones o cláusulas de carácter permisivo u obligatorio, con el fin de favorecer los intereses de la administración.

El artículo 50 del RCA lo manda de la siguiente forma:

Artículo 50.—Podrá el cartel, igualmente contener cláusulas permisivas u obligatorias a efecto de que quien resulte adjudicatario de un suministro, se comprometa, durante un plazo prudencial, a proveer a la Administración de nuevos suministros de la misma naturaleza, sobre la base de un precio determinado, fijo o fluctuante, a establecer en la propuesta mediante una fórmula matemática.

18.—*Recurso de impugnación al pliego.*

A) *Antecedentes*

Antes de la publicación del Decreto Ejecutivo No. 10 del 30 de abril de 1968, la Contraloría emitió varias circulares con el fin de anunciar que existía un trámite administrativo para que los interesados objetaran el cartel.(23)

Esta *objeción* nació por vía de circular de la Contraloría; pero, sin tener carácter vinculante o de obligatorio acatamiento el criterio contralor acerca de la procedencia de la *objeción*. La administración si quería hacía caso omiso de esa objeción exitosa ante la Contraloría o actuaba conforme el ente Contralor lo establecía.

Por el decreto citado, se vino a regular este procedimiento y a darle un rango normativo.

La Contraloría complementó este decreto el 30 de abril de 1986 con una circular del 23 de mayo de ese año, detallando aspectos del decreto.

Posteriormente, en 1976 se reforma la Ley de la Administración Financiera de la República y se establece en el artículo 102, inciso b) este recurso de objeción, ya con rango de ley.

Así, el numeral 102, inciso b) manda:

"por razones de discriminación, vicios en el procedimiento o defectos formales graves, el cartel o determinadas condiciones o especificaciones suyas pueden ser impugnadas ante la Contraloría General de la República, por quien se sienta perjudicado, dentro de los plazos y conforme a los procedimientos que establezca el reglamento". (RCA).

Y, en el RCA, los artículos 75 a 80 regulan lo relativo al recurso de objeción al cartel. (subrayado nuestro).

B) *Concepto*

Se trata de un recurso administrativo interpuesto ante el Departamento de Licitaciones de la Contraloría General de la República, por el particular e interesado encaminado a que la Administración reforme, cambie o modifique total o parcialmente el cartel o para que se le introduzcan cláusulas o requisitos.

---

(23) Ct. Romero. *La Licitación...*, Págs. 266 a 284.

C) *Fundamento*

Este recurso se fundamenta en la tutela de los principios y normas que rigen la contratación administrativa, esencialmente el de igualdad de trato o de oportunidades y en el de libertad de participación en el concurso.

Cabalmente, el cartel debe tender a plasmar una amplia concurrencia a la licitación y de tratar a los oferentes en un pie de igualdad, sin favoritismos de ningún tipo ni discriminaciones caprichosas o ilegítimas.

D) *¿Quién puede recurrir?*

El artículo 75 del Reglamento de la Contratación Administrativa establece que "quien tenga interés" en recurrir el cartel lo puede hacer.

Aclarando que se entiende por *interesado* en el concurso todo *oferente potencial* en la clase de negocios de que se trate; al igual que los representantes legales de éstos y los representantes de casas extranjeras.

La Contraloría(24) sostiene el criterio de que los que por su propia condición o por manifestación implícita o explícita se revelen como no participantes potenciales están fuera del sentido amplio de *interesados* en impugnar, recurrir u objetar el cartel. Entre esos no legitimados para reunir, la Contraloría cita a las *Cámaras* ya que no constituyen el titular del derecho de impugnación del pliego de bases, en cuanto su competencia no comprende la participación en operaciones en general ni en la contratación administrativa en particular sino fundamentalmente la defensa de los intereses de los asociados y su promoción.

Aclara la Contraloría que con lo anterior no se niega el derecho —a la vez que el deber— de todo ciudadano y de toda persona jurídica; de mantenerse vigilante de la corrección, en el sentido más amplio de la palabra, de todo acto y de toda actuación administrativa, *pero* ello se cristaliza, *no en el ejercicio de un recurso* y sino de una *acción popular,* por vía de la denuncia dirigida a la autoridad competente, sobre la irregularidad observada o descubierta.(25)

Haríamos la observación de que esa *acción popular* si puede entablar ante la Contraloría para que ésta (no de oficio, sino a instancia

(24) Oficio No. 6860 de 15 de julio de 1982. D. Lic. (R. Co. No. 33. 1982, Pág. 87).

(25) Idem.

de parte legitimada en esa acción) conozca de las supuestas irregularidades del cartel, entre otras, ya que en materia de esa *acción* cabe poner en conocimiento de la Contraloría "todo acto y toda actuación administrativa" que configure una "irregularidad observada o descubierta" (sic) de todo acto y de toda actuación administrativa, pero ello se cristaliza, *no* en el ejercicio de un recurso, sino de una *acción popular,* por vía de la denuncia dirigida a la autoridad competente, sobre la irregularidad observada o descubierta.

El criterio de la Contraloría nos parece correcto y procedente. Ya que *no* constituyen el titular del derecho de impugnación del pliego de bases, en cuanto su competencia no comprende la participación en operaciones en general ni en la contratación administrativa en particular, sino fundamentalmente la defensa de los intereses de los asociados y su promoción. (Caso de las Cámaras Patronales).

E) *Jerarquía normativa*

Este recurso administrativo tiene una jerarquía fundada en la Ley de la Administración Financiera de la República, artículo 102, inciso b). Es decir, tiene una jerarquía legal, no reglamentaria. Ello le da un rango jurídico relevante y firme.

Este rango fue dado en virtud de que el decreto ejecutivo de 1968 tuvo que ser reforzado elevando su nivel normativo ya que las instituciones públicas tendrán a no darle importancia ya que, según el decreto citado No. 1 del 830 de abril de 1968, no era vinculante para la administración el criterio de la Contraloría en el sentido de modificar o anular (total o parcialmente) el pliego.(26)

Con la reforma a la Ley de la Administración Financiera de la República en su artículo 102, inciso b), el criterio de la Contraloría sí es vinculante para la Administración.

Si ésta no obedece, el objetante con éxito *no* participa en la licitación (porque de antemano el cartel lo excluyó ilegal e ilegítimamente) pero está legitimado para apelar (con éxito) el acto de adjudicación del respectivo concurso, procediendo —la Contraloría— a anular tal adjudicación.

F) *¿Por qué se puede recurrir?*

El interesado puede recurrir al cartel por estas razones o motivos:

(26) Cit. Romero, Págs. 266 a 284.

i) supuestos vicios en el procedimiento.

ii) porque condiciones y cláusulas, requisitos o especñificaciones del pliego limitan ilegítimamente y en su perjuicio los principios de:

* Libertad de concurrencia.

* Igualdad de oportunidades.(27)

Tales son los supuestos por los cuales el interesado puede objetar el cartel es tiempo y forma.

El artículo 75 del RCA manda:

Artículo 75.—Quien tenga interés en ello puede objetar, ante la Contraloría General de la República, el cartel de licitación publicado en el Diario Oficial, por supuestos vicios en el procedimiento o por estimar que condiciones o especificaciones suyas limitan ilegítimamente y en su perjuicio la libertad de concurrencia o violan el principio de igualdad de oportunidades. A los efectos de este artículo se entiende por interesado en el concurso todo oferente potencial en la clase de negocio de que se trate y, asimismo, los representantes legales de éstos y los representantes de casas extranjeras.

G) *¿Cómo se debe presentar este recurso?*(28)

Este recurso administrativo debe presentarse llenando estos requisitos:

i) debidamente razonado o fundamentado.

ii) con una copia del escrito para dársela a la administración objetada.

iii) se debe interponer dentro del plazo primer tercio del plazo abierto por el cartel para recibir ofertas.

Se eliminaron otros requisitos (con la reforma al RCA publicado en el Alcance No. 5 a La Gaceta Nº 54 del lunes 18 de marzo de 1985, págs. 3a 5) como son:

* escrito de impugnación autenticada; y, presentada en un papel sellado de a colón (₡ 1,00).

Realmente en esta diligencia esos requisitos no eran necesarios.

(27) Resolución No. 11691 del 18 de noviembre de 1982. D. Lic. R. Co. No. 33, 1982, Pág. 91

(28) Cf. artículo 76 RCA.

Si *la objeción* la presentan sin la copia, ello no es un incumplimiento grave como para no recibir el recurso o tenerlo por no interpuesto. De todas maneras es un incumplimiento fácilmente subsanable.

H) *¿Cuándo debe resolver la Contraloría?*

La Contraloría tiene que resolver este recurso dentro del segundo tercio del playo ya citado (el lapso de tiempo abierto por el memorial para recibir plicas). Una vez que la resolución administrativa está lista, se la comunicará de inmediato a la administración objetada y al recurrente.

Este mismo artículo 76 (RCA) *in fine* manda que para los efectos del cómputo de ese plano no se tomarán en cuenta las fracciones de tiempo.

El artículo 76 establece:

Artículo 76.—El recargo, debidamente razonado se interpondrá dentro del primer tercio del plazo abierto por el pliego de condiciones para recibir ofertas y se acompaará de una copia. La Contraloría General dictará su resolución dentro del segundo tercio del plazo indicado, procediendo de inmediato a comunicarlo a la Administración interesada y al recurrente.

Para los efectos del cómputo respectivo se hará caso omiso de las fracciones

I) *¿Si se dan enmiendas, adiciones, aclaraciones, interpretaciones al cartel, cuándo el recurso es admisible?*

El RCA establece la admisibilidad del recurso de impugnación al cartel dentro del primer tercio del plazo que se da entre la publicación relativa a enmiendas, interpretaciones, aclaraciones y adiciones, etc.; y la fecha indicada para recibir plicas.

El artículo 77.—del RCA lo dispone así:

Artículo 77.—El recurso es igualmente admisible dentro del primer tercio del plazo que medie entre la publicación relativa a enmiendas, interpretaciones ,adiciones, aclaraciones, etc., y la fecha señalada para recibir ofertas, que afecten el cartel previamente publicado cuando en las mismas se incurra en las supuestas irregularidades a que se refiere el artículo 75, así como respecto de los complementos que no se publiquen en el Diario Oficial conforme lo faculta el artículo DB, *ambos de este Reglamento.*

J) *Objeción en razón de omitir las estimaciones globales del futuro contrato.*

La administración tiene la obligación de darle acceso, a los interesados en el concurso, a las estimaciones globales y en detalle del precio estimado de la obra, que deberá publicarse en el cartel. Esta disposición tiene relación con la posibilidad que tiene la administración de declarar desierto el concurso (cf. *artículo 124 del RCA*).

Si el ente público no cumple con esta norma el interesado queda facultado para objetar el cartel y con ello obligar al Estado a que subsane esta ausencia.

Si a pesar de ello, la Administración es renuente a dar esa estimación global y detallada, el particular que objetó el pliego, queda legitimado para apelar (con éxito) el acto de adjudicación respectivo y con ello anular la selección del contratista ilegalmente hecha.

El artículo 47 lo dispone de la siguiente forma:

Artículo 47.—Para los fines del artículo 124, la Administración que cuente con estudios serios realizados al efecto, señalará en el cartel el precio estimado de la obra que se licita y el porcentaje límite de más o menos relativo a dicha estimación que determinará la aceptación de las ofertas, el cual no podrá ser superior a un 75%. La omisión de este requisito no da lugar a objeciones del pliego, en virtud del acceso que se garantiza a los interesados sobre las estimaciones globales y en detalle, hechas por la Administración.

K) *Efectos de la resolución Contralora.*

El efecto que tiene la resolución administrativa de la Contraloría al resolver una impugnación al cartel es que la administración tiene que actuar conforme se lo ordena esa resolución.

Caso contrario, el objetante exitoso, con la administración recurrente a variar el cartel o a cumplir con lo ordenado por la decisión contralora, queda legitimada para apelar el acto adjudicatario respectivo, y, la Contraloría por su parte, procederá a anular esa adjudicación.

Además de que a los funcionarios desobedientes se les aplicará las sanciones establecidas en el artículo 276 del RCA.

Artículo 276.—Los funcionarios que, en relación con los procedimientos de contratación administrativa, omitan expedir certificaciones, constancias, dictámenes o informes, o realizar cualquier tipo de diligencia

en los casos en que el presente Reglamento o las autoridades competentes lo requieran, o los emitan extemporáneamente, falsos o rróneos, por malicia o por inexcusable descuido, se hacen acreedores a las sanciones administrativas que les alcancen conforme a la ley a a las reglamentaciones internas, por disposición directa de sus superiores o a solicitud de la Contraloría General, con iguales consecuencias que las indicadas en el artículo 273 y sin perjuiico de otras posibles responsabilidades.

Sobre este particular manda el artículo 78 del RCA:

Artículo 78.—La resolución de la Contraloría General, en cuanto ordenare enmiendas a las publicaciones o a los referidos complementos, resulta obligatoria para la Administración, de tal manera que su inobservancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 276 de este decreto, puede producir nulidad relativa o absoluta, según afecte aspectos esenciales o no esenciales del procedimiento, quedando facultado el objetante para apelar del acto adjudicatorio aún cuando no hubiere participado en el concurso.

L) *Avisos en La Gaceta informando cambios en el pliego.*

En el caso que la Contraloría le de la razón al recurrente, en lo que respecta a cualquier pieza del cartel la Administración tiene que avisar (por La Gaceta) a los interesados de los cambios o enmiendas que sufrió el cartel total o parcialmente.

Lo anterior cumpliendo con los plazos establecidos en el artículo 46 del RCA. Así queda establecido en el numeral 79 del RCA:

Artículo 79.—Cuando la resolución de la Contraloría General declare con lugar la impugnación, tanto respecto al cartel o sus modificaciones, como respecto de complementos no publicados en el Diario Oficial, la Administración deberá necesariamente publicar un aviso informando de las enmiendas efectuadas en acatamiento de lo ordenado por la Contraloraí General, con observancia de los plazos regulados por el artículo 46.

LL) *¿Qué sucede si el aviso del cambio no se publica a tiempo en La Gaceta?*

El artículo 80 del RCA manda que si no es posible publicar en La Gaceta el aviso informando a los interesados del cambio sufrido por el cartel o cualquiera de sus piezas integrantes todo el procedimiento de la licitación queda nulo. Teniendo la obligación, el ente público que reiniciar el *iter* procesal.

Esto sucede así por razones de seguridad y de protección al interés público, ya que la Administración no puede actuar caprichosamente.

El numeral citado lo manda así:

Artículo 80.—Si no fuere posible publicar en el Diario Oficial el eviso a que se refiere el artículo anterior a más tardar la víspera de la fecha de vencimiento del plazo señalado para la recepción de ofertas, el procedimiento de licitación quedará sin efecto.

19.—*Obligatorio acatamiento del pliego de bases.*

El principio afirma que el cartel tiene que ser cumplido estrictamente para efectos de resultar adjudicatario.

Precisamente en cuanto hace el cartel y su respectivo cumplimiento o violación, cabe apuntar la diferencia de incumplimientos graves y leves del pliego.

20.—*Violaciones al pliego de condiciones.*

Los incumplimientos al cartel pueden ser, en el criterio de la Contraloría,

a) Graves o
b) leves

Los *incumplimientos graves* son aquellas violaciones al pliego que redundan en nulidad absoluta de la oferta; y, por ende, la excluyen del concurso.

Los incumplimientos leves implican violación al cartel que no implican que la oferta sea nula. Se trata de nulidades subsanables o irrelevantes, es decir relativos.(29)

21.—*¿Cómo se redacta el cartel?*

Según el artículo 37 del RCA el pliego de condiciones debe redactarse cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 15 del RCA, el cual manda lo siguiente:

Artículo 15.—En los contratos que impliquen erogación, debera cumplirse en el seno de la Administración interesada con los siguientes requisitos:

a) Existencia de financiamiento legalmente obtenido, o fondos suficientes presupuestados de manera genérica o específica para la finalidad propuesta.

(29) Cit. Romero, *La licitación...*, págs. 223 a 225.

*Respecto de aquellos contratos cuya ejecución exceda de un período fiscal del presupuesto ordinario de gastos vigente, salvo financiamiento legalmente obtenido, se debe procurar la autorización de la Contraloría General de la República.**

La Administración se comprometerá formalmente en la solicitud de autorización a incluir en el presupuesto o presupuesto subsiguientes, según sea el caso, las partidas necesarias para la cancelación total de la obligación.

En situaciones especiales a criterio de la Contraloría, esta puede autorizar la publicación de carteles o la tramitación de licitaciones privadas, aun antes de que haya entrado en vigencia un presupuesto o su modificación, siempre que existan razones fundadas para presumir que oportunamente se dispondrá de la asignación presppuestaria.

En tal supuesto la Administración advertirá expresamente en el cartel y así se hará constar también al dictar el acto de adjudicación, que el contrato que se llegue a perfeccionar queda condicionado en su eficacia a la disponibilidad presupuestaria.

b) Necesidad de la contratación.

c) Decisión de contratar, emanada del órgano competente, extendida de conformidad con las regulaciones o usos de orden interno, que rigen al ente público.

d) Separación de los fondos necesarios.

e) Determinación de las características o modalidades de la obra, bien o servicio requerido, incluyendo plazos de entrega o de ejecución, valor estimado del negocio, etc. Esta determinación será o no escrita, breve o minuciosa, simple o compleja, de acuerdo con la naturaleza del contrato que se promueve.

f) Determinación del procedimiento a seguir conforme con la ley; licitación pública, licitación privada, contratación directa o concurso de antecedentes.

g) Aprobación de las bases del negocio y del trámite respectivo.*

*h) En las contrataciones que impliquen adquisición de tecnología, la Administración realizará un estudio sobre la base de las normas que respecto a esta materia haya emitido y publicado, previa consulta con la Contraloría General de la República, el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica. Se entenderá que una contratación implica la adquisición de tecnología cuando ella involucra licencias de propiedad industrial, transferencia de conocimientos técnicos en cualquier forma, asistencia técnica o la adquisición de plantas "llave en mano", caso, este último, en que se estará a lo que dispone el artículo 22.***

* Así reformado por Decreto Ejecutivo Nº 16833 de 16 de enero de 1986, publicado en "La Gaceta" Nº 25 de 5 de febrero de 1986.

** Complementado por Decreto Ejecutivo Nº 14694 de 15 de julio de 1983.

22.—*Limitación admitidas en el memorial.*

El cartel puede contener restricciones o limitaciones cuando sean técnicamente indispensables. Así lo establece el artículo 41 del RCA que dice:

Artículo 41.—Respecto a medidas, límites, plazos, tolerancia, por centajes, etc., el cartel no podrá imponer restricciones que no sean técnicamente indispensables si con ello limita las posibilidades de concurrencia a eventuales participantes. Se usará en relación con esos aspectos la mayor amplitud que permita la clase de negocio de que se trate, en lo posible utilizándolos como punto de referencia. Asimismo, respecto a tipos conocidos de materiales, artefactos, o equipos, cuando se caracterizaren total o parcialmente mediante nomenclatura, simbología, signos distintivos no universales, o marca, ello se hará a manera de referencia; y aun cuando tal aclaración se omitiere, así se entenderá.

23.—*Avisos del cartel en periódicos nacionales y extranjeros.*

El RCA establece la posibilidad de que la administración promueva la mayor participación de oferentes en el concurso invitando a los interesados mediante avisos en medios de comunicación nacional y del extranjero.

El artículo 43 del RCA los permite así:

Artículo 43.—Igualmente podrá publicarse avisos relativos a la licitación que se promueve, en diferentes órganos de publicidad del país y, aun extranjeros, en cuanto interese. En tales casos el aviso deberá corresponder al objeto del cartel y referirse al Diario Oficial en el que aparece la publicación del pliego de condiciones.

24.—*Carta a los interesados en el concurso.*

Cuando, además de lo ya citado, la Administración desea invitar a determinadas personas físicas o jurídicas, les puede remitir una nota motivando a los particulares a que coticen.

El numeral 44 del RCA lo prescribe así:

Artículo 44.—Cuando la Administración estime prudente despertar el interés de posibles participantes en el concurso, podrá dirigirles una nota informativa *del cartel publicado con indicación de "La Gaceta" en que aparece.*

25.—*Modificación o cambios en el cartel.*

El pliego de bases puede sufrir cambios, prórrogas, variaciones o *alternativas. Pero, se necesita que esos cambios sean publicados en* La Gaceta; *como* conditio sine qua non *para su eficacia.*

El artículo 46 del RCA los ordena del siguiente modo:

Artísulo 46.—La modificación a las condiciones o especificaciones del cartel deberá publicarse igualmente en "La Gaceta", sin embargo el plazo mínimo entre la fecha de tal publicación y la de vencimiento para recibir ofertas queda fijado en ocho días hábiles.

Por modificaciones se entienden para estos efectos aquellas que no cambien el objeto del negocio ni constituyan una variación fundamental en la concepción original de este. Cuando mediante publicación posterior se sustituya dicho objeto o se introduzca una alteración importante en la concepción original del mismo, los plazos para recibir ofertas serán ampliados como mínimo en el número de días que disponen los incisos a), b) y c) del artículo anterior 23 según corresponda de acuerdo con la naturaleza del negocio.

Las prórrogas al plazo para recibir ofertas, así como también las modificaciones que se dispongan, para que sean procedentes, deben estar publicadas en "La Gaceta" a más tardar el día anterior al que previamente se hubiere señalado como límite para la presentación de aquellas.

Tanto las aclaraciones como las interpretaciones que se hagan al texto del cartel, constituyen parte de este y deben ajustarse a las reglas anteriores.

Por su parte el artículo 45 del RCA establece:

Artículo 45.—El plazo mínimo (con indicación de la hora y fecha de vencimiento) que el cartel debe señalar en todo caso para la recepción de ofertas, se rige por las siguientes disposiciones:

a) Licitaciones para construcción de obra o concesión de obra; 80 días naturales.

b) Licitaciones para suministros importados o para importar; 21 días naturales.

c) Licitaciones para toda clase de negocio; 15 días naturales.

Dentro de los plazos anteriores, no se cuenta el día de la publicación y sí el de vencimiento.

26.—*Vigencia y prórrogas del cartel.*

Tanto la vigencia de un cartel (en cuanto a plazo, forma y fondo), como las prórrogas que se establezcan deben responder a los claros y sanos intereses de la Administración.

Así lo manda el artículo 48 del RCA:

Artículo 48.—El término de vigencia y las opciones de prórroga previstas en el cartel para una prestación continuada, deben establecerse contemplando las mejores condiciones económicas o de servicio a la administración.

27.—*El pliego puede permitir reajuste de precios.*

El memorial puede admitir y autorizar que se presenten plicas contemplando reajustes de precios, lo cual rompe legítimamente el principio de que el precio de la oferta debe ser concreto e invariable (haciendo relativo tal principio).

Es el artículo 49 del RCA el que así lo permite:

Artículo 49.—Podrá el cartel autorizar ofertas con cláusula de reajuste, precios con sujeción a una fórmula matemática determinada, a base de factores económicos, a fin de reconocer diferencias de precio que excedan el 5% de lo cotizado, respecto a contratos continuados de servicio. de suministros y de arrendamiento no referido a edificios.

CONCLUSIONES

1) El cartel desempeña un papel importante en el concurso, ya que es la normativa del mismo, a la par del resto del ordenamiento legal aplicable en razón de la materia (contratación administrativa).

2) El pliego de condiciones cada vez más se relativiza, ya que hace unos 20 años la Contraloría lo calificaba de "sacrosanto" en sus resoluciones (del Departamento de Licitaciones) y a lo largo de estas dos últimas décadas va admitiendo una serie de incumplimientos, al memorial, que fueron calificados de graves y por tanto implicaban la nulidad del acto adjudicatorio. Ese proceso de relativización y de incumplimiento al cartel que *no* conllevan la anulación de la plica y de la adjudicación respectiva, podría verse como una complacencia con ofertas que violan el cartel, pero también se puede argumentar que el concurso se hace para que la Administración lleve a cabo el concurso y no para acumular negocios frustrados.

   Claro está que la tutela del interés público y del respeto al Ordenamiento Legal deben prevalecer. Este es nuestro criterio.

3) Un aspecto relevante que se puede apuntar es el hecho de que a nivel global, al interior del Estado no hay uniformidad en la redacción de los carteles.

   Existen diferencias, contradicciones y lagunas, lo cual hace pensar en la necesidad de que existan una política institucional tendiente a uniformar los pliegos para solventar esos problemas citados en su construcción y elaboración.

BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

Dromi, José Alberto. *La Licitación Pública* (Buenos Aires: Ed. Astrea 1975).

Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Ed. Abeledo. Perrot. T. III. A).

Ortiz, Eduardo. *La Oferta privada en la Licitación Pública.* (San José: Revista Jurídica No. 76. 1986).

Romero Pérez Jorge E. *La licitación pública en Costa Rica* (San José: Universidad de Costa Rica, 1975, tesis de doctorado, agotado).

Contribución al estudio del contratista público (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 25, 1975, agotado; y, Madrid: Revista de Administración Pública No. 71, 1973: agotado).

El concurso de antecedentes (San José: Revista de Ciencias Jurídicas No. 40, 1980: agotado).

La contratación administrativa (San José: Revista de Ciencias No. 48, 1982).

Reformas al Reglamento de la Contratación Administrativa (San José: Revista de Ciencias Jurídicas No. 52, 1985).

La Oferta en el Contrato Administrativo (San José: Revista de Ciencias Jurídicas No. 53, 1985).

Las garantías en la licitación pública (San José: Revista de Ciencias Jurídicas No. 54, 1985).

Adjudicación y apelación del acto de selección del contratista público (San José. Inédito).

Sayagues Laso, Enrique, *La Licitación Pública* (Montevideo: Ed. Alcali. 1978.

Carteles o pliegos de condiciones
(lista no exhaustiva)

* Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)
* Banco Popular
* Caja Costarricense de Seguro Social
* CODESA
* Proveeduría Nacional.

———oOo———

Revista de la Contraloría General de la República (San José, Costa Rica, Imprenta Nacional).

Revista de Ciencias Jurídicas (San José, Costa Rica, Imprenta LIL).

Revista Judicial (San José, Costa Rica, Imprenta Judicial).

EL ELEMENTO "PARTICIPACION" COMO PARTE INTEGRANTE DE UNA POLITICA CRIMINAL

Dr. Daniel Gadea

Profesor de Criminología de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

INTRODUCCION

Toda sociedad de acuerdo a la época, ha mostrado una honda preocupación por el fenómeno. Resolverlo, o por lo menos, tratar de disminuirlo, ha sido también una tarea ardua en el transcurso de los tiempos. Aunque las sociedades evolucionan es interesante plantearse la problemática tanto desde un punto de vista teórico como práctico sobre cuáles son los caminos adecuados para aproximar en Costa Rica el fenómeno criminal desde una perspectiva específica de política criminal. Para ello será necesario establecer si desde una posición doctrinaria la gente se interesa verdaderamente en la lucha contra la criminalidad y luego desentrañar la realidad cotidiana de nuestro país, para determinar qué está haciendo el ciudadano costarricense al respecto.

Paralelamente además es importante situar el aspecto subjetivo dentro de la política criminal para determinar si el individuo es sujeto activo o pasivo en la lucha por la criminalidad. Lógicamente debe también ser objeto de análisis el medio circundante, el cual se cuestiona como generador de violencia y en última instancia de criminalidad.

Para poder entonces tratar de encaminar a buen sendero esta investigación, hemos creído conveniente confrontar la enunciación conceptual en un primer momento (primera parte), para que en un segundo momento se presente la situación de nuestra realidad social e histórica (segunda parte).

PRIMERA PARTE: Ubicación del concepto

La participación es un elemento necesario dentro de cualquier esquema de política criminal. Cuando se habla de participación se hace referencia a una acción amplia y decidida conscientemente de parte de los sujetos que componen una determinada comunidad.

La participación entonces se ubica dentro de un espacio temporal, circunscrito a una determinada zona geográfica compuesta por un núcleo de personas que tienen o pretenden intereses comunes.

Se habla en este sentido de participación como un concepto que necesariamente abarca un criterio de responsabilidad, en el cual se trata de integrar al mayor número de personas en una determinada colecti-

vidad. Se habla de responsabilidad en el sentido de unir esfuerzos para luchar por problemas comunes.

Veamos entonces cómo se puede llegar a definir el concepto de participación dentro de un esquema de política criminal.

CAPITULO I: Definición

'La participación o el acto de participar es una manera de disposición social y educacional tendiente a preparar a los miembros de la comunidad a trabajr conjuntmente para resolver problemas comunes.(1)

Participación implica entonces un desprendimiento social hacia una serie de tareas o labores dentro del seno de la sociedad. Tal desprendimiento es acción social entendida como un despliegue conjunto de fuerzas hacia una meta determinada.

Participar significa por otra parte educar por que nuestras sociedades actuales llevan un ritmo desenfrenado que no permite que la persona se detenga a meditar en los demás. Hablamos de educación entonces en el sentido de difundir y hacer comprender a los demás que vivimos en una comunidad que necesita de nuestro interés hacia ella.

Participar es aprender a detenerse, saber que la vida no se vive sólo para uno mismo, porque en ella también entran en juego los demás.

Participar es comprender que la vida une y la unión hace la fuerza.

Se trata pues de una verdadera función a ejercer de parte de cada uno de los ciudadanos.

Sección I: *La participación como función*

La participación dentro de la política criminal es una función, porque ello implica un quehacer cotidiano sobre las diversas formas de cómo deben ejercerse las luchas comunitarias internamente. "Igualmente la

(1) Contreras Pulido Orlando. *Ciudad, delito y prevención participativa.* Reunión preparatoria al IX Congreso Internacional de Criminología. Panamá. 25-27 de agosto de 1982.

metodología para comprender los mecanismos de funcionamiento de la técnica de toma de decisiones, de cooperación comunal y de desarrollo de la comunidad.(

Esta participación desde el punto de vista funcional implica una serie de objetivos y una cierta metodología de acción.

A. *El objetivo de la participación*:

El objetivo de toda participación es el crear la conciencia necesaria en los individuos de la relevancia de participar. Se habla en ese sentido de fomentar en el grupo social una especie de integración amplia, para que todos los miembros de la comunidad se sientan inmersos dentro de los problemas sociales. Con ello se pretende dar bases sólidas a una posible apertura de actitudes hacia los demás y en beneficio de todos.

La participación busca entonces, cooperación desde cualquier punto de vista para tratar de neutralizar ciertos inconvenientes sociales que podrían causar caos y desorden dentro de la comunidad.

El objeto de la participación nos lleva en ese sentido a plantearnos que debe hacer una actitud de vigilancia y de consejo con respecto a una serie de circunstancias, que se pueden presentar. Desde el punto de vista del fenómeno criminal, los ciudadanos deben estar atentos a los diversos focos de desviación que puedan surgir. Los ciudadanos deben permanecer como una audiencia amplia y atenta. Pero la actitud de estas audiencias no es una simple actitud intelectual, sino que comporta también una idea de acción hacia algo.(3)

Por ello debe haber una acción decidida de parte de los individuos a tratar de influenciar cualquier comportamiento desviado que se produzca, de manera tal que se produzca una verdadera y real neutralización de la desviación.

B. *Metodología de la participación*

La metodología de la participación pretende establecer una serie de parámetros que deben de seguirse para que los agentes tengan una idea clara a la hora de una toma de decisión. Dicha metodología tiene por objeto establecer entre los sujetos partícipes un conocimiento racional y sistemático de los fenómenos sociales.

(2) Ibid.

(3) Congrés Francais de Criminologie. *La stigmatisation.* Synthese. Aix en Provence. 18-20 octubre 1979.

Paralelamente debe de una manera científica estudiarse la mejor manera de poner en práctica la participación. Para ello debe confrontarse a los ciudadanos con el derecho, para que éstos lo entiendan y puedan hacer uso de él.

"El derecho puede ser un instrumento importantísimo de adelanto social, puesto que, como tantas veces se ha dicho, es un intento de regular la vida a la ocmunidad, uno de sus medios de control.(4)

Cuando el ciudadano tiene entonces claro el aspecto jurídico, el fenómeno de control social se vuelve eficaz para la lucha contra la desviación.

La metodología de la participación pretende en última instancia instrumentalizar sobre bases científicas el ciudadano para que sean ellos mismos los que enfrenten el problemas de la criminalidad.

Sección II: *Los mecanismos de participación*

Los mecanismos de participación se refieren a la organización de los ciudadanos para poder llevar adelante este proceso. Se trata pues de verdaderos instrumentos sociales que permiten al ciudadano salir del anonimato en que talvez se encuentra sumido y desarrollar toda una actividad dirigida hacia el bien común. Para llevar al eficaz cumplimiento de lo anterior la sociedad necesita por un lado estrategias de participación y por otra parte, estructuras de participación.

A. *Estrategias de participación*

Se habla de estrategia de participación como aquella acción dirigida en forma deliberada a influenciar el comportamiento desviado de algún miembro del grupo.(5)

Lógicamente esto implica que el agente participativo esté ampliamente claro y consciente del problema de la desviación, es decir, plenamente identificado con la problemática social. Ello supone además una posición altruista, responsable y seria frente al fenómeno criminal. Ello quiere decir que el agente de la participación no debe de ninguna manera tomar actitudes fuera de tono hacia el desviado, ni tampoco proyectarle una imagen estigmatizante.

(4) Latorre Angel. *Introducción al Derecho.* Ediciones Ariel. Barcelona-España. 1968. Pág. 131.

(5) Contreras Pulido, Orlando. *Op. cit.*

Dentro de la estrategia entonces, el fenómeno de la proyección tiene una importancia vital en la relación que asume el agente participativo con el desviado, porque si se le proyecta una imagen desvalorizada, jamás podrá obtenerse algún tipo de solución al problema: "empujados hacia un retroceso, éstos tomarán una actitud de narcisismo, frente al universo social que lo rechaza; tal actitud se manifestará primero en una postura defensiva bajo la forma de molestia, de desconfianza, de inhibición, cuando se trate de entrar en relación con cualquier persona que se comporte como una representante de la sociedad".(6)

En síntesis la estrategia de participación implica conocimiento de lo que se está haciendo y sobre todo una actitud positiva hacia la problemática de la desviación.

B. *Estructuras de participación*

Dentro del problema de la lucha contra la desviación es necesario crear una serie de grupos que luchen por determinar fenómenos específicos. Tales grupos van a formar una especie de sector y se van a espcializar n una árae determinada.

Todos estos sectores de participación deben estar debidamente vinculados con el poder central para que no haya contradicción entre los objetivos y los fines. Es así, como, medianae una organización con esa perspectiva sectorial, se crea una verdadera estructura que viene a vincular los intereses de los ciudadanos con los intereses del Estado.

La estructura da pues una base sólida a la participación activa y se constituye en una elemento de apoyo importante dentro de la política criminal. Con ello toda la sociedad encuentra un sistema de referencia para poder establecer cualquier política coherente.

Capítulo II: La vida en comunidad

Vivir en comunidad significa estar totalmente pendiente de lo que sucede a nivel del grupo social. Por tal motivo, es necesario para comprender mejor este fenómeno, hacer un análisis de la problemática actual que plantea una situación de crisis dentro de la comunidad y luego buscar cómo se plantea el desarrollo comunitario.

(6) Mailloux Noel. *Jeunes jans dialogue.* Editores Fleurus. París, 1971. Pág. 37.

Sección I: *La crisis dentro de la comunidad*.

La crisis dentro de la comunidad se presenta como una manifestación de la vida moderna, dentro de la cual se presenta un excesivo materialismo dentro de las relaciones humanas. Tal situación produce una cierta apatía dentro de los ciudadanos, los cuales se aislan del grupo provocando el caos dentro del conglomerado social.

A. *Apatía del ciudadano*

Es evidente que en el contexto de nuestra sociedad contemporánea, se ha forjado un hombre apático, una persona que poco a poco se ha ido desinteresando de los problemas que lo rodean. Ya en la antigüedad, los griegos habían constatado esta situación y elaboraron por medio de la "polis" un concepto original y elaborado sobre la comunidad:(7)

"La ciudad griega, al menos en su fase clásica ,estaba animada por un fuerte sentimiento unitario".(8)

La unidad es definitivamente importante dentro de la lucha contra la criminalidad, porque la apatía tiende más bien a favorecer el crimen. Se ha visto mucho en la actualidad personas que son atacadas en pleno centro de la sociedad y muchas veces la gente, no interviene por esta actitud apática.

B. *Aislamiento*

Cuando el ciudadano se aisla del grupo social se produce un caos a nivel de las relaciones humanas y un caos desde la perspectiva de la lucha contra la criminalidad. Aislarse significa dar mayor oportunidad para que los delincuentes realicen sus fechorías, porque lógicamente esto trae como consecuencia una menor presencia de personas en las calles.

Aislarse significa que la ciudad se va a convertir cada vez más en algo solitario y sobre todo a ciertas horas por la noche, la tranquilidad se puede convertir en tragedia para ciertas familias.

Aislarse significa por último estar conforme con lo que sucede a nuestro alrededor sin realizar ninguna actividad efectiva para luchar contra la delincuencia.

---

(7) *Réponses a la violence.* Rapport du Comité présidé par Alain Peyrefitte. Presses Pocket et documentation francaise. Francia. 1977. Pág. 99.

(8) Ibid.

Sección II: *Desarrollo comunitario*

El desarrollo comunitario en materia de política criminal, implica poner en funcionamiento una serie de elementos humanos y de circunstancias para combatir la desviación. Lo anterior implica soluciones conc)retas y planes de acción dirigidos a la educación y a la recreación de los individuos.

A. *Educación*

Dentro de un sistema de desarrollo comunitario se debe establecer de parte de la comunidad un programa de educación que incluya necesariamente la problemática de la desviación y sus componentes. De esta manera se puede explicar a los individuos cómo surge la criminalidad, cuáles son sus componentes más importantes y de qué forma la participación activa del ciudadano ayuda a resolver focos de desviación.

El interior de la problemática de la educación es además sumamente importante la enseñanza de lo que se conoce como la desdramatización y "desetiquetar" ciertas conductas. Esto hace referencia entonces a la actitud de la reacción social frente al fenómeno criminal. Se "des-etiqueta" cuando la comunidad domina el juego que se produce en la sociedad entre la imagen y los demás, es decir, se trata aquí de controlar nuestra actitud con respecto a los desviados, para que éstos no perciban una actitud desvalorizante y de rechazo.

Se educa a desdramatizar cuando se comprende que el fenómeno criminal es algo normal dentro de la sociedad y como tal, debe ser enfrentado al igual que los otros problemas de la comunidad.

B. *Recreación*

Es esencial que dentro de todo desarrollo comunitario íntegro se incluya el aspecto de la recreación entendiéndose por tal concepto la circunstancia de brindar a los componentes de al comunidad, un entretenimiento sano y diversificado.

En el contexto de la recreación, adquiere singular importancia la participación de los individuos, pues es tarea del desarrollo comunitario, fomentar la iniciativa de las personas, para que sean ellos mismos los que organicen de la forma en que mejor estimen conveniente, las actividades que tienden a la expansión de la mente y del espíritu.

Dentro de la recreación adquiere singular importancia el deporte. Para ello va a ser necesario que cada comunidad, proporcione a jóvenes y adultos las instalaciones suficientes y adecuadas para ejercitarse física-

mente. Para nadie es un secreto, que el deporte sirve para acercar a las personas y para estrechar lazos entre gente de muy diverso status social. Pero talvez lo más importante con respecto a la desviación, es que el deporte mantiene a la gente ocupada y les impide que sus pensamientos se desvíen hacia actividades insanas.

SEGUNDA PARTE: Situación en la realidad

Una vez que se ha visto y analizado de una manera conceptual la importancia de la participación dentro del fenómeno criminal, veamos ahora, qué síntomas se producen dentro de la sociedad, que provocan cada vez una sociedad más violenta.

Capítulo I: Violencia y sociedad

Aquí nos vamos a plantear el problema de la violencia y de la forma en que ésta incide sobre el desarrollo normal de la sociedad.

La ciudad ha formado a través de los tiempos una especie de ilusión que ha adquirido diversos matices.

Sección I. *La ciudad como ilusión*

La ilusión que ha producido el advenimiento de la ciudad (polis, civis, urbi) significa que ella tiene una concepción mítica(9) que trasciende más allá del concepto vulgar del término. En ese sentido, nos cuestionaremos aquí sobre una ilusión que llamaremos dorada y otra ilusión negra.

A. *Ilusión dorada*

La ilusión dorada de la ciudad hace referencia a una serie de criterios o de sueños que acompañan la imagen que la gente se hace de la ciudad. En ese sentido podemos situar aquí lo que sucede en Costa Rica, cuando personas "de campo" convierten a la ciudad en ese sueño dorado en esa ilusión que los acompaña desde la niñez.

Efectivamente la ciudad representa la idea de poder y de solemnidad, porque normalmente es en la ciudad en donde se concentran las instituciones públicas más importantes y las ceremonias más solemnes.

(9) En ese sentido: *La ville et la violence.* Réponses á la violence. *Op. cit.* Pág. 84.

Desde el punto de vista individual esta "ciudad-ilusión" es la luz que ilumina la mente y donde todas las ambiciones pueden pasar del sueñ oa la realidad. Todas las distinciones, todas las comodidades se obtienen en la ciudad: poder, riqueza, lujo y honores.(10)

B. *Ilusión negra*

La ciudad puede también confrontar a las personas con una cruda realidad, con una historia negra... con un fracaso, en donde aquellos sueños e ilusiones dorados de un momento a otro se desmoronan como un castillo de naipes.

Durante el transcurso de la historia la ciudad ha sido considerada como un lugar de perdición:

'Ciertos pasajes del Antiguo Testamento expresan como nostalgia del sentimiento nómada, un resentimiento contra la ciudad. La poesía alejandrina, la sátira latina, idealizando la vida rural, señalan por lo general una visión crítica del medio urbano. El cristianismo medieval desarrolló lo anterior a partir de la Biblia: el inventor de la ciudad no es otro que Caín. Esta imagen sugestiva se cristalizó alrededor de la ciudad maldita, la nueva Babilonia, signo del mal".(11)

La lilteratura también se hizo eco de esta concepción, mítica de la ciudad en autores como Eugene Sue, Balzac y Víctor Hugo: "el personaje colectivo de "los miserables" ofrece sin duda el mejor ejemplo de esta concepción".(12)

Ilusión negra entonces porque la ciudad es además agresiva, mezquina y destructiva. Dentro de ella se producen una serie de relaciones que por su complejidad y celeridad no dan muchas veces cabida a la tranquilidad y armonía de la relación. Esto trae como consecuencia que la ciudad actual produce muchas veces una deshumanización de las personas.

Sección II: *La violencia dentro de la ciudad*

Una vez que la persona confronta la realidad creada de la ciudad, puede llegar a la violencia y por ende a la criminalidad en base a varios aspectos, como la desconfianza y la tensión.

(10) Ibid. Pág. 85.

(11) Ibid. Pág. 86.

(12) Ibid. Pág. 87.

A. *Desconfianza y violencia*:

Es evidente que la vida dentro de la ciudad crea un sentimiento de desconfianza entre las personas. Tal sentimiento tiene su origen en diversas circunstancias que son producto de la problemática compleja de la ciudad. En ese sentido, el hecho por ejemplo de que una ciudad se expanda, provoca primero exceso de población:

"Las grandes aglomeraciones reflejan un gigantismo inquietante. Las dimensiones sobrepasan las proporciones aceptables para un ser humano".(18)

Este exceso de población produce incomodidades a nivel de espacio, a nivel del consumo y a nivel de las relaciones intersubjetivas. Ello provoca que se de con frecuencia el fenómeno del anonimato y la persona se vuelve hostil hacia los demás. Las personas se colocan entonces en una posición de legtíima defensa y reaccionan violentamente a veces por cuestiones inesperadas o sin motivo alguno.

B. *Tensión y violencia*

La tensión puede producir violencia dentro de la sociedad por las características mismas de la vida que tienen su origen en la sociedad de consumo. Actualmente y a través de la historia, el hombre se ha hecho valer entre sus semejantes a partir de los bienes materiales. Cada día, la propaganda comercial y la era moderna incitan, a veces de manera sutil a otras de manera directa, el ansia hacia la consumación. Dentro de ciertos sectores de la población esta situación provoca tensión y angustia, porque para cierto tipo de personas no se puede llegar con la facilidad de otros sectores al aprovechamiento de determinados bienes. Esto desemboca en una frustración, como consecuencia de la falta o insuficiencia de una satisfacción. A partir de ahí, el sujeto se puede volver violento y reivindicar por medios antijurídicos lo que no puede conseguir de otra forma.

Definitivamente la ciudad crea y fomenta dentro de su desenfrenado ritmo de vida la tensión en los ciudadanos y en ese sentido, de cierta forma ella misma genera o es el germen de cierto tipo de criminalidad, parodiando al doctor Alejandro Laccassagne.

---

(13) Mergen Armand. *Securité urbaine*. Révue internationale de criminologie et de police technique. Volume XXXVI Nº 4. Octubre-diciembre, 1983. Pág. 44.

Capítulo II: Situación actual

Costa Rica, como muchos otros países del mundo, vive azotado por una ola de delincuencia que ha causado inseguridad e intranquilidad en los ciudadanos.

Desde este punto de vista puede afirmarse que hay una parte de la población que está casi sin control, vive al margen de la ley y aterroriza al otro sector de la población.

Sección III: *El terror en la ciudad*

Hay en estos momentos en Costa Rica una gran mayoría de la población aterrorizada por los diversos hechos criminales que se han producido.(14)

La zona del Cerro de la Cruz ha sido escenario en Costa Rica de múltiples sucesos, desde asaltos hasta violaciones y la policía la considera como región peligrosa, asentada en el cantón de más incidencia delictiva de la provincia de San José.(15)

Es interesante constatar de un fenómeno curioso al respecto pues casi se podría hablar de un "semi-círculo del crimen" alrededor de la Cruz de Alajuelita que comprendería las poblaciones de Aserrí, San Rafael Abajo y Arriba de Desamparados, Concepción de Alajuelita, El Llano de Alajuelita, San Felipe de Alajuelita y San Antonio de Escazú.(16)

A. *La parte aterrorizada de la población*

Todos estos fenómenos de delincuencia y la difusa promoción e información que de ella dan los medios de comunicación delictuosa en nuestro país, van creando poco a poco una población temerosa y asustada. Cada día los crímenes contra las personas, acompañados de violencia y ultraje físico, son más frecuentes y en lugares que antes no se prestaban para ello y a horas no acostumbradas. Ya no solo la mujer sola o al pobre anciana es atacada, sino que Costa Rica experimenta actualmente una delincuencia que ya tampoco respeta a los menores de edad. Ante todo esta panorámica, es lógico que la población costarri-

---

(14) Crimen de Guachipelín, crimen de Heredia, crimen de La Cruz de Alajuelita, etc.

(15) *Periódico La República*. Información aparecida el miércoles 16 de abril de 1986.

(16) Ibid.

cense se siente insegura. Es una población irritada que busca por todos los medios de no dar ocasión de la desviación.

La gente señala por otra parte que la delincuencia es mucho mayor que antes, pero también hay que señalar que la percepción, información, divulgación y visibilidad hacia la criminalidad también ha aumentado.

Antes las proporciones que la criminalidad ha adquirido en Costa Rica, nuestra sociedad ha asumido una serie de posturas que vale la pena enunciar.

B. *Consecuencias*

Primero que nada, la gente se ha encerrado en sus casas y las han llenado de barrotes, constituyendo en ellas pequeñas o grandes fortalezas como tributo al sentimiento de inseguridad que priva en la mayor parte de los ciudadanos. Es muy difícil que en la actualidad se construya una vivienda nueva, sin el concebido presupuesto monetario para la instalación de rejas. Se presenta así la ironaí que mientras la gente honesta vive encerrada entre barrotes, muchos delincuentes andan libres cometiendo fechorías.

Por otra parte, los vehículos automotores han sido también objeto de una protección muy especial que incluye candados, alarmas sofisticadas y marcación de los vidrios.

En segundo lugar las personas se han abstenido o privado de realizar una serie de actividades, especialmente en ciertos lugares y a ciertas horas, ante el temor de un ataque o de un acto de violencia en contra de su persona o sus pertenencias.

Hay pues en la sociedad costarricense un trastorno total de su vida y costumbres, como producto del sentimiento de inseguridad que se respira.

Sección II. *Soluciones*

La población aterrorizada debe despertar y reaccionar para no quedar sumida en el miedo y la congoja. Se debe reaccionar responsablemente y establecer los mecanismos de participación activa necesarios que permitan terminar con el terror reinante.

A. *Reacción comunitaria*

Si muchas veces las autoridades no tienen ni los medios, ni los elementos necesarios para controlar la desviación, la comunidad debe

reaccionar creando grupos voluntarios, quienes debidamente equiparados pueden vigilar y velar por el desarrollo normal de cada sector. Esto permite lograr un mejor control de la desviación y además se eliminan ciertas perspectivas de peligro.

Este tipo de reacción consiste entonces en incitar a los ciudadanos a que participen en su auto-protección preventiva.(17) Tal reacción busca entonces golpear la imaginación del ciudadano, para que salga de la indiferencia en que muchas veces está sumido.

B. *Participación activa*

La comunidad debe dejar atrás toda actitud de temor o egoísmo y asumir con vigor el rol que le corresponde, luchando con vigor contra aquella parte de la población que trata de imponerse por el camino desviado. Solo si se asume una actitud activa, consistente en una acción decidida y conjunta, que permita llegar a eliminar el terror, se podrá solucionar el problema.

Lo importante de esta participación activa de la comunidad se refiere a que se debe tener presente, que no siempre el Poder Central va a resolver todos nuestros problemas.

Si cada comunidad aprende a resolver la desviación que se presente dentro de su ámbito de acción, sin depender en forma exclusiva de la intervención de las autoridades, esto trae como consecuencia la tranquilidad y la confianza del conglomerado social.

De acuerdo a todo lo que hemos analizado en esta investigación es evidente que la participación es un elemento trascendental dentro de cualquier política criminal. En la medida en la que cada ciudad tenga claro el significado de esa intervención con respecto a la criminalidad se estará accionando la política criminal, convirtiendo cualquier enunciado teórico en postulados meramente prácticos.

Participar en síntesis es poner en movimiento el elemento esencial sin el cual no puede trabajar la política criminal: al ser humano.

(17) Pradel Jean. *Comment réduire la peur du-crime? L'exemple de la France* Révue internationale de Criminologie. *Op. cit.* Pág. 37.

BIBLIOGRAFIA

— Congrés Francais de Criminologie. *La stigmatisation. Synthièse.* Aix en Provence. 18-20 octubre 1979.

—Contreras Pulido Orlando. *Ciudad, delito y prevención participativa.* Ponencia. Reunión preparatoria el IX Congreso Internacional de Criminología. Panamá. 25-27 de agosto de 1982.

— Latorre Angel. *Introducción al derecho.* Ediciones Ariel. Barcelona. España. 1968.

— Mailloux Noel. *Jeunes sans dialogue.* Editions Flurus París. 1971.

— Mergen Armando. *Sucurité urbaine.* Révue internationale de criminologie et de police technique. Volume XXXVI Nº 4. Octubre-diciembre. 1983.

— Periódico La República. *Información.* Miércoles 16 de abril de 1986.

— Pradel Jean. *Comment Réduire la peur du crime? L'exemple de la France.* Revue internationale de Criminologie. Volume XXXVI. Nº 4 octubre-diciembre. 1983.

— Réponses a la violence. *Rapport* du Comité préside par Alain Peyrefitte. Preses Pocket et documentation francais. Francia. 1977.

EL PODER EJECUTIVO

Lic. Bernardo Baruch

Abogado costarricense

SUMARIO:

INTRODUCCION:

¡Ay de los pueblos gobernados
por un Poder que ha de pensar,
en la conservación propia!

(Balmes, Escritos Políticos)*

Para poder hacer un análisis comparado del Ejecutivo Poltíico Moderado, pecaríamos de ingenuos 'como pasa con muchos otros aspectos de la vida, en exceso agitada por el desarrollo total o general de las sociedades, sin referirnos al nacimiento de la teoría de la división de poderes del Estado, idea generalizada, generadora del actual departamento o sección del Estado que es el Poder Ejecutivo.

El problema: 'de quién, y cómo debe gobernar" no es problema exclusivo de nuestra generación, ni de ninguna otra en la historia de la humanidad. Desde que el hombre habita la tierra, ésta ha sido una constante inquietud. Las ideas principales de gobierno que analizaron las culturas antiguas, no eran en el fondo distintas a las actuales, y de eso tenemos constancia de "La República" de Platón(1). Asimismo las luchas de las guerras heroícas entre Atenas y Esparta, en su espíritu están vigentes, en las luchas por la hegemonía del mundo de nuestros días. El germen de aquellas ideologías, hoy en día enfrenta a los imperios de la actualidad —que mañana será historia— en vísperas del siglo veintiuno. El problema entre absolutismo, gobierno civil, liberalismo y democracia fue también problema de los antiguos hebreos en tiempos bíblicos (Deuteronomio 17:14 a 20 - 1 Samuel 3:10 a 20)(2).

Pero para el presente trabajo nos interesa estudiar las influencias más próximas, que parten de la filosofía moderna del Renacimiento, y por ello, necesariamente tenemos que partir de "El Espíritu de las Leyes" de Montesquieu, obra que en 1748 complimentó los vacíos del ordenamiento, o mejor dicho, cristalizó mejor las ideas del movimiento

---

* BALMES, Jaime "Escritos Políticos" tomado de Diccionario de Frases Célebres E. Sintes, Barcelona 1963 (pág. 382).

(1) PLATON, "La República o El Estado" a través de todos los diálogos sobre el gobierno, Ed. ESPASA Caple Argentina S. A. Buenos Aires 1964.

(2) BIBLA "Deuteronomio (17:14 a 20) que habla de la organización de Gobierno, reinado y estatutos, en relación con 1 Samuel (18:10 a 20).

renacentista de una época decisiva crucial, cuando la civilización de Occidente se encontraba ante una variada bifurcación para enrumbar por los senderos de su historia. Así, Montesquieu pudo intuir su "Espíritu de las Leyes" que pueda gobernar bien a la sociedad en su avance de sacudida del absolutismo hacia un sistema equilibrado. Después de "El Príncipe" de Nicolo Maquiaveli (1513), "Los Seis Libros de la República" de Jean Bodiro (1576). "El Leviathan" de Tomás Hobbes (1651), "La Política sacada de la Santa Escritura" de Boussuet (1679-1709) los que enfocaron la política y gobierno al servicio del absolutismo, como sistema único emanado del propio ser Supremo para gobernar a los hombres, Montesquieu imprimió el toque de "avancen!" hacia el Estado de Derecho y creó la idea de división de los Poderes del Estado, en la búsqueda del mejor gobierno. El siglo XVIII marcó la pauta anti-absolutista con teóricos ya imbuidos del movimiento de la "aufklarung" alemana, o en español ilustración; que se dieron al ataque contra el absolutismo, pero tomando muy en cuenta los análisis científico-políticos de sus predecesores absolutistas.

Así salió a luz "El Ensayo sobre el Gobierno Civil" de John Locke (1690), el primer fuerte anti-absolutista. Después Montesquieu a quien enfocamos más en este trabajo cuyo "Espíritu", aunque tan distantxe, (1748) da vida y mantiene la "llama permanente" y fundamento del papel del Ejecutivo moderno en todas las latitudes, o para resumir; en los Ministerios y órganos ejecutivos en ambos bloques de las ideologías en constante lucha por la hegemonía geo-política de nuestra generación, ya que, si bien existen diferencias en el cuadro-diagrama u organograma de las estrutcuras en las partes altas, —ejecutivos con facultades o potestades de decisión—, en la dirección mediana y baja, los funcionarios que componen la burocracia no se diferencian mucho entre sí, cumpliendo su papel sin ideologías, lo que ampliaremos al tratar a fondo este aspecto.

Siguiendo el resumen histórico de la evolución del pensamiento político, le siguió "El Contrato Social" de J. J. Rousseau (1762), la independencia de los Estados Unidos y formación de los fundamentos de la democracia americana (1776), la Revolución Francesa de 1789. Surgieron luego —todo dentro del proceso histórico-político—, que se convulsionaba y al mismo tiempo se asentaba, para "empujar" al tiempo hacia las estructuras actuales, que con las consecuencias de la Revolución Francesa, de la "Aufdarung", de estructuras políticas con "miramientos" hacia el hombre, —las corrientes humanísticas— los ideólogos que, —como el agua— hacen correr al tiempo, y con ellos, discurre el hombre hacia su destino histórico y su "Weltanchaung" —concepción del mundo— y en ese contexto, vio la luz las "Reflexiones sobre la Revolución de Francia" de Edmundo Burke (1790), nació la dimensión nacionalista, que pronto cautivó a toda Europa, "Los Discursos a la nación alemana" de Fichte (1807-1808) con giros dimensionales adversos, y la "Democracia de América" de Alexis de Tocqueville (1835-1840) que enrumbaron los cambios de las estructuras políticas que originaron de nuevo el enfrentamiento de "Atenas, con Esparta" modernos, el totalitarismo con las democracias. Y todos los sucesos políticos de las dos Guerras mundiales, las colonizaciones primero y después las descolonizaciones, las democracias occidentales, contrapuestas a las democracias populares, que ahora en el umbral del siglo XXI, en realidad continúan buscando la síntesis del absolutismo, liberalismo, socialismo y democracia, ideas en constante pugna, para plasmar un sistema que más se asemeja al "Gobierno del Pueblo, por el Pueblo y para el Pueblo" que fue el ideal de Lincoln[8] y en la medida de la gama del arco-iris ideológico-político en que se encuentre un determinado Estado así refleja en las actitudes políticas, balanceo o lo que modernamente llaman "diálogo" que hacen actuar al Ejecutivo moderno que expresa el "espíritu" de su sociedad y la complejidad del Estado bajo cuyas alzas "ejecuta" en el sentido que expresa ese espíritu, que Montesquieu analizó conforme él lo interpretó según el diccionario Littré que define: "espíritu": como principios, motivos, impulsos, tendencias, según los cuales se dirige uno[4]. Lo cierto es que el poder público, El Ejecutivo, es una herramienta de la sociedad, como bien lo analizó Balmes, a quien comenzamos citando, y queremos terminar esta introducción, refiriéndonos a la cita auto-explícita:

> "El objeto del Poder Público es una necesidad del género humano: su valor moral se funda en la ley natural, que autoriza y manda la existencia del mismo. El modo de su formación ha dependido de las circunstancias, sufriendo la variedad e inestabilidad de las cosas humanas."
>
> Balmes[5]

Y eso es, o ha de ser el Ejecutivo moderno, que en este trabajo trataremos de "enfocar".

---

(3) LINCOLN, Abraham "La oración de Gettysbur" palabras con las que terminó su discudso, en 1863, que pronunciara Lincoln como resumen de la Guerra Civil a semejanza, de la Oración a los muertos de la Guerra de Peloponeso que pronunciara Pericles. Siglo V a C.

(4) CHEVALIER, J. J. "Los Grandes Texteos Políticos" Ed. Aguilar, Madrid 1965.

(5) BALMES, Jaime Ob. cit. (pág. 451).

"El deber de ser útil no como se desee, sino como se puede"

Amiel[6]

1.—*LA IDEA DEL EJECUTIVO*

a) *Antecedentes Históricos:*

Costa Rica nació como país, con la independencia (15 de Setiembre de 1821), ya que antes llamada por Colón, la tierra de Veragua, fue luego la Provincia de Costa Rica, dependiente del Reino de Guatemala, cuya estructura político-colonial, dependía de España.

Sin que esta exposición se convierta en un análisis histórico, es necesario para este trabajo que se indiquen algunas luces que originaron a esta tradicional democracia innata, y obligadamente hay que observar algo de esta trayectoria, para llegar brevemente a la actulidd.

Al llegar los conquistadores a lo que hoy es Costa Rica, encontraron una población indígena de unas veintisiete mil almas, originadas por migraciones tanto del Norte, —aztecas, mayas— como del Sur, —chibchas, incas, etc.— que con sus ideas "cosmopolitas", formaron los grupos locales, que el historiador costarricense Profesor Jorge A. Lines, dividió en tres grupos: chorotegas, bruncas y huetares. Pero para el interés de este trabajo, es importante la variedad de religiones y tolerancia existente entre aquellos grupos indígenas[7], lo que probablemente convergió con el pensamiento de los colonos, que en su mayoría a semejanza del "Mayflower" —grupo de inmigrantes a que nos refiere la Historia de los Estados Unidos—[8] fueron judíos españoles conversos al catolicismo, lo que Chacón Trejos[9] compara con aquellos norteamericanos del Mayflower, que llegaron en busca de libertad huyendo de la Inquisición, resultado de lo que Pérez Villarino llamó que "fue el fruto de la Unión de la vigilancia eclesiástica con el RECELO de los Reyes Católicos frente a los judíos y moros"[10].

---

(6) SINTES PROS, Jorge "Diccionario de Máximas y Pensamientos" Ed. Sintes Barcelona, 1964.

(7) FERNANDEZ Guardia, Ricardo "Cartilla Histórica de Costa Rica" Ed. Lehman, 1970.

(8) MORRISON, Samuel Eliot "The Oxford History of American People" New York - Oxford Universite Preso, 1965.

(9) CHACON Trejos, Gonzalo "Costa Rica es distinta en Hspanoamérca" Imp. Trejos Hnos. San José, 1969, pág. 10.

(10) PEREZ Vlarino, J. "Inquisición y Constitución en España" Ed. Zero S. A., Madrid 1973 (pág. 40).

Lo que interesa a esta exposición, es que la convergencia de ideas, que posteriormente fueron formando al ser costarricense, sin dejar de nutrirse de las ideas convergentes de los indígenas y los primeros originarios pobladores occidentales, Costa Rica se apropió de las ideas generales de las principales corrientes europeas[11] así que no le fueron ajenas todas las ideas de organización política, y sus discrepancias político-ideológicas de la gama de ideas mencionadas en la introducción del presente trabajo.

Dentro del contexto histórico, es importante agregar que Costa Rica, un Estado que formó parte de la Federación Centroamericana, primero se llamó Provincias Unidas del Centro de América, y luego se tornó en la República Federal de Centro América, que reunía a Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica[12].

La Asamblea Nacional Constituyente de la Federación, reunida en junio 1823 decidió la reunión y en 1824 decretó la Ley Fundamental de la Federación Centroamericana, que fue sancionada en 1825. Lo interesante para este trabajo, no son las fechas históricas señaladas sino que la Constitución Federal Centroamericana, fue una copia, o como muchos quieren agregar; una mala copia de la Constitución Federal Norteamericaan, mucho se copió del Ejecutivo norteamericano.

b) *Sistema Jurídico-Constitucional*

Así, como la vida biológica junto con el "training" —el desarrollo y educación— forman al ser individual humano, la historia y sus vicisitudes forman a la nación, que conforme a Bodino[14] hay que agregar como factor importante, el clima. En ese contexto nació Costa Rica como país independiente, soberano, democrático, creyente en las libertades, y basado constitucionalmente en la división de poderes, enseñada por Montesquieu, enfocado al principio, plasmado en la Constitución Política —la Carta Magna— que dice:

> "Artículo 9.—El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen tres poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.([15])

---

(11) GUTIERREZ, Carlos José "Una convergencia (ius - Naturalismo" Opúsculo en Pall. "Letras Jurídicas Oct.-Dic. 1965, Nº 25 Chihuahua, México.

(12) FERNANDEZ Guardia, Ricardo. Ob. cit.

(13) CHAMORRO, Pedro J. "Historia de la Federación de América Central 1823-1840". Tomado de Antología de la Historia de las Instituciones de Costa Rica. Pub. de la Univ. de C. R. 1970.

(14) BODINO Jean "Los Seis Libros de la República." Pub. Universidad Central de Venezuela, Fac. de Der. Caracas, 1966.

(15) ASAMBLEA LEGISLATIVA DE COSTA RICA "Constitución Política de la República de Costa Rica (7 Nov. 1949) Ed. Imprenta Nacional, 1968.

y lo que también nos interesa en cuanto al ejercicio de los poderes y cumplimiento de los deberes del Ejecutivo, la Constitución prevé:

> "Artículo 11.—Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden abrogarse facultades que la ley no lesconcede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública"(16).

Para comprender el "juego" verdadero de "fiel de la balanza" jurídico-político de Costa Rica, como un país eminentemente "de derecho", lo explica la previsión constitucional que dice:

> "Artículo 10.—Las disposiciones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo contrarias a la Constitución serán absolutamente nulas, así como los actos de los que usurpen funciones públicas, y los nombramientos hechos sin los requisitos legales.
> Corresponde a la Corte Suprema de Justicia,, por votación no menor de dos tercios del total de sus miembros, declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y de los decretos del Poder Ejecutivo.
> La ley indicará los Tribunales llamados a conocer de la inconstitucionalidad de otras disposiciones del Poder Ejecutivo(16).

Quiere decir, que la organización estatal está constitucionalmente diseñada conforme a la división de poderes, y agregando las disposiciones que otorgan atribuciones y obligaciones al Poder Ejecutivo, y principalmente la disposición:

> "Artículo 130.—El Poder Ejecutivo lo ejercen en nombre del pueblo, el Presidente de la República y los Ministros de Gobierno en calidad de obligados colaboradores"(16).

de lo que se deduce un sistema del "Ejecutivo-Presidente", pues en el sistema, donde el "Gobierno-Ejecutivo" lo jeerce el Consejo de Gobierno, que es formado por el Presidente de la República y los Ministros..." (Artículo 147 de la Constitución Política). Pero, siendo los ministros "obligados colaboradores" del Presidente, que los nombra o destituye, "sin ceremonial", de hecho el Poder Ejecutivo queda centrado en el Presidente, sin embargo, no es así, de lo que esbozaremos adelante.

c) *El Ejecutivo Político: una interpretación*

Debemos aclarar la semántica, para entender al Ejecutivo Político, que en sentido de su origen, de Polis es el que ejerce el Poder Público

(16) Ibídem.

—lo que estamos analizando— y así se debe entender, sea quien ejecuta las decisiones del Gobierno, el Estado.

Pero, también lo político se puede interpretar como el arte de gobernar, y en ese aspecto, lo político en los tiempos modernos, está inmerso en el "oleaje" de interés, anhelos y posiciones que toman los grupos sociales, dividido en sectores, clases y organizaciones que pesan sobre las acciones de quien "ejerce", "ostenta" o "ejecuta" las políticas del poder, —o el Ejecutivo Político. Esto dependen del grado de entendimiento y convicción que el grupo social, o gran parte de este, tenga del concepto de "La Soberanía Popular" y su influencia política(17).

2.—*El Ejecutivo Presidencialista*

a) *El "empuje" histórico*

Las corrientes anti-absolutistas llevaron o "empujaron" al mundo occidental principalmente, abrazar las ideas Montesquianas. Los grandes ideales de la Revolución Francesa; de igualdad, libertad y fraternidad, que produjo la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que fueron incorporados al patrimonio cultural e histórico de toda la humanidad, se incorporó también al tutelaje de esos derechos, como obligación estatal que adoptaba estos ideales, a pensar de ciertas negaciones, e imperfecciones, los pueblos han adoptado ese ideal, que se tornó universal mediante la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y acordados por las Naciones Unidas(19).

Lo importante para este trabajo es que, la Revolución Americana, que se nutrió e interrelacionó con la Revolución Francesa, los ideales de ambas fueron los pivotes sobre los cuales se levantó, y se estructuró la creación de la Federación de los Estados norteamericanos, que en 1787 se constituyó con lastrece colonias.

Como quedó mencionado, la Federación Centroamericana, y su Constitución, fueron inspirados en la Constitución Norteamericana, que sirvió de modelo, sin considerar, las diversidades de carácteres, de tierra, pueblo, cultura y educación política, lo que condujo al fracaso de la Federación. Costa Rica se separó de la Federación al crear el Estado Libre de Costa Rica, mediante su Ley Fundamental del 25 de enero

(17) JOUVENEL, Bertrend de, "El Poder" - Editora Nacional, Madrid, 1956.

(18) Naciones Unidas "Declaración Universal de los Derechos Humanos". Aprobada por la As. Gral. del 10 Dic. 1948 - Pub. Oficina de Información Pública de las Naciones Unidas, 124051- - Nov. 1968.

(19) CHAMORRO, Pedro J. Ob., cit.

de 1825,[20] pero sin duda, mantuvo influencias heredades de la Federación, e indirectamente, reflejaba ideas democráticas, entusiasmada en el modelo norteamericano, sirvió de ejemplo a muchos países del Hemisferio, y también a Costa Rica.

b) *El Ejecutivo presidencialista en los Estados Unidos*

En la Federación Norteamericana, cuyo principio fundamental se basa en la división de los poderes en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Originados —las ideas políticas americanas— en Aristóteles y Cicerón, como base principal en la libertad, encontraron en Montesquieu al primero que habló de la división de poderes, como medio de salvar la libertad, apoyado por Blackstone en su "Comentario". Este principio —de los tres poderes— fue aceptado primeramente forma expresa en las constituciones de Virginia y Massachusset (1780) para que sea "un gobierno de leyes, y no de hombres"[20]. La Constitución Federal de 1787 tiene el espíritu de la división de poderes, aunque no contiene normas expresas en ese sentido dentro de la Constitución, pero si en documentos de las reglamentaciones de los "Distribuiting Clauses"[21].

En Estados Unidos la acentuación de predominio de los poderes, es variable, según quien esté al frente como titular de un determinado poder. Así hubo períodos de acentuación dominante en la política, como lo fue del Poder Judicial bajo la dirección del Magistrado John Marshal a principio del siglo XIX, (1801-1835) pero principalmente lo es el Ejecutivo, el predominante con los poderes casi absolutos, en muchos casos que tiene el presidente, como lo fueron en sus tiempos; Lincoln, Theodoro Rossvelt, Widrow Wilson y Franklin Delano Roosvelt.[22]

c) *El Ejecutivo - presidencialista costarricense*

Nos interesó corrotar la influencia que el Ejecutivo norteamericano pudo tener en el sistema presidencialista costarricense, pero hemos de advertir también que el desarrollo histórico-político y el socio-ideológico propiamente costarricense, recibió las ideas predominantes del pensamiento europeo, conforme hemos hecho referencia a la "Convergencia del Ius-Naturalismo" (ver cita 11) lo confirma también en rasgos

(20) TRUSLOW, James Adams "Dictionary of American History" Charles Scribners Sons, New York 1951 - Vol. V - pág. 351.

(21) TRUSLOW, James Adams, ob. cit. Vol. II, pág. 315.

(22) Truslow, James Adams, ob. cit. Vol. IV, pág. 327 tomado de The Federalist.

generales Constantino Láscaris,[23] El Ejecutivo presidencialista tomó sus propios rumbos, como Ejecutivo presidencialista-paternalista, por razones principalmente basadas en la fraternal relación del presidente con los pueblos, y por la estrecha relación de sangre que unía a los grupos oligárquicos que ostentaron el poder conforme la obra de Samuel Stone quien afirma, que durante cuatrocientos años, el poder estuvo en manos de la clase política compuesta por los grandes cafetaleros, a quienes unían nexos de sangre, por ser descendientes del conquistador Juan Vásquez de Coronado.[24]

3.—*EL EJECUTIVO, ESTUDIO COMPARADO*

a) *La Función del Ejecutivo Poltiico Moderno*

a-a) *Constitución-legal*

Dentro de la contextura y organización del Estado moderno, el Ejecutivo, a veces confundido con el "gobierno" a diferencia "del Estado" que tiene más claridad conceptual, ya que el Estado es la institución perpetua, y el gobierno, es una ramificación de "ejecutores" de los fines del Estado, una institución "pasajera" en el sistema democrático que elige "gobierno" cada período constitucional.

Aunque, desde el análisis jurídico, no podríamos jamás confundir gobierno en sentido estricto con el Poder Ejecutivo, ya que la estructura de Montesquieu desde el punto de vista doctrinario, y la Constitución en términos jurídicos, están diseñadas para que gobiernen los tres poderes. La confusión se debe al nexo directo que el Ejecutivo ejerce en las acciones y ejecuciones de los trabajos de "gobernar", que a través de estos, el Ejecutivo está en constante contacto directo con los pueblos.

Constitucionalmente, está designado al Poder Legislativo emitir las órdenes-leyes, al Ejecutivo; materializarlos y al Poder Judicial, mediar, y resolver las discrepancias, tanto de los gobernados entre sí, como a los que gobiernan, en sus relaciones con los gobernados, e interinstitucionales.

La Constitución, es clara y expresa al indicar las atribuciones y obligaciones que otorga a cada Poder (ver citas al respecto).

(23) LASCARIS, Constantino "Historia de las ideas en Centroamérica" Ed. EDUCA, San José, C. R. 1970.

(24) STONE, Samuel "Algunos aspectos de la distribución del poder político en Costa Rica" Revista de Ciencias Jurídicas Nº 17 (pág. 105-130), Junio de 1971.

En las realizaciones pragmáticas, en cumplimiento de sus obligaciones el Ejecutivo Moderno ha de mantener una organización ramificada de funcionarios con tareas específicas asignadas que realizan las funciones de "agentes" del Ejecutivo, con responsabilidades civiles, administrativas y penales, lo que expone al Ejecutivo, como un todo, a la creación de conflictos, y acomodar e identificar más acentuadamente la distinción entre gobernantes y gobernados.

En Costa Rica, las ejecuciones que emanan del Ejecutivo, son realizadas a través de la Ley de Presupuesto, la Ley de la Administración Financiera, y la reciente Ley de la Administración Pública.(25) Estas leyes en conjunto con lo que han dado en llamar "la primera Ley de la República' que es la Ley del Presupuesto, que debe ser emitida todos los años antes del 30 de noviembre, consignando el presupuesto para el período que sigue, son las leyes principales - pragmáticas, son las "herramientas" del Poder Ejecutivo para sus realizaciones regulada en forma detallada por los artículos 176 a 12 de la Constitución Política.

a-b) *Político-pragmática*

Los Estados modernos han comprendido, a fuerza de las "profecías" de Ortega y Gazet sobre el poder de las masas, cuyas fuerzas en el mundo actual han superado la imaginación de Ortega. El nuevo poder que han creado las técnicas modernas de la comunicación colectiva, en muchos casos tornan el Ejecutivo en "nación actuante" donde "el pueblo y gobierno son dos",(26) o muchos más, en una constante interrelación de "mediciones de fuerza", lo que hace, que las políticas del Ejecutivo sean variantes, y ajustadas a las circunstancias no por decisiones deseadas, sino por presiones de fuerzas centrífugas, como en el caso "Watergate" norteamericano. Podemos así agregar un cuarto Poder al sistema montesquiano, un poder que no ha sido "ideado" contemplado en ninguna constitución pero se ha incrustado en la vida pragmática del ejercicio del poder, que son los medios de comunicación colectiva, y que el Ejecutivo moderno pragmático, debe tener muy en cuenta. Este aspecto ha llevado a autores como Joseph Kraft a decir que "la división de los tres poderes ya no existe" y que "la ley

(25) Ley General de Administración Pública que es la ley Nº 2 de mayo de 1978, por razones de procedimientos, tuvo que ser suspendida o pospuesta, y con ciertas reformas mediante Decretos Ejecutivos (Nº 8979-P del 28 de agosto de 1978 y Nº 9469-P del 18 de diciembre de 1978 entró en vigencia el 20 de diciembre de 1978, Ed. Contraloría Gral. de la República, Imp. Nacional, San José, 1979.
La "Ley de Administración Financiera de la República y su reglamento" es la Ley Nº 1279 promulgada por la As. Legislativa del 2 de mayo de 1951, Ed. de Ministerio de Hacienda Imp. Nacional, San José, 1978.

(26) JOUVENAL, Berthaul Ob. cit. pág. 341.

Constitucional, es poltíica aplicada"(27) lo que nos induce a pensar en la aproximación a la realidad, lo que hemos citado, que el Ejecutivo pragmático tiene por deber ser útil, como se puede, en el juego de "peso y contrapeso", lo que agrega un problema más a la utopía del Estado de derecho liberal de Krabble y Kelsen en cuanto a la supremacía de la "soberanía del Estado" o "la soberanía del derecho"(28) a los que habrá que agregar "la soberanía popular" ejercida a través de los medios de expresión. Y algo más. Son los medios de expresión o comunicación, los titulares de esta "soberanaí popular"?(30) o como René Zavaleta, llama "poder dual", citando al economista chileno Sergio Ramos, que además hace diferencias entre "Poder del Estado" y "aparato estatal"(31) lo que nos hace deducir que en el ejercicio práctico no se le puede asignar un determinado sistema o sub-sistema estático, "sino no como se desea, sino como se pueda", es dinámico y vulnerable.

a-c) *Político-electoral*

En los sistemas democráticos, con la "espada de Damocles" que "corta cabezas" cada ciclo de años, según lo establezcan las constituciones, al asumir un nuevo gobierno, —o un nuevo grupo de hombres que se encargan del gobierno—, este grupo debe avocarse de inmediato, la tarea de reorganizar el aparato estatal, y con toda la existencia del Servicio Civil, que en algunos casos protege a inamovilidad de grandes grupos de funcionarios, es inevitable que el "nuevo Ejecutivo" esté obligado "a pagar" compromisos, promesas o reconocimientos políticos-electorales, que inciden en el ejercicio del poder, ya no del propio gabinete que es el gobierno o Ejecutivo en la cúspid, en Costa Rica es el Consejo de Gobierno, sino principalmente en los entes para-estatales, a los que dentro de la organización estatal costarricense, las Instituciones Autónomas co-gobiernen, son el Ejecutivo, o en algunos casos, el "brazo" extendido del Ejecutivo.

a-d) *Ejecutivo-Socialista:*

No hay duda, que podríamos señalar distancias estructurales, legales y pragmáticas entre los Ejecutivos de nuestra área, la centroameri-

(27) KRAFT, Joseph "El Poder en Washington" Editorial Kairós, Barcelona 1969 (pág. 12).

(28) CONDE, Fco. Javier "Introducción al Derecho Político Actual" Ed. Gráficas González, Madrid 1953 (pág. 88-89).

(29) BARUCH, Bernardo "Grupo de Presión y Partidos Políticos, ante un Problema Nacional: La Convocatoria a una Asamblea Constituyente", Trab. U. de C. R. mimiografiados, San José, 1976.

(30) ZAVALETA MERCADO, René "El poder dual" problema de la teoría del Estado en América Latina - Ed. Siglo XXI, México 1977.

cana, y más aún si nos extendemos a Latinoamérica, lo que podría extender este trabajo en exceso, sin embargo queremos llevar la idea comparativa a otro extremo del Sistema Socialista de la URSS.

Normalmente, —aunque discrepemos, que ello sea una pragmática realidad— para este estudio comparado transcribimos la posición formal-oficial de una estructura nacional-estatal de un Estado con decisiones políticas, que van mucho más allá de sus fronteras, y su Ejecutivo Político toma disposiciones que pueden afectar a la geografía mundial, quienes se autocalifican:

> "'La URSS es un estado multinacional, federal y unido, configurado en virtud de la libre autodeterminación de las naciones y de la asociación voluntaria de las repúblicas iguales en derechos, en una federación socialista",(31)

lo que da una idea como su Poder Ejecutivo, en ese sentido formal, no debe actuar distinto a cualquier Ejecutivo Político, de cualquier nación. Sin embargo la estructura política, sin referirnos ahora a convicciones íntimas, de que el sistema total global soviético, no es otro, que un imperialismo nada distinto a los imperios que en la antigüedad hanexistido, cuando cada uno en su momento histórico buscó la dominación mundial, o del mundo conocido de su época. En ese enfoque Moscú, es fiel heredera de Esparta, cuando luchó contra Atenas por aquella hegemonía de su tiempo, que trasladando al mundo actual, no son en el fondo distintas —o casi distintas— a las proyecciones, aciones y tácticas de aquel Estado espartano, que hoy lucha por la misma hegemonía, aunque los "escudos" y las "banderas" sean de otro diseño y otro color. Pero para nuestro estudio tenemos que anotar, que la URSS —a pesar de su formal autodefinición citada—, no acepta la división Montesquiana, lo que se desprende de su informe que dice:

> "Los Soviets de Diputados Populares constituyen un sistema único de órganos electivos y representativos del poder estatal.(32)

Asimismo:

> "El Poder Legislativo no está separado del Ejecutivo. Los Soviets reúnen en sí estas dos funciones. No sólo adoptan leyes y decisiones, sino las llevan a cabo. En el territorio de su jurisdicción resuelven todas las cuestiones de la edificación estatal, económica y socio-cultural".(33)

---

(31) ANUARIO URSS "Anuario Agencia Novosti 1979" Ed. Agencia de Prensa Novosti, Moscú 1979.

(32) Anuario URSS. Ob. cit. (pág. 49).

(33) Anuario URSS. Ob. cit. (pág. 50).

Así, tenemos en la URSS un Ejecutivo Político que parte de realidades pragmáticas y jurídico-constitucionales distintas. (Omitimos aquí hacer referencia a la nueva Constitución, o su nuevo Ley Fundamental de la URSS de ley para obviar un análisis extensivo, ya que nuestro propósito, fue solamente una breve comparación. Esta estructura, reduce en muchos los aspectos de "dualidad", "presión" y "controles" del sistema democrático occidental y crea una estructura más simple —no nos referimos a bondades e inconveniencias—, que puede reflejarse del organograma del Soviet Supremo de la URSS,(34) que conforme a la práctica es el Consejo de Ministros de la URSS el órgano de máxima potestad ejecutiva y administrativa.

a-e) *Ejecutivo Nacional-Federal*

Para una breve comparación con el sistema anteriormente expuesto donde notamos en el sistema soviético una especie de ejecutivo de "una sola vía" donde las ejecuciones tienen un destino jerárquico de "junta directiva" que ordena a la "gerencia"; "ejecutar" las decisiones acordadas. Buscamos en el sistema norteamericano, encontrando en la organización del Gobierno Nacional americano un sistema que más se asemeja al de "doble vía" por sus interrelaciones de "ir y venir" de propósitos entre el sistema estatal y el gobierno nacional federal.

Para Stedman Jr., el caso del término "sistema" implica automáticamente la existencia de alguna clase de "amarre" entre el sistema que se analiza (político, religioso, económico) con el grupo-ambiente social. Que los sistemas generalmente son "hechos" o "formados" de "roles" —papeles que deben desempeñar— los que representan al sistema —jueces, legisladores, etc.— y no se trata de un simple grupo de individuos. Estos "roles" son los que interrelacionan en distintos puntos del sistema.(35) Sin embargo, a las observaciones de Stedman, podemos estar de acuerdo con su tesis de lo que es un "sistema", pero aceptando que existen distintos grados de interacción.

Si bien el sistema soviético es formalmente Federal como habíamos apuntado (cita 31) formado por quince "Repúblicas" federadas, y los Estados Unidos son también una federación de cincuenta Estados; existen diferencias sustanciales en el ejercicio práctico del poder ejecutivo. Al contrario del sistema soviético donde las políticas del ejecutivo están centradas en el Presidium del Soviet Supremo, que actúa como Consejo Directivo —a semejanza de un Consejo de las tan criticadas transnacionales— que abarcan todas las políticas globales, nota-

---

(34) Anuario URSS y su comentario.

(35) Stedman Jr. Murray S. "State and Local Government" Wintrhrop Publishers, Inc. Cambridge, Mass. 1976 (pág. 8).

mos que en el sistema capitalista norteamericano, existe una separación de políticas netamente federales y las propiamente estatales, lo que queremos llamar políticas de "doble vía", donde las políticas de interés estatal son intercambiada scon el sistema federal([86]), un problema difícil, analizado por Charles O. Jones, en "Political Science and State and Local Governments" publicado en 1975 y que Murray S. Stedman Jr. enfoca con una interrogante, sí del todo, eso tiene alguna importancia [37] pero para el presente trabajo, nos sirve de enfoque hacia un análisis comparativo, ya que no deja de ser un problema inquietante.

Las grandes diferencias entre el ejercicio del poder de un ejecutivo a otro, es que en el primero las decisiones tomadas son ejecutadas a "contra-plo" y en el segundo caso, están sujetas a las inmediatas reacciones de todos los grupos que sostienen o se oponen al gobierno ejecutivo.

4.—*EL EJECUTIVO COSTARRICENSE EN ACCION*

a) *Estructura:*

"Para todas las cosas hay sazón... y todo tiene su tiempo" (Eclesiastes 3:1). Las circunstancias históricas en el contexto socio-ideológico han producido la estructura política actual de Costa Rica —acumulada por la historia— en un país firme en sus convicciones democráticas, liberales, y división de los Poderes del Estado, que se rige bajo la Carta Magna y las leyes, sea; un régimen de derecho.

Para entender ampliamente el fundamento jurídico de esa estructura, referente al Ejecutivo, cuyas estructuras han evolucionado a través de todas las constituciones, desde 1824, 1825 - 1841 - 1844 - 1847 - 1848 - 1859 - 1869 - 1871 - 1917 hasta llegar a la vigente de 1949, se hace necesaria la lectura del respectivo articulado constitucional, pues con ella se integra mejor el presente trabajo,([88]) ya que bajo estos postulados, ejerce el Poder Ejecutivo.

b) *Estructura y ajuste*

Si bien la Constitución de 1949 es la vigente, y la que vino en la práctica a debilitar al Ejecutivo en relación con la anterior, la de

(36) Cf. "Organograma de interrelación del Gobierno Federal y Sistemas políticos estatales en EEUU", en *State and Local Government,* ob. cit.

(37) STEDMAN, Murray S. Jr. ob. cit.

(38) Cf. el Título X de la Constitución Política, referente al Poder Ejecutivo. Imp. Nacional 1968.

1871, esta tuvo reformas y ajustes, —según los vientos que soplaban— que han cambiado al Poder Ejecutivo, con suprimir la reelección presidencial y la creación de nuevos ministerios, especialmente de la Presidencia y de Planificación. Estos dos ministerios con funciones políticas decisivas, son en realidad los que "modelan" con más, o total discrecionalidad los asuntos de gobierno.

Mediante el primero se realiza toda la labor de interacción, tanto con los otros ministerios, —que ejecutan dentro de "marcos prefijados" como los entes autónomos que forman parte del Ejecutivo. Pero principalmente realiza una decisiva e importantísima interacción con el Poder Legislativo, que es el contralor y proveedor de materias primas del Ejecutivo en primera instancia y de quien depende el Ejecutivo para eralizar el Gobierno, la Contraloría General de la República, y todo lo relacionado con el Consejo de Gobierno.[39]

El Ministerio de Planificación, tiene bajo su responsabilidad, la organización y adecuación de los planes de gobierno, y en cierta medida controla algunos aspectos de ejecución de los mismos y del movimiento de los funcionarios. Actúa bajo el nombre de Oficina de Planificación Nacional y Política Económica, OFIPLAN.[40] Su titular es el Ministro-Director. Si bien, el Poder Ejecutivo lo constituye toda la gama de ministerios en primer término, y los entes autónomos como una extensión, todo bajo el titular del Ejecutivo que es el Presidente de la República, la interacción parte de esos "dos brazos" del Presidente, como hemos indicado.

c) *ESTRUCTURA DEL EJECUTIVO EN ACCION*

c-a) *El Presidente*

En la cúspide del Poder Ejecutivo está el Presidente. Aunque nos hemos referido que la actual Constitución vigente, le ha restado "fuerza" al presidente en relación a la Constitución anterior de 1871, que con un intervalo corto (1917 a 1919) fue interrumpida por una dictadura (Tinoco) regía a los costarricenses durante 78 años, lo cierto es que actualmente el Presidente continúa con suficiente "fuerza" y como director, dirige e impone su sello al poder ejecutivo. Si bien la Constitución estructura al Consejo de Gobierno en acción como una

(39) El Ministerio de la Presidencia, fue creado mediante la Ley de Presupuesto, Ley Nº 2980 del 21 de diciembre 1961. No tiene Ley Orgánica (Inf. de Casa Presidencia).

(40) Creada por Ley Nº 3067 del 31 de enero de 1973 y reformada por Ley Nº 5525 del 2 de mayo de 1974 con las siglas de OFIPLAN. Está organizado como, y es en realidad un Ministerio.

entidad que se compone del Presidente con los ministros, lo cierto es que el presidente tiene absoluta potestad de remover a los ministros en cualquier momento, y lo mismo atañe a los Presidentes Ejecutivos de los entes autónomos. Teniendo el Presidente la iniciativa de someter los asuntos al Consejo de Gobierno, y la iniciativa de la mayoría de las leyes, y principalmente de la Ley de Presupuesto que esta potestad está otorgada al Poder Ejecutivo (Art. 180 Const. Pol.), toda esta estructura de coherencias le da una fuerza extraordinaria al Presidente de la República como titular del Poder Ejecutivo.

c-b) *Consejo de Gobierno*

En el aspecto democrático y estructura constitucional se podría llamar Poder Ejecutivo a este Consejo, a quien la Constitución ha encargado la responsabilidad de los negocios más graves del Estado (Art. 147 de la Const. Pol. ver anexo 3), lo cierto es que los ministros que la forman han de actuar a la sombra del presidente, en cuyas manos está la decisión responsable final, y los ministros no son más que "obligados colaboradores", que coadyuvan con la carga presidencial.

c-c) *Ministros:*

Los ministros, en este mundo acelerado, se han convertido en "máquinas burocráticas" que realizan tareas del Estado, conforme a los planes de gobierno, y Consejos técnicos especializados, en cada determinada materia. La interrelación de gobernadores y gobernados se despersonaliza, y se diluye en el aparato burocrático que actúa bajo presiones sociales, gremiales, partidistas, etc., en contraposición de Leyes Orgánicas y reglamentos, que no le restan muchas discrecionalidades a los funcionarios de segundo rango en las ejecuciones, y al propio titular, sólo en cuanto a la oportunidad de ejecución de un determinado plan, y los proyectos que puede llevar en conjunto con el Presidente ante el Poder Legislativo, para su aprobación.

c-d) *Los entes autónomos*

Para realizar los planes de desarrollo del país, y con miras de cierta descentralización, fueron creados en las últimas tres décadas una gran lista de entes "descentralizados" autónomas, para realizar tareas específicas de gobierno.

Hubo un período de interpretación absoluta sobre la autonomía constitucional de esos entes. Lo cierto es, y así se interpretan ahora en forma ortodoxa, que la autonomía es de administración, y en esta

forma estos entes son como ya lo apuntamos "brazos extendidos" del Poder Ejecutivo.

A ello hay que agregar que los nombramientos de los Presidentes Ejecutivos de esos entes son de potestad del Consejo de Gobierno.

c-e) *La Contraloría General de la República*

Organismo creado constitucionalmente (Art. 183-184) se rige por su Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Ley Nº 1252 del 23 de diciembre de 1950), no pertenece al Poder Ejecutivo, más bien es una institución auxiliar del Poder Legislativo, con independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores en relación con los Poderes del Estado.

La importancia de incluir esta referencia en el presente trabajo, es el impacto cotidiano que el ejercicio de su actividad tiene en las decisiones y ejecuciones del Poder Ejecutivo, sujeto a su control.

5.—*CONCLUSIONES*

Hemos enfocado distintos aspectos hacia este análisis comparado; filosófico-políticos, históricos, político-pragmáticos que condujeron a los pueblos a organizar sus gobiernos, que mejor regulen a su sociedad que procure una acentuada comprensión e interrelación entre Gobernadores y gobernados dentro del Estado, —que es una institución perpetua— en la búsqueda como la definió Balmes:

> "Determinar la forma de gobierno más convenientes para un país es encontrar el medio de hacer concurrir en un punto todas las fuerzas sociales, es hallar el centro de gravedad de una gran masa pero ponerla en equilibrio"(41)

Y la preocupación del mundo actual continúa en el sendero hacia esta búsqueda, lo que ha sido intentado por la Conferencia de la UNESCO, llevada a cabo en Florencia, Italia en 1954, instando a los países, hacer análisis comparados, procurando desarrollar políticas comparativas,(42) lo que es problemático y altamente controversial, en el mundo actual, Este trabajo que hemos enfocado hacia el Ejecutivo Político en Costa Rica, si bien queríamos exponer las influencias histórico-políticas e

(41) BALMES, Jaime, Ob. cit.

(42) STEDMAN Jr. Murray S. Ob. cit.

ideológicas que han hecho impacto en el Estado y Gobierno de Costa Rica, queremos concluir con referencia a estudios relativos a la estructura general de este pequeño país, que procura hacer un gobierno "del pueblo, por el pueblo y para el pueblo" hacia una justicia social y armonía en libertad. Tales estudios(43) nos ayudan a entender cómo se conforma un Ejecutivo, producto de todas esas ideas, que en la pragmática es acción cotidiana.

BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

ANUARIO URSS. *Anuario de la Agencia de Prensa Novosti,* 79 Ed. Ag. Novosti 1979.

ARIAS SANCHEZ, Oscar. *Quién gobierna en Costa Rica. Ed. EDUCA,* San José, C. R. 1976.

ARON, Raymond, *Paz y Guerra entre las Naciones,* Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1963.

AVILA BOLAÑOS, Olger. *Costa Rica en la Primera Mitad del Siglo XIX.* Pub. de la Univ. de C. R. Serie Hist. y Geografía. Ciudad Univ. Rodrigo Facio, 1972.

BARUCH, Bernardo, *Grupos de Presión y Partidos Políticos ante un Problema Nacional: La Convocatoria a una Constituyente.* Imp. España, San José, 1976.

BARAHONA JIMENEZ, Luis. *El Pensamiento Político en Costa Rica.* Ed. Fernández Arce, San José, C. R.

BARUCH, Bernardo. *El Concepto de Derecho,* Univ. de C. R., Trabajo de la Cátedra de Filosofía del Derecho. Set. 1971 Mimiografiado.

BENITO, José de. *La Libertad en la Encrucijada,* Revista de Occidente, Madrid 1964.

BERNSTEIN, Barton J. en conjunto con Allen J. Matusow de Stanford y Rice University *Twentieth Century America.* Recent Interpretations Ed. Hareourt, Brace's World, Inc. New York 1970.

(43) Cf. "Génesis del Gobierno de Costa Rica", el cual refleja el crecimiento del Estado, y con él la magnitud del Poder Ejecutivo. Tomado de: CASTRO Jiménez Wilburg, Ministro de Planificación, "La Planificación Socio-Económica como concepto y como instrumento de Gobierno Democrático. Public. Presidencia de la República, Agosto de 1979.

BODINO, Jean. *Los Seis Libros de la República.* Pub. Universidad Central de Venezuela, Fac. de Derecho, Caracas, 1966.

CONDE, Fco. Jacier. *Introducción al Derecho Político Actual.* Gráficas González, Madrid, 1953.

CONSTITUCION POLITICA. *Constitución Política de la República de Costa Rica* (del 7 Nov. 1949). Imp. Nacional, San José, C. R. 1963.

CHACON TREJOS, Gonzalo. *Tradiciones Costarricenses.* Ed. Trejos Hnos., San José, Costa Rica, 1964.

CHEVALIER, J. J. *Los Grandes Textos Políticos.* Ed. Aguilar. Madrid 1965.

DE JOUVENEL, Bertrand. *El Poder. Historia Natural de su Crecimiento.* Editora Nacional, Madrd, 1956.

FERNANDEZ GUARDIA, Ricardo. *Cartilla Histórica de Costa Rica.* Ed. A. Lehmann, Ed. San José, 1970.

KRAFT, Joseph. *El Poder en Washington.* Ed. Kairos, Barcelona 1969.

LASCARIS, Constantino. *Desarrollo de las ideas filosóficas en Costa Rica.* Ed. Costa Rica, San José.

MORRISON, Samuel Eliot. *The Oxford History of American People.* New York-Oxford University Press, 1965.

PLATON. *La República o El Estado.* Espasa Calpe, Argentina S. A. B. Aires, 1964.

STEDMAN, Jr. Murray S. *State and Local Government.* Wintrop Publishers., Inc. Cambridge, Mass. 1976.

TRUSLOW, Alan James. *Dictionary of American History.* Ed. Charles Scribners, New York, 1951.

ZAVALETA MERCADO, René. *El Poder Dual.* Problemas de la Teoría del Estado en América Latina - Siglo XXI Editores, México 1977.

CARDENAS MANNETTI, Jorge. *Nueva Historia de los Estados Unidos.* Editora Moderna, Inc. New York, 1970.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía del Estado y Derecho Internacional.* Ed. Tecnos Madrid, 1969.

CLINTON, Rossiter. *La Presidencia en los EEUU.* Ed. Diana S. A. México D. F.

DAVIS, Felen F. en conjunto con Harrold D. Woodman *Conflicts or Concensus in American History.* University of Missouri. Ed. D. C. Heath & Co. Boston, 1967.

DEUTSCH, Carl W. *Toward an Inventory of Basic Trends and Patterns in Comparative and International Politics.* Yale University, Pub. The American Political Science Ass. Columbus March 1960.

ESPINOZA, Miguel. *Las Grandes Etapas de la Historia Americana.* Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1957.

FIGUERES FERRER, José. *La Imparcialidad del Presidente.* Discurso. Imp. Nacional, San José, C. R. 1968.

FRIBOURG, Marjorie G. *La Suprema Corte en la Historia de los Estados Unidos de América.* Ed. Limusa Weiley S. A. México, 1966.

GARRO, Joaquín. *Veinte años de historia chica.*

GARRO, Joaquín. *Los pasos cotidianos.* Novela Política, Ed. Costa Rica, San José, 1979.

GAVIOLA, Carlos A. *El Poder de la Suprema Corte de los EEUU.* Tipográfica Editora Argentina S. A., Bs. Aires, 1965.

GUIER, Fernando. *La Función Presidencial en Centroamérica.* Ed. Costa Rica, San José, 1973.

GIROD, Roger. *El Poder de las Masas.* Ed. Hispano Europea, Barcelona (sEpaña) 1956.

JOHNSON, Gerald W. *La Presidencia.* Edit. Indica Bs. Aires sin fecha.

LIONS, Monique. *El Poder Legislativo en América Latina.* Inst. de Invest. Jurídicas UNAM, México, 1974.

NESUTAD, Richard E. *El Poder Presidencial* la dirección de un gobierno. Ed. Limusa-Willey S. A| México 1966.

ROSSISTER, Clinton. *Parties & Politics in America.* The New American Library, New York 1964.

VALVERDE MELENDEZ, Carlos. *El Poder Legslativo en Costa Rica.* Imp. Nacional. San José, 1977.

VEILLARD B., Alain. *Temas de Historia de la Cultura,* Pub. U. de C. R., Ciudad Univ. Rodrigo Facio 1964.

ZINK, Harold. *Lor Sistemas Contemporáneos de Gobierno.* Ed. Libreros Mexicanos Unidos, México, 1965.

LIBROS

"PRINCIPIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

I.N.S., San José, 1984

PEREZ VARGAS (Víctor)

El profesor Víctor PEREZ para el mismo tiempo en que es calificado en la categoría más alta del régimen académico de la Universidad de Costa Rica, como Catedrático de esa Casa de Enseñanza, ha publicado una obra de gran calidad en el campo de la doctrina científica del Derecho: *"Principios de responsabilidad civil extracontractual"*.

El ámbito de la responsabilidad civil extracontractual no había sido favorecido con estudios de esta envergadura (si ponemos aparte las interesantes notas de Manuel AMADOR publicadas en la Revista Judicial número 15, *"Nociones elementales de la responsabilidad civil extracontractual"*). En una era en la que en los países desarrollados una gran parte de los conflictos privados se analizan en la perspectiva de la responsabilidad civil, contractual o delictual, en Costa Rica hay gran carencia de información sobre esa institución jurídica, lo que resulta en inaplicación de ella por los tribunales (dejando de lado, por supuesto, todo el dominio del resarcimiento del daño provocado por hechos punibles —Cf. la tesis de Rosa María ABDELNOUR GRANADOS, *"La responsabilidad civil derivada del hecho punible"*, Universidad de Costa Rica, Fac. de Derecho, 1983; publicada por Ed. Juricentro, San José, 1984).

El trabajo del profesor PEREZ es de naturaleza esencialmente didáctica, de una lectura muy comprensible. Presenta cada uno de los aspectos de los temas tratados formulando una pregunta, que contesta en términos claros y precisos. El profesor PEREZ quiere enseñar la teoría de la responsabilidad civil delictual con su obra, y lo hace satisfactoriamente para todos quienes lo leemos: su trabajo está dirigido tanto a estudiantes de Derecho, a profesionales de la práctica jurídica como a investigadores. Las bases doctrinales que presenta el trabajo está sólidamente fundadas en la bibliografía que cita don Víctor como en sus profundas reflexiones personales.

El cuerpo del libro comprende, luego de una introducción (que es un modelo de lo que debe ser esa parte liminar de toda exposición, puesto que explica los objetivos y la metodología empleada), una *parte general* en que se fijan los conceptos elementales del estudio (compor-

tamiento, daño, extracontractualidad), para desarrollar en una *parte específica,* principios relativos a la responsabilidad subjetiva (antijuricidad, causas de justificación, causalidad, culpa). Finalmente, dedica dos capítulos a la *responsabilidad objetiva* y al *resarcimiento.*

Anota el profesor PEREZ un cambio esencial en nuestra jurisprudencia: el reconocimiento del daño moral en materia puramente civil (pág. 21); tal tema lo deja presentado, lo que supone, para nosotros, que anuncia nuevos estudios suyos sobre esa importante materia. Toma partido el autor en la cuestión doctrinal sobre la diferenciación entre responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad civil contractual, al decidirse por que ésta "tiene la finalidad de garantizar al sujeto el equivalente económico de una prestación", mientras que la primera "tiende a la tutela de la esfera jurídica subjetiva frente a las injerencias de otros" (pág. 32 y s); en ese aspecto diferimos del profesor PEREZ, ya que hemos expresado que una y otra responsabilidades hacen referencia a la reparación de daños y perjuicios, igualmente (*"Teoría General del Contrato",* Ed. Juricentro, San José, 1982, pág. 21 y s) y que la contractual no es simplemente una suerte de cumplimiento por equivalente (ibídem, pág. 91), aunque en muchos casos ese puede ser el resultado práctico. Dedica el autor una parte de su estudio al daño derivado del abuso del derecho (pág. 69 y ss), y llega a la conclusión que "la ilicitud del abuso del derecho supera la idea de que quien su derecho usa a nadie lesiona, pues en el ejercicio abusivo... también puede surgir para otro un daño injusto resarcible" (pág. 72); con esa afirmación también toma partido el profesor PEREZ con los autores que como GHESTIN y GOUBEAUX consideran que la figura del abuso del derecho está ubicada dentro de la responsabilidad civil, al señalar el momento en que una conducta (o un comportamiento, como preferiría indicar don Víctor) trasciende los límites internos del derecho subjetivo y debe calificarse de ilícita y generadora de esta responsabilidad.

Incluye en su obra el autor un valioso anexo, que es la lista de obras de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica en que hay referencias a la responsabilidad civil delictual; ese inventario es muy útil para estudiantes y profesores y un mérito más del trabajo del profesor PEREZ.

Quienes nos ocupamos de temas jurídicos agradecemos al Instituto Nacional de Seguros el esfuerzo para la publicación y difusión de obras como la comentada y lo instamos a que continúe en esa labor de fortalecimiento de la cultura nacional.

Dr. Diego BAUDRIT CARRILLO
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la Universidad de Costa Rica.

REGIMEN DE INQUILINATO APLICABLE A LA ADMINISTRACION PUBLICA

(San José: Iuricentro, 1986, 330 pp.)

Licda. Marín Raventós, Nuria.

Esta obra de la abogada Marín Raventós, tiene un innegable sello de originalidad y de serio aporte a la temática del arrendamiento en sede estatal. La composición de la obra es la siguiente:

El contrato de inquilinato en el derecho privado; dicho convenio como producto de una legislación especial; el derecho administrativo y el contrato de inquilinato; este convenio y la Administración Pública nacional; criterios de la Contraloría General de la República, al respecto; regímenes específicos de arrendamiento, en materia municipal, el Instituto de Vivienda y Urbanismo y en el Instituo de Desarrollo Agrario.

Se trata, sin duda, de un excelente contenido sobre este campo inquilinario.

Por lo que atañe a la *conclusión,* la profesional afirma que debe existir consenso entre los criterios del Poder Judicial y los de la Contraloría General de la República, en cuanto al *rol* que juega el ordenamiento jurídico administrativo respecto del régimen de inquilinato en la Administración Pública.

También le interesa destacar a la autora que la legislación juega como fuente supletoria, pero que esta fuente es desordenada, insuficiente e inidónea para tal fin.

Por ello las reformas en este terreno se hacen insoslayables. Sin embargo, parece que no hay la voluntad oficial para resolver esta situación. Indica la investigadora que el Poder Judicial le da un tratamiento igual a los contratos de inquilinato, sea cual fuere su naturaleza; añadiendo que está de acuerdo con esta tesis jurisprudencial.

Este libro merece ser estudiado, ya que en esta área es muy poco lo publicado. Eso sí, existe abundante jurisprudencia tanto administrativa como judicial, la cual cita y analiza muy bien Marín Raventós.

jerp

INDICE

Impreso en San José de Costa Rica
por Litografía e Imprenta LIL, S. A.
Apartado 75-1100 Tibás