AÑO X

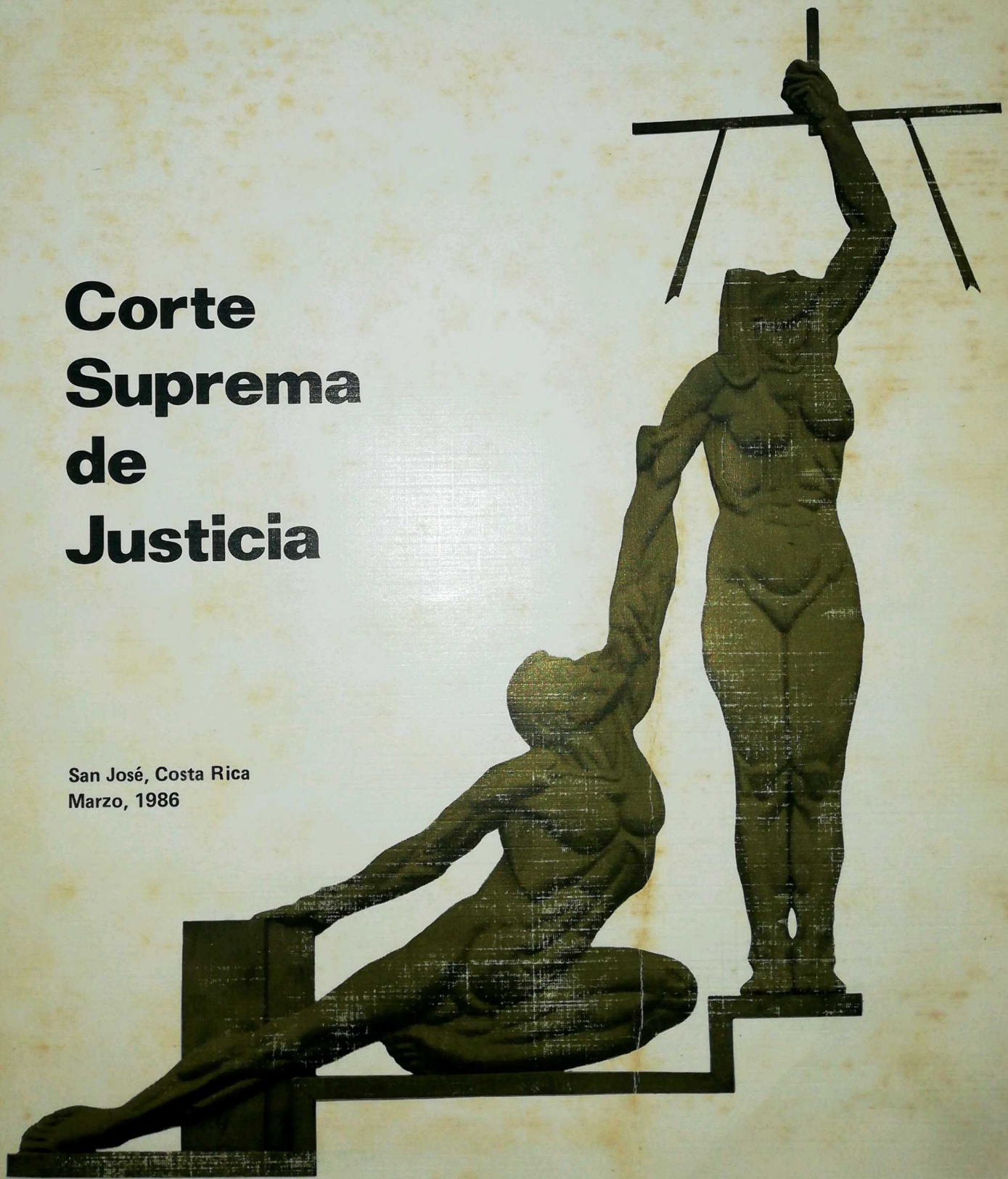
Nº 36

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

REVISTA JUDICIAL

Corte Suprema de Justicia



San José, Costa Rica
Marzo, 1986

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

REVISTA JUDICIAL

Año X — Núm. 36 — Marzo, 1986

Director: Dr. Víctor Pérez Vargas
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia.
San José, Costa Rica.

Distribución y canje:
Biblioteca Judicial
Corte Suprema de Justicia.
San José, Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

SUMARIO

Pág.

Presentación 5

Sección I: Estudios

La oferta privada en la licitación pública 13
Lic. Eduardo Ortiz Ortiz

El contrato de trabajo por tiempo determinado. Su regulación en la legislación y jurisprudencia costarricenses 65
Dr. Bernardo Van Der Laat Echeverría

Dimensiones constitucionales de los Derechos Humanos en América Latina: (II) Estados de excepción 81
Dr. Enrique P. Haba

La Comisión y la Corte de Derechos Humanos en las Convenciones Americana y Europea 101
Dra. María de los Ángeles Soto Gamboa

Las normas internacionales del trabajo y los países subdesarrollados 115
Licda. Marta Odio Benito

Notas criminológicas sobre el delito contra la naturaleza y el medio ambiente 123
Br. Fernando Coto Martén

Sección II: Reseña Legislativa Extranjera

Necesidad de tribunales contencioso-administrativos en los Estados Unidos Mexicanos 131
Dr. Miguel Valdés-Villarreal

Sección III: Reseñas Bibliográficas

Crítica de la razón jurídica. ¿A dónde va la sociología del Derecho? ARNAUD, André-Jean 147
Dr. Enrique P. Haba

Teoría general del acto jurídico (Dr. Fernando Vidal Ramírez) 149
Dr. Víctor Pérez Vargas

Sección IV: Información Normativa 151
Licda. Marcelina Zeledón Castillo

Sección V: Pronunciamientos Especialmente Relevantes
Contenido de votos salvados 159
Resoluciones recientes de interés 162
Licda Cecilia Sánchez Romero

Sección VI: Jurisprudencia 171
Digesto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



PRESENTACIÓN

La Revista Judicial ofrece al llegar a su número 36, en su Sección de Estudios, artículos en tema de Derecho Administrativo, Derecho del Trabajo, Derechos Humanos, Derecho Internacional y Criminología, junto a las usuales secciones: "La Ciencia al Servicio de la Justicia", "Reseña Legislativa Extranjera", "Reseña Bibliográfica", "Información Normativa", "Pronunciamientos Especialmente Relevantes" y "Jurisprudencia".

"La oferta privada en la licitación pública" es el título de la colaboración que en esta ocasión nos brinda el ilustre maestro del Derecho Público costarricense, **Lic. Eduardo Ortiz Ortiz,** quien introduce el tema con un planteamiento del régimen privado y general de la oferta, traza las líneas generales de la oferta del particular a la Administración Pública y aclara su naturaleza privada, dentro del procedimiento administrativo de concurso para la selección de los contratistas y para el discernimiento de los contratos; seguidamente, dilucida el concepto de la oferta e indica sus notas distintivas y sus elementos (unilateral, inicial, cabal, firme y recepticia), deslindándola de figuras similares, como la promesa de contrato, la que, aunque igual por estructura y función a la oferta a plazo, se diferencia en los casos de la oferta sin plazo, y de la promesa bilateral de contrato; también la delimita con relación a la proposición o propuesta en Derecho Público (en el procedimiento administrativo); entre las diferencias anota que la oferta se refiere a la fase constitutiva, mientras que la proposición a la fase preparatoria del procedimiento y explica el diverso régimen de vicios. Sobre la naturaleza jurídica de la oferta confronta dos posiciones (acto jurídico vs. negocio) y acepta la de mero acto-declaración de voluntad, pero correspondiente a la fase constitutiva y no preparatoria del procedimiento contractual. El autor desarrolla entonces el régimen de la oferta y sus principios, en particular para la determinación de la regla jurídica aplicable a ciertos supuestos (retractación, modificación, muerte, etc.). Al respecto nos da cuenta de los dos enfoques existentes en Francia (puro hecho lícito vs. acto jurídico de voluntad), mostrándonos las correspondientes reglas sobre la perfección de la oferta. Después de los anteriores presupuestos, el Lic. Ortiz Ortiz examina el régimen público de la oferta a la Administración Pública y comenta los enfoques monistas de los contratos administrativos, para los cuales hay una sola capacidad de Derecho Público de la Administración, criticándolos al mostrar la realidad, en la que hay expresiones de una capacidad negocial de la Administración, de lo que resulta la posibilidad de hablar de un contenido especial del Derecho Privado aplicable a esta. Al presentarnos los elementos de la oferta a la Administración Pública (sujeto, objeto, voluntad, forma), especifica las normas relevantes:

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

sostiene el régimen de Derecho Privado para las personas privadas, a pesar de la existencia de disposiciones que afectan la posibilidad de participación; ve el objeto no como "cosa" o "prestación", sino como "el clausulado del contrato", delimitado por el cartel y por las condiciones generales y enuncia los requisitos formales (escritura, secreto de la oferta, firma, por precio y demás términos firmes, definitiva e incondicionada) y toca dentro de esta parte lo relativo a la garantía de participación que distingue de la cláusula penal, mencionando los efectos jurídicos de su omisión. Distingue luego las peculiaridades del régimen de vicios de la voluntad del oferente en relación con varias hipótesis. Dentro del régimen de la oferta discute varios temas: estabilidad, efectos, muerte e incapacidad de las partes y transmisibilidad. Acerca de la estabilidad y plazo, en relación con las garantías, asevera que el retiro, alteración o sustitución genera responsabilidad, incluso de daños y perjuicios adicionales a la garantía de participación. El autor demarca seguidamente los efectos favorables a la presentación de la oferta, en particular los derechos formales y materiales del oferente (quien no solamente tiene cargas y deberes), los recursos administrativos dentro del trámite (en Costa Rica, de tipo jerárquico impropio), la acción contenciosa (contra el acto definitivo y principal, o los de trámite que pongan fin a la participación) y el status de los participantes, según sea, concursantes no legitimados, legitimados o se trate del mejor oferente. Del sistema costarricense asegura: "la adjudicación es dictada por el ente competente y confirmada o anulada por vía de contralor oficioso o rogado, de estricta legalidad por la Contraloría General de la República"; a su juicio el contralor a posteriori es coelemento de eficacia (la aprobación o improbación hace nacer la eficacia o produce un impedimento de esta).

El **Dr. Bernardo Van Der Laat Echeverría** nos ofrece su importante ensayo sobre **"El contrato de trabajo por tiempo determinado. Su regulación en la legislación y jurisprudencia costarricense".** El autor enfatiza la importancia de observar los criterios usados por los Tribunales con relación a los contratos por tiempo determinado, en especial en ciertos matices (contrato por obra determinada, trabajos públicos interinos). De la terminación describe los problemas que genera y admite la posibilidad del daño moral por rompimiento injustificado y la procedencia del preaviso en ciertos casos. Considera que la regulación positiva es escueta y se configura básicamente por la naturaleza excepcional, el plazo máximo (y la posibilidad de su prórroga) y la indemnización por terminación anticipada injustificada. El autor evalúa luego estas normas con base en la jurisprudencia de los Tribunales costarricenses y nos aporta la noción de contrato de trabajo por tiempo determinado (en el que la duración está definida de antemano y determinada por una fecha, el acaecimiento de un hecho o la realización de una obra). Sobre la naturaleza excepcional, reiteradamente afirmada por nuestros Jueces, nos informa que ellos han conceptualizado como contrato por tiempo indefinido varias situaciones que se pretendía considerar, en perjuicio del trabajador, como de duración determinada. Sobre la duración máxima, el profesor Van Der Laat nos indica las diferentes posiciones que han fijado nuestros Tribunales y con relación a la posibilidad de prórrogas sucesivas nos recuerda la existencia de un caso donde se consideró que hay un plazo máximo ajustado al cual no son posibles prórrogas, tesis que comparte con apoyo en la doctrina. Seguidamente analiza la aplicación de los plazos a los contratos por obra determinada y la situación de los trabajadores interinos del Gobierno y entes públicos y establece que, si transcurre el plazo y la persona sigue en sus funciones se considera como nombrado por tiempo indefinido, pero hace notar que no se reconocen derechos inherentes a la titularidad de la plaza. Luego define las

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

consecuencias de la modificación de la modalidad de contrato en cuanto al plazo, de tiempo determinado a indefinido o de indefinido a contrato con plazo. Sobre la formalidad escrita es del parecer que no es requisito de validez, sino de prueba. Revela seguidamente las consecuencias de la terminación de los contratos por tiempo determinado, tanto la terminación normal como la terminación anticipada injustificada y trata acerca de la indemnización de daños y perjuicios, esquematizando sus caracteres particulares y límites, según la ley y la jurisprudencia (puede pedirla cualquiera de las partes, los daños y perjuicios deben demostrarse y se rechazan los daños presuntivos, hay un régimen excluyente del preaviso y el auxilio de cesantía respecto a las indemnizaciones del artículo 31 del Código de Trabajo) y presentando las pautas seguidas por los Tribunales costarricenses en la estimación de estos. Del daño moral manifiesta que no se ha admitido, pero sí implícitamente, pues se ha rechazado "por no haberse demostrado"; el autor avala esta posibilidad. Sobre la indemnización fija o adicional hace ver a la jurisprudencia la necesidad de tomar en cuenta días feriados, además del día de descanso semanal; en cuanto al caso de contratos sucesivos, nos revela cómo se toman en cuenta los días trabajados del último contrato "siempre que no se trate de una prórroga"; considera que el momento en que debe hacerse el pago de las indemnizaciones es en el que se dé por concluido el contrato; caso contrario, deben cubrirse intereses; destaca las dificultades con relación a los daños y perjuicios, por la necesidad de tomar en cuenta ciertos criterios como la posibilidad de conseguir empleo; determina la admisibilidad del preaviso en casos especiales en que resulta de equidad reconocerlo, como en ciertas obras que cesan progresivamente. En materia de terminación anticipada con responsabilidad por actos ajenos al empleador (artículo 86 C.T.) asegura la aplicabilidad del daño presuntivo. Finalmente, con respecto a la protección a las indemnizaciones del artículo 31, mantiene la tesis de que la protección de lo dispuesto por el artículo 30 debe hacerse por analogía en lo que sea compatible con el régimen las indemnizaciones del 31.

El **Dr. Enrique P. Haba,** Catedrático de la Universidad de Costa Rica, asiduo colaborador de la revista, participa con la continuación de su documentado trabajo **"Dimensiones constitucionales de los derechos humanos en América Latina: II. Estados de excepción".** Al proceder al análisis de cada constitución, el autor enfoca los siguientes aspectos: conceptos indeterminados usados como causales para establecer el estado de excepción, límites (derechos que no pueden ser suspendidos), competencia para declarar tal estado y controles sobre ella órganos que no pueden ser afectados, responsabilidades por abusos y duración del estado de excepción. El Dr. Haba examina las constituciones de Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Honduras, México, Perú, Uruguay y Venezuela. Es interesante destacar que de Costa Rica afirma: "las garantías institucionales son fuertes sobre todo porque el Poder Ejecutivo aparece sometido a lo que la Asamblea decida por unos 'quorum' altos. Además se indica taxativamente qué derechos pueden ser suspendidos y se limita la acción posible sobre las personas".

La **Dra. María de los Angeles Soto Gamboa** colabora con **"La Comisión y la Corte de Derechos Humanos en las convenciones Americana y Europea".** La autora confronta el Tratado de Roma y el Pacto de San José; en sus propias palabras, "más que todo (realiza) un estudio comparativo, en donde se analiza la Convención Americana y Europea, en cuanto a los mecanismos de garantía y órganos de protección". Comienza por relatarnos la evolución del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, refiriéndose a los antecedentes de la Declara-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ción Americana y de la Carta de la O.E.A.: algunas resoluciones de diversas Conferencias y el mismo preámbulo del TIAR, junto a la Declaración de Caracas de 1954 y a los desarrollos de los trabajos de la Comisión de Derechos Humanos. Al comentar la Convención Americana de los Derechos Humanos, o Pacto de San José, de 1969, nos habla de sus finalidades, innovaciones y del funcionamiento de la Comisión Interamericana (miembros, sujetos legitimados, admisibilidad de los recursos y procedimiento) y al tratar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos indica sus antecedentes y nos expone su función jurisdiccional y consultiva. La Dra. Soto Gamboa desarrolla luego la parte relativa a la Convención Europea de los Derechos del Hombre (Tratado de Roma, de 1950) elaborada en el Consejo de Europa y se refiere a sus dos órganos fundamentales: la Comisión y la Corte. De la Comisión nos da razón de su funcionamiento, de su composición, de sus recursos (inclusive del individuo en ciertos casos) y de su procedimiento. Con respecto a la jurisdicción de la Corte, la actora se ocupa de los sujetos legitimados, sus resoluciones y el procedimiento y realiza diversas observaciones sobre sus aspectos positivos y negativos. Concluye con la comparación de las dos convenciones con particular referencia a la Comisión y a la Corte, indicando sus semejanzas y diferencias con relación a los derechos que se protegen, los órganos, los recursos y la amplitud de los poderes.

Con su estudio **"Las normas internacionales del trabajo y los países subdesarrollados"** contribuye la **Licda. Marta Odio Benito,** quien aporta un cuadro de la Organización Internacional del Trabajo, reseña su estructura (Conferencia General, Consejo de Administración, Oficina Internacional del Trabajo) y muestra el objetivo de las normas internacionales en la materia (Contribuir a la definición de políticas sociales que aseguren un desarrollo equilibrado entre los pueblos y establecer una reglamentación técnica precisa. Clasifica seguidamente las fuentes (Constitución de la O.I.T., convenios y recomendaciones) y formula dos interrogantes: ¿dada la heterogeneidad de los pueblos, deben ser normas universales o regionales? ¿tienen estas normas flexibilidad suficiente para referirse a realidades diversas? Sobre el primero traza el desarrollo de la discusión y expone en primer lugar la tesis en pro de la universalidad, sostenida por la Organización y luego la tesis en pro de la regionalización de las normas, para cuyos defensores la regulación regional es más viable por ser más acorde con la realidad. Sobre la flexibilidad nos describe la participación de diversos sectores y nos hace ver que depende de la generalidad. En sus conclusiones la autora propone que junto a la función general que cumple la Organización Universal, las organizaciones regionales se ocupen de elaborar las reglas técnicas precisas y propias de las realidades de cada región.

Con **"Notas criminológicas sobre el delito contra la naturaleza y el medio ambiente"**, aparece en esta ocasión el sociólogo **Br. Fernando Coto Martén.** Este valioso ensayo se realiza desde la perspectiva de las nuevas corrientes criminológicas y en consideración a las nuevas dimensiones de la criminalidad. El autor nos habla de un derecho humano al medio ambiente y nos reseña la existencia de "delitos" fuera del alcance de la ley (con base en el VI Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente). Después de unas notas históricas sobre las Leyes de Indias y diversas normas coloniales, introduce el tema de la necesidad de una relación más armónica entre el hombre y la naturaleza, por lo que considera que, en la evaluación de los proyectos debe tomarse en cuenta la compatibilidad ambiental. Consciente del impacto negativo sobre las cadenas alimentarias que tienen las sustancias no biodegradables, propone Juntas de Defensa del Patrimonio ambiental y sugiere

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

que estas estén vinculadas al Ministerio Público; el autor comparte la opinión del Dr. Daniel González en el sentido de que son más eficaces los delitos de peligro que aquellos de daño en tutela del ambiente. Nos conduce entonces a la conveniencia de una disposición constitucional y proyecta un agregado al artículo 50 que sirva de respaldo a las políticas ecológicas, pero al mismo tiempo promueve la creación de figuras delictuosas, lo que sólo es posible por vía legislativa y recomienda el fortalecimiento de los controles administrativos. Con conciencia de la importancia de la aceptación voluntaria recalca la relevancia de campañas y reafirma el papel de los comunicadores en esta tarea, con lo que nos presenta una perspectiva interdisciplinaria. En el plano práctico, el autor sugiere, con relación a las encuestas, la necesidad de particularizar el uso del concepto de contaminación.

En la Sección "Reseña Legislativa Extranjera", el **Dr. Miguel Valdés-Villarreal** valora la **"Necesidad de tribunales contencioso-administrativos en los Estados Unidos Mexicanos".** Para ello toma en cuenta su fundamentación legal, su conveniencia social y la oportunidad de su establecimiento. El distinguido colaborador enfoca la competencia, estructura y características fundamentales del procedimiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En la Sección "Reseña Bibliográfica", el **Dr. Enrique P. Haba** comenta la obra de André-Jean Arnaud, **"Crítica de la razón jurídica. ¿A dónde va la sociología del Derecho?"** Ofrecemos también aquí una breve reseña sobre la obra del profesor peruano Fernando Vidal Ramírez, **"Teoría general del acto jurídico".**

Víctor Pérez Vargas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA OFERTA PRIVADA EN LA LICITACIÓN PÚBLICA*

LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

CONTENIDO

Pág.

I. Régimen privado y general de la oferta.

Planteo y deslinde del tema 15

a) Concepto de la oferta y notas distintivas 16

b) Deslinde de figuras similares 17

i) Promesa de contrato 17

ii) Proposición o propuesta 18

c) Naturaleza jurídica de la oferta 19

ch) El régimen de la oferta y sus principios 21

i) La oferta: hecho lícito (no negocio jurídico) 22

ii) La oferta acto jurídico de voluntad 22

II. Régimen público de la oferta a la Administración Pública 24

a) Los enfoques monistas de la contratación administrativa 24

b) Elementos de la oferta a la Administración Pública 25

i) Sujeto 26

ii) Objeto (materia y contenido) 30

iii) Forma 37

1) Forma escrita 37

2) Secreto de la oferta 37

3) La oferta debe ser firmada 38

4) La oferta debe ser, por precio y demás términos, firme, definitiva e incondicionada 38

5) Garantía de participación 38

* Este trabajo fue preparado para El Primer Congreso Interamericano de Derecho Administrativo, que tuvo lugar en Mendoza, Argentina, en agosto de 1977, cuando era inminente la promulgación del Reglamento de la Contratación Administrativa, pero desconocido su texto.
El trabajo se funda en el ordenamiento anterior al Reglamento de la Contratación Administrativa.
Se publica porque su contenido es fundamentalmente teórico y puede ser actual.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

iv) La voluntad 42

1) Error en la cotización 44
2) Error de valoración de la oferta 45

2-1) Errores materiales 45
2-2) Errores de concepto 45

III. Régimen de la oferta 46

a) Estabilidad 46

b) Efectos favorables de presentación de la oferta 48

i) Derechos formales y materiales del oferente. Su violación y reparación 48
ii) Recursos administrativos dentro del trámite 49
iii) La acción contenciosa 50
iv) Los participantes y su "status" 51

1) Concursantes no legitimados 51
2) Participantes legitimados 52
3) El mejor oferente 56

c) Muerte o incapacidad 60

d) Transmisibilidad 60

e) La adjudicación y nuestro régimen de licitaciones 60

i) El acto complejo 61
ii) El contralor (preventivo o represivo) 61
iii) El dictamen no vinculante 62

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA OFERTA PRIVADA EN LA LICITACIÓN PÚBLICA

I. RÉGIMEN PRIVADO Y GENERAL DE LA OFERTA

Planteo y deslinde del tema.

La oferta de contrato puede emanar de una persona privada (individual o colectiva) o de una pública, y, en este último caso, si va dirigida a otro ente de igual naturaleza, será pública también, a modo de acto administrativo, como accesorio o parte de un contrato que estará sometido al Derecho Administrativo.[1] Tal oferta estará regida por la ley especial que regula las relaciones entre ambos entes públicos o por los principios generales de las convenciones interadministrativas, modulados en el caso por el tipo de relación o posición que guarden entre sí.[2] De esa oferta no habrá de tratar la presente ponencia.

Es tema de la misma, a la inversa, la oferta contractual del particular a la Administración Pública, con lo que partimos —como de un dato— de su naturaleza también privada. Y se llevará el estudio hasta los confines de la oferta con el contrato, señalados por la adjudicación provisional o definitiva. Queda englobada en el estudio la oferta de la Administración al particular, pues ésta, imposible en los concursos públicos, sólo tiene lugar en la contratación directa y en la contratación libre de la Administración y en las mismas ella se comporta —al ofrecer— como si fuere otra entidad privada. La oferta de la Administración Pública en tales tipos de contratación de alcance excepcional e informal es manifestación de su autonomía privada, equiparable en todo a la oferta del particular,[3] salvo texto expreso en contrario, que sería derogación de tal regla de principio.

El presente trabajo versará, entonces, sobre la oferta privada a la Administración Pública, en el procedimiento administrativo de concurso para la selección de sus contratistas y para el discernimien-

---

1. Renato Alessi, *Principi di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1966, tomo I, pág. 303, José Roberto Dromi, *La licitación pública*, Ed. Astrea, Buenos Aires, págs. 30 y 31.

2. Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, tomo I, págs. 346 a 349.

3. Juan Rivero, *Droit Administratif*, Edition Dalloz, París, 1973, pág. 115; Giannini, op. cit., tomo I, pág. 707; Hermann Rodríguez Arce, *La contratación administrativa*, 1974, tesis de grado, inédita, San José, Costa Rica, págs. 162, 163, 180 y 181. La contratación directa es algo totalmente distinto de la contratación libre y en Costa Rica —como en el Derecho Comparado—, exige siempre una fase previa de deliberación (para declarar existente el motivo de excepción que permite prescindir del concurso administrativo) y de contralor, por aprobación o autorización de dicha deliberación. En Costa Rica, concretamente, el artículo 96 de la Ley de la Administración Financiera exige autorización de la Contraloría General de la República para proceder a la misma, según el monto de la operación y el rango financiero legalmente establecido (arts. 93 a 96 LAF) de la institución interesada desde el punto de vista del volumen de su presupuesto ordinario, con posibilidades de expeditar el trámite para operaciones de menor monto, mediante autorización de la Proveeduría Nacional (para el Estado) o de la Auditoría de la misma Institución (cuando se trate de ente público menor). De este modo, la contratación directa se distingue netamente de la contratación libre, respecto de la cual última el Estado o ente público puede proceder sin trámite previo, como si fuera entidad privada. En Costa Rica ello es posible únicamente con las operaciones menores de ₡ 500,00 llamadas de "caja chica". Concordemente Bartolomé Fiorini, *La licitación pública*, Abeledo Perrot, 1972, pág. 68, y Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, págs. 289 a 294, este último, sobre todo, quien hace énfasis en la doble idea capital de que la contratación directa es "privada" y de que es incompatible con el concurso en cualquiera de sus formas, en cuanto aquella no puede tener lugar si se da la posibilidad actual de dicho concurso, que siempre estará regido por la regla de la adjudicación a la "mejor oferta".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

to de sus contratos, tanto si el mismo es licitación pública o privada, como si es subasta, concurso, concurso-subasta, o cualquier otro tipo de procedimiento destinado a tal función selectiva.

a) Concepto de la oferta y notas distintivas.

Llámase oferta, en Derecho, a la proposición firme y completa de un contrato, o más analíticamente, a la manifestación de voluntad, dirigida a otro sujeto, de querer concluir con él un contrato, mediante su sola aceptación.[4] La anterior definición contiene todos los elementos necesarios para definir la oferta, a saber: la oferta, para ser tal, tiene que presentarse como acto unilateral, inicial, cabal, firme y "recepticio", todo lo cual se puede resumir diciendo que será oferta aquella proposición que pueda convertirse en contrato con la aceptación pura y simple de sus términos; caso opuesto no la habrá.

La oferta es unilateral, aunque provenga de varias personas actuando conjunta y coordinadamente, en cuanto ha de ser expresión de un solo interés, necesariamente distinto —si no contrapuesto— al de su destinatario, el potencial aceptante. No importa que sean varios los constructores que ofrecen, si todos ofrecen lo mismo como si fuesen uno solo, frente al posible aceptante. La oferta es unilateral porque define la posición de quien propone construir a cambio de un precio, con total exclusión de quien deberá pagar éste a cambio de la construcción.

La oferta es inicial, porque es la primera en el tiempo de las dos voluntades que forman el contrato. Y como bien se ha dicho, iniciativa no implica espontaneidad. La oferta puede ser y generalmente es la culminación de tratos y negociaciones e, incluso, la respuesta a una invitación a ofrecer, que es lo que ocurre con su forma más importante en la contratación administrativa, la que se da dentro de los concursos públicos (licitación pública o privada, subasta, subasta-concurso, concurso, etc.); no obstante lo cual es oferta por ser cronológicamente la primera manifestación de voluntad apta para formar el contrato, distinta de las meras negociaciones.

La oferta es completa, porque ha de contener lo necesario para la configuración suficiente del contrato y de su contenido, de ser aceptada. Si, a tal fin, su destinatario tuviera que agregar otras proposiciones complementarias, estaría haciendo una contraoferta, invirtiendo automáticamente su posición y convirtiéndose en oferente. Toda presunta aceptación que implique cambios frente a lo ofrecido, equivale a nueva oferta, con rechazo de la anterior. "Cuando la aceptación envolviere modificación de la propuesta o fuere condicional, —dispone el artículo 1010 de nuestro Código Civil— se considerará como nueva propuesta".

Pero a este respecto es necesaria una fundamental aclaración: la cabalidad de la oferta no consiste en prefigurar la totalidad del contenido contractual, indicando todos sus posibles efectos, modalidades y términos. Esto no lo podría hacer —hoy día— ni el más acabado jurista. Se trata más bien de proponer lo esencial, que permita conocer con certeza la intención práctica del oferente, cuando no el tipo de contrato que quiere realizar. Es bien sabido que la intención negocial ha de referirse a un resultado real —y no meramente jurídico— y que es el ordenamiento el que conecta a ella los efectos necesarios para que la parte pueda lograr jurídicamente lo que se propone.[5] La oferta deberá precisar lo esencial de este (así llamado) propósito empírico o contener lo indispensable para que pueda ser determinado con precisión en el futuro. Al igual que otros elementos del acto jurídico, como el objeto, la intención final del agente deberá ser determinada, pero podrá ser también sólo determinable, a partir de la declaración.

La oferta es firme y con ello se intenta decir que manifiesta la voluntad, sin reservas, de obligarse por el contrato, con sólo la aceptación de su destinatario.[6] Queda excluida la posibilidad de ofertas que sujeten la aceptación a aceptación (del oferente), pero no las que contengan modos o condiciones. La aceptación deberá darse pura y simple y con total adherencia al contenido de la oferta, pero ésta podrá supeditar la existencia y alcance de los derechos y obligaciones por crear a toda clase de modalidades.

4. Ver definiciones concordantes en Pablo Casafont Romero, *Ensayos de Derecho Contractual*, Librería Lehmann, San José, 1968, pág. 204; Jorge Enrique Romero, *La licitación pública*, Editorial Universidad de Costa Rica, San José, Serie Tesis de Grado, núm. 24, 1975, págs. 236 y 237; Giuseppe Stolfi, *Teoría del negozio giuridico*, CEDAM, Padova, 1971, pág. 4.

5. Luigi Cariota Ferrara, *El negocio jurídico*, Ed. Aguilar, Madrid, 1956, págs. 50 y 51; Jean Luc Aubert, *Notion et Rôle de L'Acceptation dans la Formation du Contract, Librairie Generales de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.)*, París, 1970, págs. 57 a 63, obra esta última con amplia información sobre la oferta en el Derecho Privado.

6. Aubert, op. cit., págs. 44 a 48 y 75.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

La oferta es, finalmente, un acto "recepticio". Se entiende por tal aquel cuyo autor tiene el deber o la carga de comunicarlo a su destinatario, comunicación de la que depende su validez o eficacia.[7] No está claro en doctrina el efecto propio de la comunicación (publicación si es indeterminado el destinatario, notificación si es individual) sobre los actos llamados "recepticios", pues mientras unos reputan que aquella condiciona la existencia y validez de éstos, otros estiman que condiciona únicamente su eficacia, entendida como capacidad actual de producir efectos.[8] Hay quienes reputan que acto recepticio es sólo el que está dirigido a sujeto determinado y requiere de la colaboración de éste para su ejecución, en tanto que será no recepticio el que se encamine a sujeto indeterminado o pueda lograr por sí, con su acaecimiento real y su propio efecto jurídico, sin más, el fin que se propone. Ejemplos típicos del acto recepticio son la oferta y la aceptación del contrato, pues ninguna de tales manifestaciones puede alcanzar su fin sin llegar a conocimiento de la otra parte, y es posible pensar, según la posición adoptada al respecto, que sin ese conocimiento o sin la posibilidad del mismo ninguna de las dos existiría (jurídicamente) o, al menos, no podría producir efecto alguno. Ejemplos típicos del acto no recepticio son el testamento, el abandono voluntario de cosa o bien la renuncia de un derecho, etc.[9]

b) Deslinde de figuras similares.

Suele hacerse distinción entre oferta y promesa de contrato, y entre oferta y proposición de contrato.

i) Promesa de contrato.

Si el contenido de la promesa de contrato es el mismo que el del contrato que se promete, la diferencia con la oferta a plazo no existe, pues en ambos casos se intenta formar un contrato y otorgar al destinatario de la declaración un plazo para aceptar. Aceptada la oferta o la promesa, automáticamente se perfecciona el contrato, siempre que ello ocurra dentro del plazo fijado al efecto.[10]

Y si bien se sostiene por algunos autores que puede haber oferta pura y simple sin plazo, la opinión dominante es la contraria, en beneficio de la seguridad y de la confianza en el tráfico negocial. El plazo, si no es negocial, es legal, consuetudinario o judicial.[11] En todo caso, no habría diferencia entre la promesa de contrato y la oferta a plazo por voluntad de su autor, que es lo que aquí nos interesa destacar, en cuanto la oferta a la Administración Pública es normalmente a plazo y sólo se da pura y simple en la contratación libre o en la directa, instituciones de excepción.[12] Todo

---

7. Domenico Barbero, *Sistema del Diritto Privato Italiano*, UTET, Torino, 1954, vol. I, pág. 340; Alessandro Pizzorusso, *La Pubblicazio ne degli Atti Normativi*, Editorial Giuffrè, 1963, págs. 13 a 17; y Nicola Daniele, *L'Atto Amministrativo Recetizio*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1953, págs. 845 a 849, especialmente esta última para lo que toca al concepto de acto administrativo "recepticio". Dice este autor: "La doctrina ha identificado claramente el carácter recepticio del acto en la necesidad (legal) de comunicación del mismo. . . El problema central de la teoría del acto recepticio parece ser el de determinar el fundamento de la carga o de la obligación de la comunicación del mismo (a su destinatario) y tal fundamento está en la necesidad de interés público de asegurar la colaboración del destinatario para la consecución de los fines del acto mismo. Puede decirse, en líneas generales, que son "recepticios" los actos administrativos que no pueden alcanzar su fin esencial sin la colaboración latu sensu de un determinado destinatario". (op. cit., págs. 845 a 846).

8. Abogan por la comunicación del "acto receptivo" (notificación o publicación) como elemento de existencia y validez del mismo los distinguidos privatistas Francesco Santoro Passarelli, *Las doctrinas generales del Derecho Civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 158; y Luigi Cariota Ferrara, op. cit., págs 97 y 98. En Derecho Administrativo hay incertidumbre al respecto, pues mientras unos (Giannini, op. cit., tomo II, págs. 868 y 869; Alessi, op. cit., tomo I, págs. 334 y 335) la reputan requisito de mera eficacia, sin el cual el acto no produce efecto ni puede ser ejecutado, no obstante su perfección y validez; otros (Aldo Sandulle, *Il Procedimiento Administrativo*, Giuffrè, Milano, 1959, págs. 251 y 252) la conciben como parte del hecho complejo constitutivo o productor del efecto jurídico buscado con el procedimiento, conjuntamente con el acto administrativo. Esta última tesis parece ser la correcta, lo mismo que reservar el calificativo de "no recepticio" al acto que puede subsistir sin notificación ni publicación. Acto recepticio sería aquel —como la oferta o la aceptación— que sólo se perfecciona y existe con su debida comunicación.

9. Cariota Ferrara, op. cit., pág. 98; Aubert, op. cit., págs. 38 a 41, especialmente la 39.

10. Marcel Planiol, *Traité Elementaire de Droit Civil*, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, París, 1947, tomo II, págs. 127 y 128; Aubert, op. cit., págs. 28 y 29; Alberto Brenes Córdoba, *Obligaciones y contratos*, Librería e Imprenta Lehmann, San José, 1936, págs. 369 y 370, donde el autor señala, como característico de la promesa, la reserva de un plazo para aceptar en beneficio del estipulante.

11. Henry, León y Jean Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil*, Editorial EJEA, 1960, Buenos Aires, Parte II, tomo I, *Obligaciones: El contrato*, pág. 155; Aubert, op. cit., págs. 145, 149 y 150.

12. De opuesto criterio parecen ser los autores argentinos Bartolomé Fiorini e Ismael Mata, *Licitación pública*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, págs. 14 a 17, especialmente pág. 15, donde los autores parecen sugerir —sin decirlo claramente— que la contratación directa es también una forma de concurso, que es precisamente lo que no es. De las afirmaciones ahí hechas queda claro, en todo caso, que siempre que hay concurso hay procedimiento administrativo de selección de contratistas, que es lo verdaderamente distintivo frente a la actividad contractual privada.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

contrato con la Administración Pública, fuera de esas dos hipótesis, implica concurso y comparación entre las ofertas concurrentes, lo que es imposible sin un plazo para ofrecer y otro para valorar y elegir, durante los cuales la oferta tiene que estar vigente. El plazo de ésta puede ser mayor, pero nunca menor que el último, bajo pena de rechazo por discrepancia con el pliego de condiciones del concurso, su regla principal.

Es evidente, después de lo dicho, que si son iguales, por estructura y función, la oferta a plazo y la promesa unilateral de contrato (por el carácter simple y armónico del interés que les da origen), serán distintas únicamente la oferta pura y simple, sin plazo (si se admite esta figura jurídica) y la promesa bilateral de contrato, esto último cuando la misma provenga de un contrato preliminar o precontrato, otorgado por dos partes con intereses contrapuestos, pero acordes en regular ambos a través del contrato así prefigurado.

ii) Proposición o propuesta.

Se trata de figura negocial propia del Derecho Público y más concretamente del procedimiento administrativo. Hay múltiples definiciones de la proposición y todas coincidentes en atribuirle valor puramente procedimental (formal) y efecto impulsor del trámite. Según una primera —pero superada— corriente de pensamiento la proposición era un acto (jurídico) de sentimiento o, más propiamente, de deseo. Y por tal se tenía a todos aquellos actos cuyo efecto jurídico autónomo y propio era insuficiente para lograr la intención de su autor, sobre todo por requerir de otros actos para ese fin.[13] El acto de deseo obviamente no era de voluntad. Se hizo hincapié después en la existencia de actos mixtos del particular, que se dirigen a poner en marcha un procedimiento administrativo para satisfacción de una necesidad y que así lo piden o exigen a la Administración Pública, después de analizar el problema y asesorar sobre las alternativas y el contenido de mejores posibles del acto pedido, con mezcla de juicios y de voliciones eficaces para abrir o impulsar el procedimiento.[14] Y se ha llegado ahora a enuclear nítidamente la figura de la proposición como aquella declaración de voluntad dirigida por un particular ausencia o defectos pueden revelarse —como con jurídicamente determinantes de la adopción de un acto o de su contenido, o de ambos,[15] tanto si este efecto determinante es total como parcial. La proposición es un acto de procedimiento, que no produce efecto externo al trámite, pero que condiciona la posibilidad de que el mismo continúe hasta su terminación con el acto final, único con alcance frente al petente o proponente. La proposición es condición de validez del acto final y su a la Administración Pública, con ánimo y efecto todo acto de trámite— únicamente al impugnar aquel acto principal.[16]

Es evidente la analogía de naturaleza y efecto de la proposición administrativa con la oferta en los concursos públicos. Ambos se dan en un procedimiento administrativo, antes del acto final, con efecto condicionante de la validez de éste y, lo que es mucho más importante, con efecto parcialmente determinante del contenido de ese acto final —en el caso, la adjudicación—, al menos en lo que toca a la mejor oferta, cuyo contenido tiene que quedar incorporado al del acto principal, en aras al principio de la adjudicación al mejor, aun si el mismo se despoja de todo anacrónico automatismo. El hecho es que, como quiera, si se escoge dentro de un concurso público, sólo se puede escoger en favor de la mejor oferta, con lo que ésta, por el hecho de serlo, determina parcial pero decisiva-

13. Santi Romano, *Corso di Diritto Amministrativo*, pág. 249 y siguientes, enuncia primeramente la doctrina de la proposición como acto de deseo, según lo cita Aldo Sandulli, op. cit., pág. 147, obra en la que el mismo autor expone su doctrina del acto mixto, de que se dirá inmediatamente.

14. Sandulli, op. cit., págs. 153 a 155. La proposición es, en este autor, la petición de que se inicie o continúe un procedimiento administrativo para adoptar un acto de contenido enunciado en la misma petición, previo análisis de las alternativas y recomendación de las soluciones.

15. Massimo Severo Giannini, op. cit., 1970, volumen II, págs. 838 y 839, donde el fino jurista dice: "La autoridad llamada a proveer ante la iniciativa tiene discrecionalidad en cuanto a la adopción de un acto, o al contenido del acto, o al tiempo y al modo del acto. . . puede suceder que conserve la discrecionalidad sobre el "an" y la autoridad pueda escoger entre dictar o no un acto, pero que si lo dicta tenga un contenido total o parcialmente vinculado por la iniciativa (del particular), o bien, que a continuación del acto de iniciativa, la autoridad no pueda más elegir entre dictar o no el acto positivo, sino que tenga que hacerlo, pero libremente en cuanto al contenido que le dará". En igual sentido Gherardo Bergonzini, *L'Attività del Privato nel Procedimento Amministrativo*, CEDAM, Padova, 1975, págs. 191, 192 y 195 (nota 54).

16. Sandulli, op. cit., págs. 332 y 333; Jesús González Pérez, *El procedimiento administrativo*, Publicaciones Abella, Madrid, 1964, pág. 775; Agustín Gordillo, *Procedimiento y recursos administrativos*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1971, págs. 426 y 427; Alessi, op. cit., tomo I, págs. 427 y 428.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

mente el contenido de la adjudicación. Habrá discrecionalidad en cuanto al "a", para emplear el lenguaje de Giannini, pero no lo habrá en cuanto al "quid", porque la autoridad —en el mejor de los casos para ella— podrá decidir si adjudica o declara desierto el concurso, pero tendrá que aceptar la mejor oferta, si se decide por lo primero. La tesis es tanto más evidente para quienes consideran reducida y, en todo caso, limitada la libertad del licitante para adjudicar —o no— el concurso.[17]

Diferencia fundamental y notoria entre ambas figuras es la de que la oferta se ubica siempre en lo que podríamos llamar la fase constitutiva del acto o negocio jurídico, pues el mismo se forma por fusión suya con la aceptación, cada una igualmente determinante y necesaria a ese efecto; en tanto que, como se desprende de lo dicho, la proposición es parte de la fase preparatoria del procedimiento administrativo y no concurre con el acto final y con igual fuerza que éste a la producción del efecto buscado.

Es también claro el diverso régimen que cubre los vicios atinentes a ambos actos, la oferta y la proposición. En tanto la ausencia o la anulación de la oferta acarrea la imposibilidad legal del contrato o la inexistencia del indebidamente formalizado sin ella, por faltar un elemento esencial a su existencia;[18] la ausencia o anulación de la proposición, no obstante producir invalidez de la posterior resolución, permite el saneamiento, por presentación tardía de la proposición o por ratificación (del acto final) emanada del proponente frustrado (por no haber propuesto oportunamente).[19] Ello no obstante, hay discrepancias muy autorizadas en cuanto a este último extremo, pues existen opiniones que conectan la sanción de nulidad (a secas o absoluta) a la omisión de cualquier trámite sustancial preparatorio del acto o contrato, nulidad cuyo régimen es igual o muy similar al de la inexistencia.[20]

En síntesis: si se admite, contra una ilustre opinión,[21] que la preparación de un contrato de la Administración puede originar un verdadero procedimiento administrativo, es posible establecer importantes semejanzas entre la oferta contractual a la Administración y la proposición privada a ella de un acto administrativo, la adjudicación, separable del contrato y conducente al mismo, con la específica función de llenar aquellos aspectos dejados en blanco por la Administración en su pliego de condiciones, como oportunamente se examinará. La equiparación de ambos actos (oferta y proposición) traería, sin embargo, efectos amortiguadores de las sanciones jurídicas consiguientes a la ausencia o anulación de la oferta, sanciones en cuya existencia y aplicación media un interés público de importancia. La oferta, en definitiva, no es equiparable a una proposición privada dentro del procedimiento administrativo, tanto en beneficio y garantía de la legalidad administrativa como de la autonomía de la voluntad privada.

c) Naturaleza jurídica de la oferta.

Hay ardua discusión sobre la naturaleza de la

---

17. Maurice André Flamme, *Traité Theorique et Pratique des Marches Publics*, Edition Bruylant, Bruxelles, 1969, tomo I, págs. 488, 493, 494; Aldo Bardusco, *La Struttra dei Contratti delle Pubbliche Amministrazione*, Editorial Giuffrè, Milano, 1974, págs. 184 a 191, especialmente esta última; Miguel Marinhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, págs. 166, 168, 169 y 224; Giannini, op. cit., tomo II, pág. 703. Todos coinciden en resaltar el carácter vinculante de la mejor oferta si hay adjudicación, con derecho subjetivo del mejor oferente a ser adjudicatario, lo mismo que la necesidad de calificados motivos para declarar desierto el concurso en contra de la mejor oferta ajustada al pliego de condiciones de la licitación, con la debida motivación como requisito formal indispensable de la respectiva declaración. Como se verá, tal tesis es expresión de la idea de la adjudicación y de la oferta como actos de juicio o representación, más que de voluntad, lo que es particularmente discutible tratándose de la oferta, aunque aceptable —sin que haya unanimidad— en punto a la adjudicación.

18. Artículo 835 del Código Civil (costarricense). "Hay nulidad absoluta en los actos o contratos: 1. Cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia. 2. Cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza del acto o contrato y no a la calidad o estado de la persona que en ellos interviene. 3. Cuando se ejecutan o celebran por personas absolutamente incapaces".
Artículo 836. "Hay nulidad relativa y acción para rescindir los actos o contratos: 1. Cuando alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia es imperfecta o irregular. 2. Cuando falta alguno de los requisitos o formalidades que la ley exige teniendo en mira el exclusivo y particular interés de las partes; y 3. Cuando se ejecutan o celebran por persona relativamente incapaces".

19. Sandulli, op. cit., págs. 356 y 357; González Pérez, op. cit., págs. 376 y 377, donde al enumerar las causas de nulidad absoluta o de pleno derecho, de conformidad con la Ley de Procedimiento Administrativo de España, omite el vicio en examen.

20. Agustín Gordillo, *El acto administrativo*, Ed. Abeledo Perrot, 1969, (2da. Edición), págs. 275 y 276.

21. Giannini, op. cit., tomo II, pág. 702.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

oferta como hecho jurídico (en sentido amplio), pues de la misma dependerá —según autorizada doctrina—[22] su régimen jurídico. Concretamente se cuestiona si es lo que suele llamar la doctrina un "mero acto", por contraposición con el negocio jurídico.

Es bien conocida la repulsión doctrinaria de enfoques "subjetivistas" en la explicación de la conducta administrativa o, mejor todavía, de la regida por el derecho administrativo. Si decimos del acto administrativo, la tendencia a concebirlo como manifestación del ejercicio de una potestad administrativa, con independencia de la voluntad real e interior del agente, puede reputarse consolidada en la mejor doctrina.[23] Ello obedece a la obvia vinculación de la acción administrativa a un fin público, respecto del cual la eficacia instrumental del acto —por estructura y función externas— es lo único que importa, sobre todo si éste corresponde a un modelo legal típico, que es lo usual. No pareciera posible igual enfoque en relación con los actos del administrado o del particular en general, cuando actúa en ejercicio de sus derechos. Es tal ejercicio la presentación de una oferta, previo cumplimiento de todos los requisitos exigidos, con la intención —correspondiente a la función objetiva de esa presentación— de lograr o provocar un contrato.

De tal elemental dato nace la tendencia a reputar la oferta del privado como un verdadero negocio jurídico definido como "manifestación voluntaria de intención, a la que el ordenamiento conecta aquellos efectos legales, necesarios o convenientes, para su mejor realización en forma jurídica" (Barbero, op. cit., tomo I, pág. 333).

Contrapuesto al negocio viene el "mero acto jurídico", manifestación de voluntad o de ciencia, pero incapaz, por disposición del ordenamiento, de producir efectos definitivos, que satisfagan por sí una necesidad pública o individual, sin la ayuda de otro acto o hecho. Es decir: el mero acto jurídico es el que normalmente prepara o ejecuta otro, verdadera causa este último del efecto producido; o aquel cuyo efecto —aun si es autónomo— no proviene de la intención de su actor, sino de la norma objetiva, por disposición de ésta.

Falta de autonomía causal, por dependencia de otro acto o de una norma objetiva para producir efecto, es lo característico del mero acto. Se trata de actos de voluntad —como las peticiones, proposiciones o recursos del particular en el procedimiento administrativo— que no producen por sí el efecto buscado en último término por su autor, sino que se limitan a preparar y hacer legalmente posible el acto que lo hará; o bien de manifestaciones de conocimiento, representación o valoración —como las certificaciones, las liquidaciones tributarias, las inscripciones registrales, etc.— que pueden producir un efecto externo por sí, fuera o al cabo de todo procedimiento, pero no porque lo haya querido su autor, sino porque la ley así lo dispone, con total independencia de su intención.[24]

---

22. Aubert, op. cit., págs. 80 y siguientes.

23. Ernst Forsthoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 291; José Luis Villar Palasi, *Lecciones sobre contratación administrativa*, Universidad de Madrid, Sección de Publicaciones, Madrid, sin año, pág. 70; Juan Francisco Linares, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, págs. 189, 190, 194, 195 y, sobre todo, 208; Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, 1a. Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, págs. 434 y 435.

24. Barbero, op. cit., pág. 324. El autor distingue pulcramente cuando dice: "De los elementos indicados, conducta, voluntariedad e intención, el acto jurídico se caracteriza por la relevancia de los primeros dos, por la irrelevancia del tercero. Voluntariedad significa aquí no otra cosa sino "realización voluntaria" del acto, no a la búsqueda, a través del acto, de ciertos efectos. En tal búsqueda consiste la intención y ésta, aun si existiera, sería irrelevante en el acto jurídico, es decir: no sería tomada en cuenta por el derecho, el cual dispone los efectos del acto independientemente de la intención de su autor y con miras únicamente al hecho de que es voluntario. De este modo los efectos mismos pueden ser opuestos a los perseguidos por el sujeto o, como ocurre con la amplia clase de los actos ilícitos, representar de plano una sanción del ordenamiento contra la intención del sujeto. . . Definimos el mero acto no ya como una manifestación de voluntad, sino como una manifestación o, más bien, un comportamiento voluntario del sujeto al que el derecho adscribe determinados efectos en cuanto el acto es y porque es "voluntario". El concepto del mero acto jurídico es muy similar en el Derecho Administrativo, para lo cual Alessi, op. cit., tomo I, págs. 425 a 428, donde, sin embargo, el autor limita la noción a los actos internos de procedimiento, sean o no de voluntad; más cabal el concepto de Garrido Falla, op. cit., tomo I, pág. 415, donde dice: "De la definición de acto administrativo por nosotros aceptada resulta la posibilidad de estos meros actos administrativos, que no consisten en declaraciones de voluntad productores de efectos jurídicos. Ahora bien, actuaciones administrativas de este género se dan tanto en la esfera interna administrativa, como en la esfera de relaciones con otros diferentes sujetos de derecho". Creemos la mejor, por ello, la posición que asumimos en el presente trabajo: "meros actos jurídicos" (tanto en el Derecho Público como en el privado) son aquellos carentes de autonomía causal y funcional, sean de voluntad o de juicio, internos o externos, por depender de otro hecho o acto, o de la ley, para producir efecto y satisfacer un interés, público o privado. El acto o negocio es, a la inversa, la declaración de voluntad que aparece dirigida a un fin práctico reconocido por el derecho, con la consecuencia —que el derecho conecta a esa apariencia— de producir los efectos jurídicos necesarios y convenientes para que esa finalidad pueda ser alcanzada en forma jurídica. No compartimos la crítica

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Es evidente que la oferta, a la luz de tal criterio, es mero acto y no acto auténtico, no verdadero negocio jurídico. No se trata de un evento productor de efectos jurídicos definitivos, sino de la parte de un negocio futuro, que —en virtud de su propio texto— sólo podrá perfeccionarse por el concurso de otro acto, la aceptación, y por la fusión de ambos en un tercero, el contrato. La oferta carece claramente de autonomía causal y funcional. Lo cual no puede ocultar el hecho de que tampoco es un acto de ciencia, valoración o representación (lógica), sino una verdadera declaración de voluntad, intencionalmente dirigida a producir el contrato, a través de la aceptación.[25] Presenta una importante nota distintiva: es una especie individual de mero acto, pues no coincide con ninguno de los otros que conoce la doctrina. Estos son o actos internos de voluntad ubicados en la fase preparatoria del contrato (público o privado) y básicamente de iniciativa o impulso del respectivo procedimiento; o bien actos externos de juicio o representación (informes, comprobaciones, certificaciones, inscripciones, declaraciones constitutivas de cualidades o verdades, etc.). La oferta, en tanto, es un acto de voluntad que integra la fase constitutiva del contrato conjuntamente con la aceptación, pero que no llega a producir efecto externo, el cual sólo corresponde al contrato ya formado. La oferta de contrato es un mero acto interno de voluntad, pero correspondiente a la fase constitutiva —y no preparatoria— del respectivo procedimiento contractual.

Dada esta su capacidad de integrar el contrato —conjuntamente con la aceptación— insertándose en la fase final de las negociaciones conducentes, la oferta tiene un régimen propio y no común a ningún otro mero acto.

ch) El régimen de la oferta y sus principios.

En el Derecho Privado dos tesis se han disputado la sistematización de los principios generales —vigentes y aplicables en ausencia de ley— reguladores de la oferta. Se trata de determinar básicamente la regla jurídica para los siguientes eventos:

1) Retractación o modificación de la oferta;
2) Muerte o incapacidad supervinientes del oferente;
3) Muerte o incapacidad supervinientes del destinatario;
4) Transmisión o disposición posmortem y entre vivos (por su destinatario); y
5) Obligaciones y responsabilidades del oferente.

Para fundamentar y formular los respectivos principios, dos enfoques parecen haberse disputado

---

del distinguido publicista Juan Francisco Linares, cuando equipara el mero acto al acto o al negocio, en cuanto los efectos de ambos son obra del ordenamiento y no de la intención subjetiva real del autor. Como el mismo escritor lo reconoce (op. cit., pág. 190) no es posible ignorar la referencia del derecho a la intención del agente en cierto tipo de conductas jurídicamente relevantes, cuando, precisamente, el derecho remite la regulación secundaria a la voluntad intencional del agente, privado o público. Desde este punto de vista no podemos compartir su rechazo del requisito de la "apariencia de la intención" —no de la intención sicológica real— como elemento constitutivo del tipo de conducta que la doctrina llama, con razón, acto administrativo o negocio privado. Los meros actos no "aparecen" como manifestaciones de intención autónoma, sino como voliciones preliminares o manifestaciones de juicio. El que los efectos jurídicos provengan del ordenamiento y no del agente, no puede cancelar la integración del hecho jurídico negocial con ese ingrediente objetivo de "apariencia" o "manifestación" de una "intención", inexistente en los meros actos como eventos objetivos, y del que depende justamente el diverso régimen de cada uno (op. cit., págs. 61 a 63). Tanto Linares como Gordillo recurren al criterio del efecto directo o indirecto del acto, para establecer la distinción que nos ocupa, lo que encontramos correcto y coincidente con el ya esbozado, pues si el mero acto es el que carece de autonomía causal y funcional, el negocio será el que la tiene y puede, directamente y por sí mismo, producir el efecto externo y satisfacer el interés medial. Lo que no se puede negar es precisamente el hecho de que ello ocurre así, según el ordenamiento jurídico, únicamente cuando la declaración de voluntad es, a la vez, una declaración de intención o propósito práctico. El agente no ha de querer —ni aun saber— los efectos jurídicos que habrá de producir, pero sí habrá de querer un resultado práctico y seguir una finalidad a realizarse en el medio social, que será precisamente la reconocida por el ordenamiento como la verdadera causa del negocio, es decir: su función socio-económica. Si, en cambio, la declaración —como acto de voluntad de alcance objetivo— no presenta la formulación de esa intención ni aparece como un acto funcional, ordenado a un fin externo a ella misma, no habrá efecto jurídico debido al acto sino al ordenamiento y el evento será un mero acto y no un verdadero negocio jurídico, obviamente también por disposición del ordenamiento. No encontramos obstáculo alguno, por otra parte, para que el ordenamiento refiera el efecto jurídico a la existencia de voluntad real y plena en el agente, sicológicamente entendida, lo que significa que su inexistencia o vicio acarreará la nulidad o anulabilidad del acto o negocio en cuestión. Esto es particularmente posible en el derecho privado, pero lo es también en el público, a texto expreso de ley. En ausencia de ésta, la teoría de la voluntad en el negocio administrativo (si así puede hablarse) carecerá de autonomía, pues los respectivos vicios coincidirán siempre con los de otros elementos y serán éstos los verdaderamente relevantes en el caso.

25. En contra, Alberto Brenes Córdoba, op. cit., pág. 326; concuerda, Lapo Puccini, *Natura e Forma della Scheda d'Offerta in Ordine a Contratti Pubblici Conclusi mediante il Porcedimento de Licitazione Privata*, Giurisprudenza Costituzionale, 1953, págs. 96 y 97.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

en Francia la primacía legal o jurisprudencial, a saber:

i) La oferta es un puro hecho lícito (no jurídico).
ii) La oferta es un acto jurídico de voluntad.

La alternativa parece coincidir con la disputa anterior, que nos hizo tomar partido por la oferta como manifestación de voluntad, mero acto no autónomo en la producción de efectos jurídicos.

Los regímenes congruentes con cada supuesto se dan en Francia en la siguiente forma, según Aubert (op. cit., págs. 80 y siguientes y gráfico de pág. 249):

i. La oferta: hecho lícito (no negocio jurídico).

Se entiende la oferta como simple hecho voluntario, sin efectos de derecho a favor ni en contra del oferente, cuya existencia implica una permanencia sicológico-real de la voluntad que le dio origen, sin vínculo jurídico ninguno que le dé perdurabilidad frente al destinatario. La oferta es el contenido sicológico de la voluntad del oferente, hasta que —como tal— desaparezca por retractación o cambio, sin derecho alguno del destinatario a su mantenimiento. En el momento en que se revoca, desaparece, sin importar al efecto si existe, o no, aceptación del destinatario, mientras no haya sido comunicada al oferente.[26]

Si el oferente muere o se incapacita, o si lo mismo ocurre al destinatario, todo antes de que el oferente haya recibido la aceptación, la oferta desaparece ipso facto, como voluntad recepticia, pero *intuitu personae,* entre los dos sujetos.[27] En ningún caso —antes de tal comunicación— el oferente estará obligado a mantener la oferta ni tendrá derecho el destinatario a que le sea sostenida. Ello no obstante, el retiro de la oferta o su sustitución podrá originar una responsabilidad a favor del destinatario y contra el oferente, que podrá abarcar daños (gastos y pérdidas ocasionados por las negociaciones) pero nunca perjuicios (ganancias dejadas de percibir por el negocio intempestivamente cancelado), salvo si la oferta contenía un plazo de espera, no observado, para la aceptación. Esta responsabilidad no se funda en la violación de un deber precontractual de mantenimiento de la oferta (que la doctrina en cuestión niega de partida) sino en una culpa (por causación de falsas expectativas) o en un abuso del derecho de retractación (por desviación del fin de éste, que no incluye la hipótesis de daño intencional al destinatario), si, por otra parte, se reúnen las demás condiciones jurídicamente necesarias para que se dé una u otra hipótesis.

ii. La oferta: acto jurídico de voluntad.

La oferta produce siempre la obligación de una espera a cargo del oferente, según las circunstancias de las dos partes o los usos del lugar, cuando no contiene plazo. El contrato se forma siempre que la aceptación se comunique dentro del plazo, negocial o supletorio, y, desde entonces, el aceptante tendrá derecho bien a exigir el cumplimiento forzoso del contrato, bien su resolución por incumplimiento, en ambos casos con derecho a indemnización tanto de los daños como de los perjuicios sufridos por el destinatario, por la retractación extemporánea de la oferta.

La muerte o incapacidad del oferente o del destinatario conservan en este enfoque un efecto extintivo de la oferta, en armonía con sus fundamentos teóricos. Y éstos no son otros que el reputar al oferente sujeto a los principios de la responsabilidad propia y de la confianza ajena, que exigen dar a la oferta valor vinculante (de la voluntad del oferente) en beneficio de las justas expectativas del destinatario, si ambos actúan como personas normales y racionales, según criterios colectivos de conocimiento y experiencia propios de la vida de los negocios. De conformidad, la oferta decae automáticamente pasado el plazo negocial o supletorio, pero es irrevocable mientras éste no expire. Fundamento jurídico de tal obligación dentro de este enfoque es o un cuasicontrato consistente en el hecho mismo de la oferta sin plazo (hecho lícito y voluntario que genera la mencionada "obligación de espera") o la voluntad unilateral del oferente, expresión técnica de aquellos principios generales de derecho, manifestada como oferta con plazo.

El autor Aubert (en cuyas explicaciones hemos basado la anterior síntesis) intenta distinguir entre la oferta mero acto, revocable por no

---

26. **Aubert, op. cit., pág. 85. El artículo 932 del Código Civil francés ha sido escogido como soporte positivo por esta doctrina, según el autor.**

27. **Mazeaud (Henry, León et Jean), op. cit. mismo tomo y volumen, pág. 155.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

tener plazo expreso, cuya retractación puede dar lugar a responsabilidades del oferente, pero nunca a la formación del contrato por la aceptación posterior a la revocación; y la oferta acto jurídico con plazo, irrevocable mientras éste dure y con perfección del contrato si es aceptada durante el mismo, aunque antes hubiese sido revocada, pero con automática caducidad después.

El autor propugna la circulación de la oferta como bien jurídico, entre vivos y posmortem, por el deceso de cualquiera de las dos partes, lo que choca con los dos enfoques clásicos primeramente expuestos, los cuales ambos suponen el carácter personalísimo del efecto preliminar y precontractual creado por la oferta, que así resulta intransmisible en todo caso.

El enfoque de la oferta como acto jurídico irrevocable por un plazo (negocial o no) en beneficio del destinatario y de la seguridad en el tráfico jurídico, es, según el autor, el que ha terminado por predominar en la doctrina y en la jurisprudencia privadas construidas alrededor de los artículos respectivos del Código Civil francés.

Está de por medio, en todos los enfoques, el problema de la determinación del momento de perfección del contrato entre ausentes (según los cuatro sistemas de la manifestación, de la remisión, de la recepción y del conocimiento, todos ellos referidos a la aceptación), lo que dependerá de cada ordenamiento positivo. En ausencia de norma y dado el carácter claramente recepticio de ambos actos —oferta y aceptación— pareciera imposible la perfección del contrato antes del recibo por el oferente de la aceptación, sin lo cual esta última sería inexistente, o inválida o ineficaz.[28]

En síntesis: suelen registrarse como de unánime apoyo las siguientes reglas en punto a la perfección de la oferta, de la aceptación y del contrato, a saber:

1) La oferta es siempre revocable sin consecuencias antes de que haya llegado a conocimiento del destinatario (y la recepción hace presumir "juris tantum" el conocimiento);
2) Es irrevocable la oferta después de recibida la aceptación (lo que jurídica e instantáneamente forma contrato);
3) Si la oferta contiene plazo, es irrevocable antes de expirado éste, con lo que la recepción (de la aceptación) en tiempo, aun después de la revocatoria, forma contrato;
4) La expiración del plazo, negocial o supletorio, sin aceptación de la oferta, implica caducidad de ésta, salvo estipulación en contrario.

Los anteriores principios son válidos en todos los sistemas sea cual sea el elegido, de entre los cuatro indicados, para establecer la formación del contrato.

Según el sistema positivo escogido podrán, o no, tener validez estos otros principios:

1) Oferta y aceptación son declaraciones recepticias, jurídicamente inexistentes mientras no sean recibidas y/o conocidas por el destinatario;
2) La revocación de la oferta después de conocida y/o aceptada por su destinatario, sin conocimiento del oferente, es posible sin responsabilidad de éste (salvo que haya hecho creer que no se revocaría y que se celebraría el contrato);
3) La aceptación (recepticia) es irrevocable, pues o bien no existe por desconocimiento del oferente, o formó ya el contrato, por su conocimiento;
4) La responsabilidad del oferente por revocación de la oferta es extracontractual y limitada a los daños (costos) de la negociación, sin los perjuicios,[29] excepto si se da después de formado el contrato.

---

28. Luigi Cariota Ferrara, op. cit., págs. 103 y 104, nota del traductor y editor español Manuel Albaladejo, quien respalda para su derecho la tesis del autor italiano favorable a la regla de que el contrato no se forma y la oferta es revocable hasta que no haya llegado la aceptación al oferente (técnica de la recepción).

29. Cariota Ferrara, op. cit., págs. 96 a 104, capítulo: "Formación", de gran nitidez en relación con los principios anteriores. Hay clara contradicción entre el artículo 1010 y el 1013 de nuestro Código Civil (de 26 de abril de 1886), pues en tanto el primero autoriza a revocar la oferta mientras no haya sido aceptada por la otra parte (en el cual último caso la aceptación formaría el contrato, sistema de la emisión o manifestación), el segundo impone mantener la oferta por los términos de ley que establece el artículo 1012, si las partes no han fijado plazo. La contradicción es flagrante y sólo puede despejarse determinando cuál de las dos normas es la vigente, pues ambas no pueden ser válidas ni nulas, según el principio del tercero excluido en su versión jurídica. Alberto Brenes Córdoba, nuestro máximo civilista, opta por el artículo 1010, que encuentra el único aceptable científicamente, en atención a la naturaleza de la oferta, pues "siempre que no existe señalamiento de plazo para esperar la contestación, el solicitante tiene el derecho de retirar la propuesta" (op. cit., págs. 327 y 328). No lo creemos acertado y hacemos opción exactamente opuesta, en favor de los artículos 1012 y 1013, que ahora resultan apoyados por los artículos 443 y 444 del actual Código de Comercio (Ley núm. 3284 de 30 de abril de 1964), los cuales últimos fijan plazos supletorios de vigencia y mantenimiento de la oferta y acogen claramente el sistema de la recepción, que hace presumir el conocimiento.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

II. RÉGIMEN PÚBLICO DE LA OFERTA A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

a) Los enfoques monistas de la contratación administrativa.

En tanto que proveniente del particular —o de la Administración Pública cuando actúa como tal— la oferta contractual es fenómeno jurídico que suele considerarse como regido por el Derecho Privado.[30] Esto quiere decir que resulta aplicable a la misma, a sus elementos y efectos el Derecho Civil o el Mercantil, no el Administrativo. Esta afirmación ha sido seriamente cuestionada por quienes sostienen que no sólo hay una única personalidad, sino también una sola capacidad de Derecho Público de la Administración, a consecuencia de lo cual parecieran concluir que, dado el predominio del mismo en sus contratos, quedan sujetos a ese derecho la totalidad de los elementos que los componen, aunque con grados y modulaciones para cada uno de ellos.[31]

La realidad es que hay no sólo un Derecho Privado común, a la par de un Derecho Público, sino también un Derecho Privado especial para la Administración Pública, que configura sus contratos en forma diversa al Derecho Civil o Mercantil clásicos.[32] Esto se verá de inmediato, al analizar la incidencia del Derecho Administrativo sobre el régimen jurídico de la oferta privada a la Administración Pública. Quienes sostienen su carácter público puro (o el monismo jurídico administrativo de la contratación administrativa) empiezan o terminan siempre por reconocer que, al menos, el objeto y efectos del contrato de la Administración Pública llamado privado quedan sujetos, en realidad, al Derecho Privado, aunque se trate de uno especial.

La tesis opuesta ha sido ensayada a partir del supuesto de que la persona jurídica, por serlo, no importa si pública o privada, tiene siempre autonomía negocial plena de Derecho Privado, además o por aparte de la que —si es ente público— le corresponde como tal en los derechos Constitucional y Administrativo. Según este enfoque, todo contrato de un ente público es privado, por ser manifestación por excelencia de aquella autonomía, salvo que tenga un objeto público (potestad, servicio o dominio públicos), en cuyo caso recibe igual régimen especial y público para su objeto, efectos y ejecución.[33] La Administración Pública, según esta nueva posición doctrinal, carece de límites en su capacidad contractual, aún de aquellos impuestos por los fines de servicio o de la especialidad orgánica del ente, dado que, por otra parte, no está obligada a perseguir tales fines cuando usa el instrumento del contrato, salvo que el ordenamiento disponga lo contrario. La ley puede, en efecto, o bien negar a la Administración "legitimación" para un tipo de negocio, o, a la inversa, imponérselo como medio de servicio público, en cuyo caso habrá un verdadero acto administrativo debajo del contrato, relacionado con otros, anteriores o posteriores, que condicionan su contenido y ejecución, para garantizar la realización del fin público.

Fuera de tales hipótesis, no sólo es estrictamente privado el negocio —en el que no tendrán relevancia los fines ni los móviles de la Administración contratante— sino que los mismos actos del procedimiento de selección de contratistas deberán reputarse como manifestaciones de autonomía pri-

---

30. Antonio Cianflone, *L'Appalto di Opere Pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1957, pág. 279; André de Laubadere, *Traité Theorique et Pratique de Contrats Administratifs*, L.G.D.J., París, 1956, págs. 139, 199 y 200.

31. Agustín Gordillo, *El acto administrativo*, Abeledo Perrot, 1969, págs. 67 a 73; Rodríguez Arce, op. cit., págs. 12 y 13; Jean Lamarque, *Recherches sur L'Application de Droit Prive aux Services Publics Administratifs* L.G.D.J., París, 1960, págs. 152, 153, 495, 504 y 505. Este autor pone énfasis en el carácter fundamentalmente público de toda la contratación de la Administración Pública, al decir: "la Administración Pública no puede decidirse y actuar sino por motivos de interés público. El Derecho Privado no puede ser aplicado a la Administración Pública si implica sacrificio del interés público en beneficio de intereses individuales (pág. 495) . . ."En síntesis, en ninguno de sus contratos puede la Administración Pública renunciar a ninguna de sus prerrogativas, ni escapar a ninguna de sus sujeciones como poder público: desde este ángulo, hay completa identidad entre el régimen de los contratos administrativos y el de los contratos de derecho privado (pág. 505)" . . .una misma convención puede presentar sucesivamente el carácter de un contrato administrativo o de un contrato privado, según que la Administración Pública ejerza, o no, sus derechos de intervención unilateral en la ejecución del contrato" (pág. 153).

32. Onorato Sepe, (Enciclopedia del Diritto, Voce: "Contratto della Pubblica Amministrazione, separata, Giuffrè, Milano, 1960, págs. 112, 113, 116 y 117; Giannini, op. cit., tomo I, págs. 670 y 671, en relación con págs. 658 y 659.

33. Federico Tedeschini, *L'Attività delle Amministrazioni Pubbliche*, Editore Bulzoni, 1975, págs. 75 a 79; y Giannini, op. cit., tomo I, págs. 737 y siguientes.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

vada —y no actos administrativos—, equiparables a las resoluciones que adoptan las sociedades mercantiles o asociaciones privadas para definir el contenido del contrato y autorizar al representante ejecutivo para su celebración. No se trata de conductas administrativas, centradas alrededor de una competencia pública para contratar, sino de expresiones de una capacidad negocial de la Administración Pública, libre e igual a la del particular, sin necesaria vinculación a fines públicos ni al principio de legalidad.

La tesis anterior —que es exactamente la inversa del monismo publicístico antes enunciado en materia de contratación administrativa— reposa en una idea del Derecho Privado más amplia que la tradicional, como derecho común a todos los entes, públicos o privados, del que sólo pueden emerger con rasgos propios en virtud de normas especiales que destaquen un modelo o figura y le introduzcan sujeciones o privilegios ausentes en los demás sujetos, para perseguir fines públicos específicos y perfectamente acantonados.[34] En este enfoque no hay contratos de Derecho Público de la Administración, salvo texto legal que permita tal calificación al crear una diferencia sustancial de régimen, porque, fuera de tal caso, todos son privados, es decir, de derecho común.

Hemos esbozado tal confrontación de posiciones doctrinales —sin que sea ésta la sede para dilucidarla cabalmente— porque la misma tiene decisivo impacto sobre el análisis de la oferta a la Administración Pública. Sólo podemos tomar partido, sin grandes justificaciones, en favor de la tesis empírica (por nacida de la observación del derecho en acción) que permite ver como normalmente privada (por su régimen) la participación del particular en el contrato de la Administración Pública, y como administrativo lo que toca a ésta, así como también el normal entrecruzamiento de regímenes sin sujeción a patrones ni paradigmas, con eventual ocurrencia de cualesquiera formas híbridas o atípicas, como la oferta privada parcialmente regida por el Derecho Público o, a la inversa, la aceptación de la Administración parcialmente regida por el Derecho Privado. Y será posible, incluso, hablar del contenido especial del Derecho Privado aplicable a la Administración Pública y sus contratos, por obra de la interferencia que en su aplicación provoca la existencia de potestades y de actos administrativos conexos con el procedimiento para formalizar el respectivo contrato.

Las líneas que siguen tienden a mostrar algunos aspectos importantes de la hibridación entre público y privado en la oferta a la Administración Pública.

b) Elementos de la oferta a la Administración Pública.

Se consideran cuatro sus elementos a estudiar: sujeto, objeto, voluntad y forma. La causa es la misma, e igual su régimen, que la que se estudia en el Derecho Privado.

Normas fundamentales en el estudio que emprendemos son hoy, en Costa Rica, la Ley de la Administración Financiera, núm. 1279 de 2 de mayo de 1951, (que llamaremos L.A.F.), recientemente reformada en punto a contratos de la Administración Pública por la núm. 5901 de 20 de abril de 1976, (que llamaremos "la Reforma"). Es también importante la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, núm. 1252 de 23 de diciembre de 1950 (que llamaremos LOC) y el Reglamento de la Proveeduría Nacional, núm. 5

34. Giannini, op. cit., tomo I, págs. 492 y 665; Bardusco, op. cit., págs. 59 a 68, especialmente 63, 67 y 68; Francesco Galgano, *La empresa pública*, 1970, Publicaciones del Real Colegio de España en Bologna, artículo "Sobre la Estructura Técnico-jurídica del concepto de empresario público", tomo I, págs. 253, 256 y 257. La posición doctrinal en cuestión no es nueva, sino retoño de creencias y conceptos que estaban a la base del derecho administrativo cuando se mantenía la idea de que el derecho principal y aquel del cual partían o del que se servían todos los demás a título supletorio, para llenar lagunas o interpretar toda clase de leyes, era el derecho privado y, naturalmente, el civil, el verdadero Derecho científico y no sólo positivo, suelo nutricio y sostén de todos los demás. Lo que en el fondo está en cuestión, cuando se estudia la naturaleza y el régimen de la actividad contractual del Estado o de sus entes, es la autonomía del Derecho Administrativo en la materia. Dada la correlativa invasión del mismo por el Derecho Mercantil (empresas públicas) y de este último por aquel (régimen público de la propiedad privada, contratos obligatorios, dirigidos y/o regulados por la autoridad pública, desmembramiento de la propiedad o de la potestad de contratar en elementos diversos determinados por el Estado, como los precios oficiales, etc., y, en general, todo el derecho público de la economía) es hoy más difícil que nunca establecer con nitidez la frontera entre ambos derechos, pero es evidente que el tiempo trabaja hacia un enmarcamiento cada vez más oneroso y extenso del ámbito de la autonomía privada por la planificación, la dirección, el contralor y la reglamentación públicos. Esta evolución es efectiva también en materia de contratos, sobre todo si se dan con la Administración Pública. Ver al respecto Sebastián Martín Retortillo, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1960, págs. 38, 39, 65, 69 y 74, con toma de posición claramente favorable a la autonomía jurídica y científica del Derecho Administrativo frente al Privado. El Derecho común de la Administración Pública es el Derecho Administrativo, no el Civil ni el Mercantil.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

de 24 de enero de 1952 (que llamaremos "el Reglamento").

i. Sujeto: En Costa Rica no hay sistema establecido para la preselección de posibles contratistas del Estado desde el punto de vista de su moralidad, capacidad técnica, financiera o empresarial. Según el artículo 21 del Reglamento la omisión por un adjudicatario en firme de la (presentación de la) **garantía de cumplimiento** provocará la inmediata cancelación del contrato, con derecho del licitante de readjudicar a los otros y con la potestad de no volver a "considerar sus ofertas (del oferente infractor) en las nuevas licitaciones que requieran esta obligación". Aparte de que tal norma sólo se refiere a la Administración Pública Central (y de que usualmente no se aplica) debe observarse que se trata de contralores y sanciones a posteriori, que ninguna relación tienen con el trámite previo de selección del contratista. Desde este punto de vista, no hay reglas particulares en Costa Rica que modifiquen la capacidad del sujeto privado oferente frente a la Administración Pública y que pueden reputarse, por ello, como variantes de importancia introducidas en este aspecto por el Derecho Administrativo al Privado que rige la contratación común entre particulares.

Es un hecho que, pese a tal carencia normativa, la oferta del particular ha de estar regida por la equidad, los usos y la buena fe (conceptos indeterminados que contiene el art. 1023 del Código Civil, para ampliar el contenido del contrato más allá de su texto literal) y que, consecuentemente, siempre podrá la Administración Pública dictar los reglamentos necesarios para excluir la que sea injusta o de mala fe, y, aunque falte tal regulación, siempre deberá poder exigir "corrección" de los oferentes (Fiorini y Mata), lo que implica la potestad administrativa de rechazarlos o excluirlos del concurso, o de negarles la adjudicación, cuando **el expediente** compruebe hechos o posiciones suyos que demuestren su falta de ética, de conocimiento o de financiación, aun si, por otra parte, la oferta se ajusta a la ley, los reglamentos y los pliegos de condiciones.[35] Ello, sin embargo, ha de entenderse, dada la ausencia de base legal expresa, como una potestad de excepción que sólo podrá y deberá ejercerse ante la evidencia palpable de un peligro para la Administración Pública por la incapacidad empresarial, financiera o moral del oferente.

Otros sistemas conocen de requisitos especiales de ingreso a la licitación o al concurso público, que, en el fondo, coaccionan seriamente la capacidad contractual de goce y de ejercicio frente a la Administración Pública (lo cual, sin embargo, no los hace inconstitucionales ni opuestos a los sanos y tradicionales principios básicos de todo concurso público). Examinemos brevemente el tema.

El autor de la oferta es normalmente el administrado, pero puede serlo, incluso, un ente público, en las hipótesis de contratación libre y directa. En relación con entes públicos, la ley orgánica respectiva determina qué órgano puede ofrecer y con qué límites. En cuanto al individuo o a entidades privadas (cooperativas, sociedades mercantiles, etc.) existen diversas disposiciones, que afectan directa o indirectamente su posibilidad de participación.[36] Fuera de tal régimen especial, se aplicará a ellos el Derecho Privado común tocante a capacidad legal.[37]

Las prohibiciones de tipo privado, sobre todo, se aplican en lo compatible, pues la contratación

---

35. La Contraloría General de la República es especialmente celosa en exigir al máximo las garantías de idoneidad moral y de buena fe en todo adjudicatario, para mantener su adjudicación. Así, dice resolución de las 10 hrs. del 26 de diciembre de 1960, Revista de la Contraloría General de la República, núm. 13, pág. 88: "La manifestación por vía de recurso de una firma representante de casas extranjeras de que una oferta por su medio presentada respecto de un ítem no es confiable, acarrea la nulidad de oficio de la adjudicación recaída en su propio beneficio en otro ítem, en virtud de no advertirse idoneidad ni recta intención en cuanto a las obligaciones a contraer con la Administración Pública". El art. 40 del "Reglamento" impone a la Sección de Licitaciones Privadas de la Proveeduría Nacional llevar un registro de comerciantes o interesados en la contratación con el Estado, pero el art. 41 faculta a todo interesado para pedir informe sobre las licitaciones, públicas o privadas, en trámite o por abrirse, y el art. 35 le permite hacer oferta en la licitación privada en condiciones de paridad con los invitados a ella, aunque no esté registrado para ese efecto ni haya recibido invitación, lo que termina por confirmar el carácter irrelevante del registro en cuestión para efectos de ingreso a las licitaciones, públicas o privadas.

36. Las sociedades de capital con acciones al portador no pueden participar en licitaciones públicas (art. 107 inciso h LAF); el concesionario de dos "líneas de transporte", no puede participar en la licitación para adjudicar una tercera (art. 11 Ley de Transporte Remunerado de Personas núm. 3503 del 10 de mayo de 1965 y sus reformas).

37. Artículo 17 del Código Civil: "La entidad jurídica de la persona física termina con la muerte de ésta. La de las personas morales no perpetuas, cuando dejan de existir conforme a la ley".
Artículo 18 ibídem: "La capacidad jurídica es inherente a toda persona durante su existencia de un modo absoluto y general. Respecto de las personas físicas, se modifica o limita por su estado civil, por su edad, o por su incapacidad física o legal, conforme a la ley. En las personas jurídicas, por la ley que las regula".
Nótese que la persona individual puede, en dicha norma, tener incapacidades legales y no sólo físicas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

con la Administración Pública es acto comercial, al menos para el cocontratante.[38] Existen otras prohibiciones específicas para celebrar contratos con la Administración Pública, básicamente en el artículo 107 de la Ley de Administración Financiera.[39] El artículo 345 del Código Penal sanciona con prisión al "funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo".

La sanción común por la infracción de las anteriores prohibiciones es, aparte de la penal mencionada, la disciplinaria (que deberá ser grave, sino el despido) y la "nulidad absoluta del acto o contrato en que haya participado en forma directa el funcionario inhibido". (Art. 107 in fine). Igualmente sancionable deberá reputarse la intervención indirecta, por coherencia con el mismo artículo, párrafo primero, que impone la prohibición de ambos tipos sin distinciones, que, de hacerse, serían ilógicas. Dada esta disposición pareciera bizantino en Costa Rica enredarse en la polémica sobre la naturaleza jurídica de tales prohibiciones (para determinar el grado de la sanción imponible), disputa centrada sobre si las mismas son simplemente tales o verdaderas de incapacidad.[40] Es nuestra opinión, que se trata de lo último y que, aunque relativas a negocios y personas determina-

---

38. Artículo 8 del Código de Comercio. "No podrán ejercer el comercio, aunque tengan capacidad conforme al derecho común: a) Los privados de ese derecho por sentencia judicial; b) Los quebrados o insolventes no rehabilitados; y c) Los funcionarios públicos a quienes la ley prohiba tal ejercicio. Los extranjeros podrán ejercer el comercio en el territorio nacional, siempre que se hayan establecido permanentemente en el país, con residencia no menor de 10 años, sometidos al régimen jurídico y a la jurisdicción de los tribunales de la República, salvo lo que sobre el particular consignen los tratados o convenios internacionales. En cuanto a sociedades extranjeras, se estará a lo que dispone este Código. (Así reformado por Ley núm. 4625 de julio de 1970).

39. Art. 107 de la Ley de la Administración Financiera de la República. "Queda absolutamente prohibido celebrar contratos administrativos o participar en los trámites previos a su celebración, de manera directa o indirecta, con carácter particular: a) A los miembros de los Supremos Poderes de la República y a los Viceministros de Estado; b) A los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones; c) Al Contralor y al Subcontralor Generales de la República, al Tesorero y el Subtesorero Nacionales, al Proveedor y Subproveedor Nacionales; d) A los funcionarios o empleados públicos que tengan ingerencia o poder de decisión respecto de tales negocios, según determinación que hará la Contraloría General de la República; e) Al cónyuge y a los hijos,padres, hermanos, suegros, yernos y cuñados de los funcionarios o empleados a quienes alcanza la prohibición. Sin embargo, esta prohibición no cubre a los parientes arriba indicados cuando éstos tuvieren como ocupación habitual, con no menos de un año de anticipación al nombramiento o elección del funcionario o empleado a quien alcance la prohibición, la actividad objeto del contrato administrativo. Para estos efectos, él o los interesados presentarán ante la Contraloría General de la República los documentos que demuestren hallarse en esa eventualidad y obtendrán de la Contraloría General de la República, antes del proceso, la autorización para participar en los trámites previos y en contrataciones administrativas; f) A las personas jurídicas colectivas en que los parientes indicados en los incisos anteriores sean, en forma separada o conjunta, dueños de no menos del 25% del capital, o socios colectivos o comanditarios, o directores, gerentes, administradores o representantes legales. Sin embargo, esta prohibición no cubre a los parientes arriba indicados cuando éstos tuvieren como ocupación habitual, con no menos de un año de anticipación al nombramiento o elección del funcionario o empleado a quien alcance la prohibición, la actividad objeto del contrato administrativo. Para estos efectos, el o los interesados presentarán ante la Contraloría General de la República los documentos que demuestren hallarse en esa eventualidad y obtendrán de la Contraloría General de la República, antes del proceso, la autorización para participar en los trámites previos y en contrataciones administrativas; g) A las personas o firmas que han intervenido en la formulación de las especificaciones de una licitación o en la elaboración de los diseños respectivos. Se exceptúan de las anteriores prohibiciones, las operaciones realizadas según el trámite de privilegio que prescribe el art. 96, en los casos enumerados por su inciso a), párrafos 1) y 2) o en un evidente animus donandi, conforme al reglamento. Queda absolutamente prohibida la gestión en favor de un tercero, por parte de los funcionarios o parientes a quienes alcanza la prohibición atinente a licitaciones o contratos administrativos en general, excepto la prestación de servicios profesionales. Para demostrar la participación directa o indirecta se admite toda clase de prueba. La violación de la prohibición que establece este artículo hace merecedor al funcionario que en la misma incurra, de las sanciones que al efecto establecen la Constitución Política, las leyes y los reglamentos. Asimismo, produce la nulidad absoluta del acto o contrato en que haya participado en forma directa el funcionario inhibido. La Contraloría General de la República dictará las regulaciones a que deberán sujetarse las operaciones, que por constituir actividad ordinaria, pueden llevar a cabo determinados funcionarios o empleados con la propia institución a la que sirven, particularmente de aquellos que tienen injerencia o poderes de decisión sobre tales negocios; y h) A las sociedades anónimas cuyo capital esté representado por acciones al portador o que hayan emitido títulos de participación al portador; así como a aquellas sociedades cuyas cuotas o acciones pertenezcan a una sociedad anónima con acciones o títulos al portador. Tratándose de sociedades personales y de capital deben acompañar certificación pública de quienes son los dueños de las cuotas y de las acciones al momento de participar en los contratos y trámites a que se refiere este artículo. Transitorio. Este inciso entrará en vigencia seis meses después de publicada la presente ley".

40. Planiol, op. cit., págs. 59 a 61, reputa las limitaciones en cuestión como meras prohibiciones distintas de las incapacidades. Publicistas notables apoyan o esbozan la idea opuesta y consideran las prohibiciones como incapacidades relativas (por referirse a sujeto y objeto determinados); véase al respecto Guglielmo Roehrssen di Cammerata, *I Contratti della Pubblica Amministrazione*, op. cit., pág. 126; Flamme, op. cit., tomo I, pág. 705; Villar Palasi, op. cit., págs. 129 y 130; G. Pequignot, *Des Contrats Administratifs, Juris Classeur Administratif*, fascículo 505, pág. 6, 1954, y finalmente un eminente privatista: Francesco Santoro Passarelli, op. cit., págs. 4 y 5. Ver en contra y como si fuera mera prohibición o incompatibilidad Vicente Balbin Pechuan, *Los contratos municipales*, Editorial Civitas, 1976, págs. 48 y 49.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

dos, tales incapacidades existen en el caso. Las situaciones aludidas son de un claro conflicto de intereses y bien podrían resolverse por renuncia a la función pública antes de la apertura de las ofertas; pero ello indica claramente que la norma se hace para evitar la contratación con quienes la conservan o con sus parientes o personas con ellos relacionadas en los grados que indica la ley. La noción de incapacidad relativa es, por otra parte, jurídicamente aceptable en Derecho. Todo lo que sea limitación en la titularidad o el ejercicio de potestades, por prohibiciones legales, es una forma de incapacidad. Para entender lo cual es necesario atenerse al concepto de potestad como posibilidad legal y abstracta de realizar actos jurídicos sobre otro sujeto (alcance intersubjetivo), indeterminada por objeto y sujeto pasivo, a los que sólo es posible identificar en el acto de ejercicio de la potestad. La privación de una potestad, así entendida, significa claramente una limitación de la capacidad jurídica de goce, mientras subsista el motivo de la prohibición.[41]

La ley, el reglamento y el pliego de condiciones, contienen normalmente requisitos subjetivos de los posibles concursantes, sobre todo para verificar su "capacidad empresarial" o "profesional". Hay quienes han hablado de esta capacidad especial como si real y jurídicamente fuera tal, lo que no está muy claro.[42] De serlo, sería una especie de la capacidad de goce. La misma hace relación con la solvencia moral, técnica y financiera de los concursantes. Para establecerla. Hay tres sistemas posibles: los informes, públicos o privados, para el licitante; los certificados de capacidad empresarial y, finalmente, como la más permanente y compleja técnica, los registros de contratistas del Estado (en Italia, Francia, Argentina, etc.).[43] En todos los sistemas la capacidad moral u honestidad se presume, pero deben probarse las otras.

Pese a autorizadas opiniones en contra, reputo jurídicamente incompatible con la institución de los concursos la selección o exclusión de contratistas por simple conocimiento privado de la Administración Pública.[44] Si es privado, es por ser exclusivo del licitante y relativo a solamente uno o algunos de los licitadores, con inevitable discriminación en contra de ellos. Para utilizar su conocimiento privado el funcionario licitante debe trasladarlo al expediente y ponerlo al alcance de todos, salvo que se trate de información legalmente secreta, en cuyo caso su empleo será posible, aunque no pueda divulgarse.

En cuanto a los informes por certificados administrativos expedidos por autoridades encargadas de verificar la organización y poder empresariales del concursante, sólo cabe decir que, exactamente como en el caso de los registros de contratistas, su eficacia va estrechamente condicionada por la idoneidad técnica y moral del inspector que rinde el informe, nada abundante estos días.

Finalmente, los registros representan la calificación permanente de los posibles contratistas de la Administración Pública, mediante asientos donde consta, con carácter de fe pública, la declaración favorable al empresario del funcionario evaluador. Se trata de verdaderas declaraciones de conocimiento y valoración sobre las capacidades del contratista, a las que la ley conecta el efecto de permitir y/u obligar a terceros a tenerlas por verdaderas.[45] Es, como suele decir la doctrina italiana, un caso de declaración constitutiva, que se limita a reproducir el conocimiento de hechos y capacidades preexistentes con fuerza de verdad legal, para que terceros puedan atenerse a ella y celebrar contratos con la Administración Pública sobre esa base.

La inscripción es, en este sistema, o fuente de la capacidad para contratar con la Administración Pública, o requisito de legitimación para su ejercicio, sin el cual éste no puede darse sino con violación del ordenamiento.[46] Todo parece indicar que se trata más bien de lo último y de una nulidad

41. Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, 1974, Editorial Civitas, *Revista de occidente*, págs. 277 a 280. Para una explicación brillante de la potestad como situación jurídica subjetiva, ver Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Giuffrè, 1953, Voz Poteri, Potesta, todavía hoy lo mejor sobre el tema.

42. Villar Palasi, op. cit., págs. 130 y 131.

43. Jorge Enrique Romero, op. cit., págs. 162 y siguientes; Dromi, op. cit. págs. 258 y siguientes; Roehrssen, op. cit., págs. 114 y siguientes.

44. Roehrssen, op. cit., págs. 136 y 192.

45. Giannini, op. cit., tomo II, págs. 952 a 954, 964, 965, 996, 997 y 1015 a 1017.

46. Giannini, op. cit., tomo II, págs. 561 a 564. Además de requisito de ejercicio de la potestad, la legitimación es utilizada por Giannini en otros varios sentidos, principalmente como atribución de potestad (para dictar actos administrativos, celebrar contratos, etc.). En el autor la noción es siempre distinta de la capacidad de ejercicio o de goce. Ver Eduardo García de Enterría, op. cit., Vol. I, págs. 518 y 519.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

absoluta de lo actuado, la que surge por la ausencia de inscripción o por defectos sustanciales de la misma.

Los requisitos de admisión imponen, sobre la capacidad privada y común del oferente, la formación de capacidades reales (educación y especialización, etc.) que se convierten en jurídicas, en ausencia de las cuales el individuo no puede válidamente concursar. Lo que así se da es un régimen distinto de la capacidad de goce o de titular situaciones jurídicas subjetivas, que, por lo mismo, sólo puede crearse por ley o por reglamento autorizado, siempre que éste se halle bien circunscrito por límites impuestos por el legislador.[47]

En algunos sistemas (Italia) la Administración Pública puede, además, rechazar discrecionalmente a un participante en una licitación, o de todas las posibles del ente en cuestión, y hasta de otros entes, y para hacerlo no tendrá siquiera que motivar la exclusión. Se trata de acto discrecional, que puede afectar incluso al oferente ajustado al pliego de condiciones y a la ley, en virtud de desconfianza de la Administración Pública, que invoca motivos no reglamentarios de exclusión y quien, dentro de este enfoque, queda habilitada también para admitir al que no presente la documentación exigida por el pliego de condiciones, si así le parece conveniente por confianza en la capacidad del interesado.[48] En tales sistemas la exclusión concreta (para un concurso) o general (para todos) no requiere previsión ni régimen de ley y se funda en una presunta y necesaria autonomía del ente público, de índole administrativa, para contratar únicamente con quien merece o suscita su confianza en orden a crear un vínculo *intuitu personae.*

Este sistema, de la libre admisión o rechazo de ofertas, a juicio discrecional de la Administración Pública, no implica —como el sistema de registros— una limitación a la capacidad contractual del oferente, sino un debilitamiento de su derecho subjetivo de participación ante la potestad opuesta del licitante de cerrarle el concurso o de expelerlo o sacarlo del concurso cuando así lo repute conveniente, a condición de no cometer una arbitrariedad.[49] Se trata de lo que la doctrina italiana denomina "diritto affievolito" (derecho debilitado), que configura uno de los tipos del interés legítimo, en esta hipótesis en la conservación de los bienes y derechos propios ante la Administración Pública (a diferencia del interés legítimo en sentido estricto, en la obtención de beneficios de ella, como resultado del correcto ejercicio de sus potestades discrecionales de (eventual) favor o beneficio para el interesado). No ausencia o falta de capacidad negocial, sino derecho de participación debilitado o condicionado (al no ejercicio de la potestad discrecional opuesta de exclusión o rechazo) es lo que surge de tal sistema.[50] De consiguiente, el contrato que se firme será válido, pese a la violación del acto de exclusión o expulsión del oferente.

Reputamos la discrecional exclusión de oferentes, por motivos fuera de pliegos, de ley y del expediente, como totalmente opuesta a la idea del concurso contractual de índole pública, que debe ser no sólo libre de arbitrariedad del licitante sino también de aprensiones e incertidumbres del licitador.

La exclusión de un oferente debe darse normalmente con base en motivos reglados por leyes, reglamentos o por el o los pliegos de condiciones, con el uso menor posible de conceptos indeterminados y con el puntual respeto a los tres grandes principios de todo concurso público, pluralidad de participantes, igualdad en su trato y adjudicación al mejor.[51] La intervención de medidas discrecionales de admisión o de rechazo, es claramente una

---

47. Pequignot, op. cit., pág. 6 (fascículo 505); Gaston Jeze, *Les Principes Generaux de Droit Administratif, Theorie Generale des Contrats de l'Ad. Publique*, L.G.D.J., París, tomo I, 1934, pág. 140.

48. Roehrssen, op. cit., págs. 133 a 136 y 139; Sepe, op. cit., págs. 143 y 144.

49. Sepe, op. cit., pág. 144; Guido Zanobini, *Corso di Diritto Administrativo*, volumen II, Giuffrè, 1954. El tema del interés legítimo ha sido tocado con lucidez por Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General*, tomo 2, Ediciones Macchi-López, Cap. XVI, aunque sin insistir particularmente en la tipología del interés legítimo. La pulcra distinción y clasificación de los intereses legítimos se justifica en Italia por ser éstos allá el criterio de separación entre jurisdicción administrativa ordinaria o judicial, y jurisdicción administrativa formal contenciosa, pues a la primera sólo corresponde conocer de derechos subjetivos, así como sólo de intereses legítimos a esta última.

50. La exclusión general de concursos públicos afecta, según unos (Roehrssen, op. cit., pág. 128) la capacidad negocial de goce; en tanto que, según otros, se limita a mera prohibición (Jeze, op. cit., Tomo I, pág. 140; Dromi, op. cit., pág. 257).

51. Dromi, op. cit., pág. 255; aunque el autor pareciera admitir, en pág. 256, el carácter discrecional de la admisión o rechazo de oferentes y ofertas; De Laubadere, op. cit., tomo I, págs. 274 y 275, donde se formula la regla de que la Administración Pública sólo puede poner e imponer requisitos de admisión (a la licitación o concurso) que tengan que ver directamente con el servicio público o la mejor ejecución del contrato buscado, salvo disposición expresa en contrario de la ley.

Revista Judicial. Costa Rica. Año X, núm. 36, marzo 1986

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL CONTRATO DE TRABAJO POR TIEMPO DETERMINADO.

Su regulación en la legislación y jurisprudencia costarricenses

PROF. BERNARDO VAN DER LAAT ECHEVERRÍA

SUMARIO

Pág.

1. Introducción 66

PARTE I. Los contratos de trabajo por tiempo determinado

2. Los contratos de trabajo por tiempo determinado 66
   2.1. Noción 66
   2.2. Naturaleza excepcional 67
3. La duración de los contratos por tiempo determinado 69
   3.1. La duración máxima; diferentes posiciones; 69
      3.1.1. Posibilidad de prórrogas sucesivas sin que se convierta en contrato por tiempo indeterminado 69
      3.1.2. Consecuencias de superar el plazo que autoriza la ley 69
   3.2. Aplicación de los plazos a los contratos para obra determinada. 70
   3.3. Situación de los trabajadores interinos del Gobierno e instituciones públicas. 71
   3.4. Efectos de la prórroga 71
   3.5. Consecuencias de la modificación de la modalidad del contrato en cuanto al plazo. 71
4. La formalidad escrita en el contrato de trabajo por tiempo determinado 72

PARTE II. Consecuencias de la terminación de los contratos de trabajo por tiempo determinado

5. Terminación normal o justificada 73
6. Terminación injustificada 74
   6.1. Indemnización de daños y perjuicios 74
      6.1.1. Puede pedirla cualquiera de las partes; 74
      6.1.2. Los daños y perjuicios deben demostrarse; 74
      6.1.3. Régimen del artículo 31 es excluyente del de los artículos 28 y 29 74
      6.1.4. Elementos que deben tomarse en cuenta para determinar los daños y perjuicios. 75
      6.1.5. Rechazo del daño presuntivo 75
      6.1.6. Criterio jurisprudencial en la estimación de los daños y perjuicios 76
      6.1.7. El daño moral 76
   6.2. Indemnización fija o adicional 76
      6.2.1. Monto 76
      6.2.2. Forma de calcularla 77
      6.2.3. Caso de contratos sucesivos 77
   6.3. Momento en que debe hacerse el pago de las indemnizaciones 77
7. El preaviso 78
8. Terminación ante tempus con responsabilidad por actos ajenos al empleador 78
9. Protección a las indemnizaciones del artículo 31 79

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

INTRODUCCIÓN

El análisis del Derecho Laboral en Costa Rica es una labor que, apenas se inicia a pesar de que el Código de Trabajo superó cuarenta años de vigencia, y, por ello hay una serie de instituciones que, no obstante haber sido objeto de detenido análisis por la doctrina extranjera desde hace tiempo, presentan interés para el estudioso costarricense. Este es el caso de los contratos por tiempo determinado que es el tema que hemos escogido como contribución al homenaje al profesor Ruprecht.

La legislación nacional, —y esto lo ha confirmado la jurisprudencia—, ha seguido la corriente general y seguramente unánime en épocas normales, de preferir los contratos por tiempo indefinido sobre aquellos de duración determinada los cuales acepta sólo en condiciones muy calificadas. Pero señalar en un caso concreto si se está en presencia de una labor de naturaleza excepcional que justifique esta modalidad puede ser difícil por lo que el estudio de casos es necesario para conocer los criterios que para su determinación han seguido los tribunales. La duración máxima que pueden tener estos convenios no es clara en nuestro Código de Trabajo y tampoco lo ha sido la línea jurisprudencial por lo que este aspecto ha merecido especial consideración haciéndose referencia a algunos que presentan matices interesantes como son, en este aspecto, los contratos por obra determinada y el de los trabajadores interinos del Estado y las instituciones públicas. Finalmente se han estudiado los problemas que surgen con la terminación de este tipo de relaciones analizando aspectos tales como la posibilidad del daño moral por rompimiento injustificado, si en algunos casos es procedente el preaviso, los problemas que puede plantear la muerte del trabajador contratado por tiempo determinado y la protección a las indemnizaciones por terminación injustificada de esta modalidad de contratos.

La regulación de los contratos por tiempo determinado en la legislación laboral costarricense, escueta y poco clara aparece básicamente en tres artículos del Código de Trabajo.[1] El artículo 26[2] que determina la naturaleza excepcional de esta modalidad de contrato de trabajo; el 27[3] que regula lo relativo al plazo máximo de duración que pueden tener y la posibilidad de prórrogas y el artículo 31[4] el cual se ocupa de las indemnizaciones por terminación anticipada injustificada. Estas normas serán las que analizaremos con base en la jurisprudencia de los tribunales costarricenses.

PARTE I

LOS CONTRATOS DE TRABAJO POR TIEMPO DETERMINADO

2. Los contratos de trabajo por tiempo determinado.

2.1. Noción.

El Código de Trabajo utiliza variada terminología en los artículos 22, 26, 27 y 31. El 22 menciona "trabajos accidentales o temporales" y "obra determinada". El artículo 26 habla de "contrato por tiempo determinado"; el 27 de "contrato por tiempo fijo" y el 31 menciona a los "contratos a tiempo fijo y para obra determinada". Por lo tanto, es necesario determinar la significación que esa

1. No quiere esto decir que otros artículos no hagan alguna referencia a esta modalidad de contrato tales como el 22, el 24 y el 86.
2. "El contrato de trabajo sólo podrá estipularse por tiempo determinado en aquellos casos en que su celebración resulte de la naturaleza del servicio que se va a prestar. Si vencido el término subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, se tendrá como contrato por tiempo indefinido, en cuanto beneficie al trabajador, aquél en que es permanente la naturaleza de los trabajos".
3. No puede estipularse el contrato de trabajo por más de un año en perjuicio del trabajador; pero si se tratare de servicios que requieran preparación técnica especial, la duración podrá ser, en las mismas condiciones, hasta de cinco años.
   No obstante, todo contrato por tiempo fijo es susceptible de prórroga, expresa o tácita. Lo será de esta última manera por el hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios con conocimiento del patrono.
4. Ver nota 54.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

diferente denominación puede tener por las consecuencias que de ello pueden derivarse.

Estimamos que cuando nuestra legislación se refiere al contrato por tiempo determinado está considerado, en general, aquella modalidad del contrato de trabajo que, a diferencia de los contratos a plazo indefinido, su duración está definida de antemano y determinada por una fecha, el acaecimiento de un hecho o la realización de una obra. Esto significa que el contrato por tiempo determinado es la denominación general que usa el Código para identificar esta modalidad de contratos que a su vez tiene varias subdivisiones según las diferentes variedades: a plazo fijo, por obra determinada, accidentales o eventuales. Encuentra apoyo esta hipótesis en el pensamiento de Pla Rodríguez quien, utilizando el término "contratos de duración determinada" los define como "aquellos cuya duración se establece en el momento de celebrarse el contrato. . . Son susceptibles, a su vez de varias subclasificaciones, en razón de la forma que se prevé la terminación del contrato. Se suele distinguir según sea un plazo cierto (determinado plazo: un año o hasta el 31 de diciembre de tal año) o a un plazo incierto (hasta que termine una obra o mientras se prolongue la vacancia de un titular a quien se suple) o sometido a una condición (hasta que no se designe el titular por concurso. . .)".[5]

En sentido similar se expresan Cabanellas[6] y Ruprecht.[7]

Además, el hecho de que el artículo 26, que es el que autoriza este tipo de contrato, se refiere a tiempo determinado, en tanto que en los otros artículos, 27 y 31, que regulan los aspectos operacionales tales como la duración máxima, las prórrogas y las indemnizaciones por rompimiento injustificado se refieran a tiempo fijo u obra determinada, da mayor fundamento a nuestra posición. Y esto tendrá importantes consecuencias prácticas como veremos más adelante,[8] en especial respecto del contrato para obra determinada. La jurisprudencia, aunque en forma expresa no haya efectuado una consideración similar, de hecho considera que, tanto el contrato a plazo fijo como aquel por obra determinada, son contratos por tiempo determinado.[9]

2.2. Naturaleza excepcional de los contratos por tiempo determinado.

De la preferencia por los contratos a plazo indefinido resulta que solo en casos calificados serán válidos los contratos de duración determinada.

La posibilidad de celebrarlos deriva de la naturaleza del servicio que va a prestar que debe ser de carácter excepcional respecto de la actividad normal del empleador. Por lo tanto, no basta denominar al contrato como de plazo determinado si de la característica de los servicios resulta otra cosa, pues es su condición excepcional la que debe tomarse en consideración y no, la denominación que las partes le hayan dado al contrato, como bien lo ha dicho la jurisprudencia.[10]

El artículo 26 del Código de Trabajo es claro respecto a la naturaleza excepcional de los contratos de trabajo por tiempo determinado. La jurisprudencia reiteradamente, también ha reconocido ese carácter[11] y con base en ella y en la naturaleza de ley de orden público que tiene el Código de Trabajo se ha negado a reconocer como contratos por tiempo determinado a aquellos que regulan

---

5. *Curso de Derecho Laboral, contratos de trabajo*, tomo II, vol. 1, Acali Editorial, Montevideo, 1978, p. 200.

6. *Compendio de Derecho Laboral*, T. I., Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968, p. 481. Al respecto dice: ". . .se catalogan de contratos laborales de duración determinada los siguientes: a) cuando las partes, de mutuo acuerdo, fijan un plazo concreto de finalización; b) si el término depende de un acontecimiento inevitable; c) cuando se trata de una tarea perfectamente concretada; d) cuando se trata de obtener un resultado, una vez conseguido el mismo o ante el desistimiento por imposibilidad (como en la búsqueda de agua y en exploraciones petrolíferas); e) si de la naturaleza del trabajo se desprende una duración fijada de hecho y de antemano; f) cuando los servicios se remuneran en un tanto alzado".

7. *Contrato de Trabajo*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960, p. 209, quien expresa: "que existen tres tipos de este contrato: a) por plazo fijo; b) por obra determinada; c) por precio alzado.

8. Ver punto 3.2.

9. T.S.T. de S.J., núm. 3889 de las 8:35 hrs.del 9 de octubre de 1975.

10. T.S.T. de S.J., núm. 4385 de las 13:55 hrs. del 7 de noviembre de 1975. "En materia laboral la naturaleza del contrato no la determina el nombre que las partes hayan querido darle, sino la realidad de circunstancias que lo rodean". En igual sentido la núm. 3912 de las 14:30 hrs. del 30 de setiembre de 1976.

11. La Sala de Casación en su sentencia núm. 5 de las 16:00 hrs. del 2 de marzo de 1977 dijo: "la regla es que los contratos laborales son por tiempo indefinido y que sólo podrán estipularse por tiempo determinado en aquellos casos en que ese tipo de celebración resulta de la naturaleza del servicio que se va a prestar. . ."; en igual sentido Cas. núm. 41 de las 14:00 hrs. del 30 de noviembre de 1979 y del T.S.T. de S.J., núms. 4385 de las 13:55 hrs. del 7 de noviembre de 1975; 3014 de las 15:10 hrs. del 4 de julio de 1980 y 3597 de las 8:30 hrs. del 12 de agosto de 1980.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

labores que no tienen esa naturaleza excepcional aunque en el caso concreto la estipulación de un plazo puede resultar más favorable al trabajador. Tal sucedió por ejemplo, cuando un abogado suscribió un contrato por un término de diez años con una empresa y se estableció contractualmente que en caso de terminación injustificada se reconocería al profesional los salarios que le faltan por devengar. Al analizar el asunto la Sala de Casación[12] estimó que eran servicios permanentes y que esa materia no quedaba a la libre disposición de las partes dado su carácter de ley de orden público.

El carácter excepcional de los contratos por tiempo determinado ha sido reiteradamente afirmado por los tribunales en numerosos casos y variadas circunstancias. Así, han definido como contratos por tiempo indefinido una gama variada de situaciones que se pretendían considerar, en perjuicio del trabajador, como de duración determinada. Como referencia que ayude a definir al intérprete situaciones dudosas podemos señalar que han sido tenidas como de duración indefinida las siguientes: a) la de los profesores de colegios privados;[13] b) la de los abogados de planta;[14] c) los profesores universitarios que no estuvieren nombrados en propiedad;[15] d) los funcionarios que administran justicia;[16] un publicista, encargado de relaciones públicas en una institución estatal;[17] f) el asistente de gerencia, el secretario de la junta directiva y un oficinista de una institución autónoma;[18] g) los empleados de los ministerios;[19] h) los ejecutivos municipales;[20] i) el gerente de una institución autónoma;[21] j) los trabajadores de empresas dedicadas a la construcción;[22] k) el director del Servicio Nacional de Electricidad;[23] l) miembros del Tribunal del Servicio Civil;[24] m) miembros del Tribunal Fiscal Administrativo.[25]

---

12. Cas. núm. 81 de las 15:00 hrs. del 8 de setiembre de 1978; el alto Tribunal manifestó: "Si en el contrato celebrado entre las partes se estableció que el trabajador prestaría sus servicios de abogado por un plazo de diez años y en otra de sus cláusulas se estatuyó que en caso de despido o que se diera motivo para el mismo, el patrono estaría obligado a pagarle los salarios caídos por el tiempo de duración del contrato, y el actor con base en esta última cláusula reclama en la demanda el pago de ese extremo aduciendo que el contrato es ley entre las partes, tal alegato no es de recibo y debe rechazarse, toda vez que la cláusula indicada no es válida, pues hay leyes imperativas, de orden público que la dejan sin valor; y si el actor alega que independientemente de que la contratación sea por tiempo determinado o por tiempo indefinido el demandado está obligado por el contrato a pagarle los salarios caídos, tampoco tiene sustento legal su petición, pues la ley determina que sólo pueden estipularse contratos por tiempo determinado en los casos en que su celebración resulte de la naturaleza del servicio que se va a prestar, situación que no es la del caso, pues la naturaleza del servicio objeto del contrato del juicio no es por tiempo determinado, de ahí que no podía estipularse —so pena de quebrantar la prohibición expresa del Código de Trabajo— por tiempo determinado como se hizo". En sentido similar T.S.T. de S.J., núm. 3597 de las 8:30 hrs. del 12 de agosto de 1980.

13. T.S.T. de S.J., núm. 3358 de las 14:00 hrs. del 20 de setiembre de 1978 y Cas. núm. 103 de las 16:30 hrs. del 17 de octubre de 1979. En el caso analizado se trataba de una profesora de un colegio dedicado a la formación de secretarias; cada año, al inicio del curso lectivo se hacía firmar a los profesores un contrato por la duración del curso; los tribunales consideraron que se trataba de labores de naturaleza permanente.

14. Cas. núm. 81 de las 15:00 hrs. del 8 de setiembre de 1978; T.S.T. de S.J., núm. 2129 de las 8:30 hrs. del 13 de julio de 1979.

15. Cas. núm. 141 de las 14:00 hrs. del 30 de noviembre de 1979: "Si el actor prestó servicios como profesor durante varios años, —aún cuando no estuviera nombrado en propiedad, su contrato se debe considerar como de tiempo indefinido, sin que la naturaleza de la relación varíe por el hecho de que los servicios se presten en cursos semestrales, anuales o de verano, pues si se entendieran como contratos por plazo fijo se burlarían los derechos de quienes se dedican a la enseñanza".

16. Cas. núm. 42 de las 14:00 hrs. del 8 de julio de 1977.

17. Cas. núm. 98 de las 15:00 hrs. del 3 de octubre de 1979.

18. Cas núm. 49 de las 15:15 hrs. del 24 de mayo de 1967.

19. T.S.T. de S.J., núm. 4730 de las 9:05 hrs. del 1 de diciembre de 1978.

20. T.S.T. de S.J., núm. 2068 de las 14:05 hrs. del 26 de mayo de 1976; en igual sentido del mismo Tribunal, las núms. 3636 de las 9:10 hrs. del 24 de diciembre de 1971; 2152 de las 9:15 hrs. del 26 de setiembre de 1970 y la 2179 de las 8:35 hrs. del 4 de junio de 1975.

21. T.S.T. de S.J., núm. 4605 de las 8:24 hrs. del 21 de noviembre de 1975; Cas. núms. 62 de las 10:30 hrs. del 25 de agosto de 1966; 109 de las 16:15 hrs. del 29 de noviembre de 1966 y 114 de las 15:15 hrs. del 19 de setiembre de 1975.

22. T.S.T. de S.J., núm. 71 de las 15:15 hrs. del 6 de enero de 1977.

23. Cas. núm. 109 de 1966.

24. Cas. núm. 62 de las 10:30 hrs. del 28 de agosto de 1966.

25. Cas. núm. 49 de las 15:00 hrs. del 3 de mayo de 1968.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3. La duración de los contratos por tiempo determinado.

El artículo 27 del Código de Trabajo,[26] que regula la duración que pueden tener los contratos de trabajo por tiempo determinado, es bastante confuso. En primer lugar establece, como norma general, que el plazo no puede estipularse por más de un año, aunque de inmediato agrega, incluyendo un elemento de confusión, la frase "en perjuicio del trabajador". Y establece como excepción, que el plazo puede ser de hasta cinco años, en las mismas condiciones, si se tratare de servicios que requieran preparación técnica especial. En el párrafo segundo, que se inicia con un poco claro "No obstante", se indica que todo contrato por tiempo fijo puede ser prorrogado en forma expresa o tácita.

Podemos plantearnos dos cuestiones: ¿cuál es la duración máxima que pueden tener los contratos por tiempo determinado? y ¿cuáles son las consecuencias de la prórroga de este tipo de contratos?

3.1. La duración máxima; diferentes posiciones.

Si bien el Código en el artículo 27 en comentario establece un plazo general de un año y uno especial de cinco años para labores que requieran preparación técnica especial, también hace referencia a que esa estipulación no puede hacerse "en perjuicio del trabajador" por lo que surge la duda, interpretando a contrario sensu, de si se podría estipular un plazo mayor al año si el trabajador estima que eso es favorable para él. En idénticas consideraciones podríamos hacer para el caso de excepción mencionado según se deduce de la frase "en las mismas condiciones", o sea si no es en perjuicio del trabajador, puede pactarse un plazo superior a los cinco años. Y la posibilidad de prórroga, también prevista en ese artículo, agrega igualmente elementos de duda sobre si los plazos indicados son los plazos máximos y que, por lo tanto, si se producen prórrogas no pueden exceder de ese límite; o si por el contrario éstas pueden producirse válidamente en varias ocasiones.

Veamos las diferentes posiciones que han establecido los tribunales.

3.1.1. Posibilidad de prórrogas sucesivas sobre el plazo que indica el Código sin que el contrato se convirtiera en contrato por tiempo indeterminado.

La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, derogada por el Código de Comercio, en el artículo trece establecía que el nombramiento del gerente en ese tipo de sociedades era por un máximo de un año y podía ser reelecto indefinidamente por períodos iguales. Un ejecutivo, que no fue reelecto al concluir un ejercicio anual solicitó el reconocimiento de las indemnizaciones correspondientes a la terminación injustificada de los contratos a plazo indeterminado. La Sala de Casación estimó que, por mandato categórico de la ley ese plazo era de un año y que si no era reelecto no tenía derecho a indemnización alguna pues desde que el momento que aceptó el cargo conocía la posibilidad de no ser reelecto.[27] Unos años más tarde, el Tribunal Superior de Trabajo de San José, consideró que "un contrato a término puede ser renovado cuantas veces las prestaciones sean posibles sin que por ello se conviertan en un contrato por tiempo indefinido, prórroga que puede ser expresa o tácita, puesto que no son los contratos los que deben considerarse por tiempo determinado o indeterminado, sino la naturaleza de las prestaciones".[28] Es importante destacar que el trabajador que promovió el juicio en el que se produjo ese fallo tenía ocho años de servicios y se le consideró como contratado a plazo fijo.

3.1.2. Consecuencias de superar el plazo que autoriza la ley.

Aunque no lo dijo expresamente, se deduce de su razonamiento, que en una ocasión la Sala de Casación consideró que existía un plazo máximo

---

26. Ver nota núm. 2.

27. Cas. de las 15:45 hrs. del 21 de abril de 1961. Similar interpretación podría hacerse en la actualidad con base en el Código de Comercio. En el fallo en comentario se aplicó en forma literal la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y no se analizó la naturaleza de la relación laboral ni tampoco la finalidad que perseguía esa ley al obligar al señalamiento de un plazo máximo para el nombramiento de gerente que no es otra, en mi criterio, que dar seguridad jurídica a los terceros que se relacionan con esas empresas, de saber a ciencia cierta si quienes las representan tienen personería vigente a un determinado momento.

28. T.S.T. de S.J., núm. 2471 de las 10:15 hrs. del 12 de noviembre de 1968. El párrafo transcrito resulta ser copia textual de CABANELLAS, *op. cit.*, p. 481.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ajustado el cual no son posibles prórrogas.[29] El caso contemplaba la situación de un trabajador contratado para prestar servicios que requerían preparación técnica especial y que había trabajado más de cinco años. Sin embargo, estimamos que el razonamiento es válido para el caso general, o sea, cuando el plazo máximo es de un año. Compartimos esta posición de la jurisprudencia pues la consideramos acertada dada la naturaleza excepcional de los contratos por tiempo determinado. Aceptar la posibilidad de prórroga sobre los límites de uno, o en su caso cinco años, equivaldría prácticamente a eliminar los contratos a plazo indefinido y especialmente burlar las indemnizaciones que se reconocen por terminación injustificada de ese tipo de contratos.

Esta posición tiene apoyo en la doctrina pues para RUSSOMANO "es esencial que la suma de los períodos de vigencia del contrato no pase el límite legal establecido. En caso contrario, se burlaría el propósito del legislador de impedir los contratos por plazo determinado de larga duración".[30]

El criterio expuesto deja sin resolver la duda de cuál es el alcance de la frase "en perjuicio del trabajador" del párrafo primero del artículo 27 que da la idea de que el contrato a plazo fijo podría superar los límites establecidos si fuere favorable al trabajador, lo que introduciría un elemento subjetivo y casuístico en la interpretación. Sin embargo, la Sala de Casación, creemos que en forma correcta, ha estimado que la frase comentada debe entenderse en el sentido de que vencido el plazo y si subsisten las causas que le dieron origen, el trabajador tiene la posibilidad de acogerse al plazo y, por lo tanto, dar por terminado el contrato; o, si lo estima conveniente, seguir prestando sus servicios pero, en esta hipótesis, el contrato se considera por tiempo indeterminado.[31]

3.2. Aplicación de los plazos a los contratos por obra determinada.

Indicamos atrás[32] que considerábamos que cuando el artículo 26 del Código de Trabajo establece la posibilidad de estipular en forma excepcional, plazos en los contratos de trabajo al referirse a contratos por tiempo determinado se refería a todas las modalidades de este tipo de convenios: a plazo fijo, por obra determinada, temporales. Asimismo, estimamos que el artículo 27 también es de aplicación a todas estas variedades de contrato y, por lo tanto, a los de obra determinada, lo que traerá como consecuencia que la contratación de trabajadores para la realización de una obra, si ésta excede de los términos máximos que indica este artículo, se tendrá como hecha a plazo indeterminado.[33] Varias veces que los tribunales han conocido de problemas derivados de contratos por obra determinada, parece que tácitamente consideran que la duración del contrato puede ser igual al de la obra independientemente de la duración de ésta.[34] Sin embargo, en una ocasión, en forma expresa reconocieron como trabajadores a plazo indefinido los contratados para realizar una obra de gran envergadura[35] criterio éste que compartimos.

---

29. Cas. núm. 106 de 1958: "Cuando los servicios requieren preparación técnica especial el contrato de trabajo se autoriza hasta por cinco años, entendiéndose que si vencido el período convenido, las relaciones entre patronos y trabajador continúan lo son bajo las mismas condiciones pero por tiempo indefinido".

30. RUSSOMANO, Mozart Víctor, *La extinción del contrato por plazo determinado*, en Estudios sobre derecho individual de trabajo en homenaje al Prof. Mario L. Deveali, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1979, p. 585.

31. Cas. núm. 5 de las 16:00 hrs. del 2 de marzo de 1977. Dijo la Sala: "El contrato por tiempo determinado, se convierte en pacto por tiempo indeterminado si al vencer su plazo subsisten las causas que le dieron origen y en cuanto ese cambio beneficia al trabajador; pero ese beneficio debe entenderse únicamente relacionado con la duración del trabajo, por lo que la expresión 'en cuanto beneficia al trabajador', permite que el contrato pueda mantenerse como de tiempo determinado si el trabajador no quiere laborar más tiempo del pactado; más la posibilidad de decidir que existe cuando se opera el primer vencimiento, y no cuando se producen los posteriores".

32. Ver punto 2.1.

33. En sentido contrario se manifiesta ARIAS, Luis Alberto, *El contrato de trabajo por obra determinada*, Tesis, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, ed. poligrafiada, 1985, p. 85.

34. La Cas. de las 15:00 hrs. del 3 de octubre de 1950 consideró como una obra determinada para efectos laborales la construcción de una planta generadora de energía eléctrica por parte de una institución autónoma.

35. Cas. núm. 105 de las 16:00 hrs. del 26 de setiembre de 1958. "En una obra determinada de estas condiciones, y con la salvedad hecha, no podría argumentarse que los trabajadores están contratados al tiempo fijo de su terminación, cualquiera que sea la época en que se verifique, porque vendría en perjuicio mismo de los trabajadores, ya que si a la regla general de que no pueden ser obligados a permanecer en el trabajo por más de un año, si son trabajadores no especializados, ni por más de cinco si son técnicos, hubiera que hacer la excepción para obra determinada obligándoles a permanecer en el trabajo, hasta que concluyera, no podría romperlo sin justa causa sin pagar daños y perjuicios a la parte patronal".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

3.3. Situación de los trabajadores interinos del Gobierno y entes públicos.

La necesidad que tiene el Estado y, en general, las instituciones públicas de suplir temporalmente a trabajadores que solicitan permisos o licencias hace que en Costa Rica el contrato del trabajador nombrado en forma interina en un puesto público, sea uno de los más frecuentes. Si el trabajador presta sus servicios por un período menor al año, o si labora varios períodos siempre que exista entre ambos un lapso de interrupción[36] se considera como nombrado por un plazo determinado. Pero, por el contrario, en forma reiterada se ha sostenido que si transcurre el año y la persona sigue en funciones, siendo de naturaleza permanente las labores que desempeña, o, si han sido diversas, pero continuas,[37] entonces el contrato se tiene como de plazo indefinido y, si el empleado es despedido, tendrá derecho al pago del preaviso y del auxilio de cesantía.[38] Sin embargo es necesario aclarar, y así lo han hecho los tribunales, que el reconocer a estos trabajadores como contratados a plazo indefinido no significa que adquieran los derechos inherentes a la propiedad de la plaza como podría ser la titularidad de una cátedra, la inamovilidad y el consecuente derecho a la reinstalación.[39] Si así fuera, se atentaría contra el principio de que la propiedad de las plazas se debe obtener con base en idoneidad comprobada mediante concurso y se falsearía todo el sistema de selección de personal de los entes públicos con perjuicio indudable para los propios trabajadores.

3.4. Efectos de la prórroga.

El párrafo segundo del artículo 27 del Código de Trabajo prevé la posibilidad de prórroga para los contratos por tiempo determinado indicando que ésta puede ser expresa o tácita y que lo será de esta manera por el hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios con conocimiento del patrono. Hemos indicado[40] que consideramos que las prórrogas no pueden superar el plazo máximo que señala el párrafo primero de ese mismo artículo. Y además, coincidiendo con Pla[41] y Barbagelata,[42] estimamos que cuando la prórroga es tácita el contrato se convertirá en contrato a plazo indeterminado y que para esa prórroga opere bastarán unos pocos días y aún unas horas, en cuyo caso, para todos los efectos emergentes de la antigüedad, se tomarán con efecto retroactivo al inicio de la relación.

3.5. Consecuencias de la modificación de la modalidad del contrato en cuanto al plazo.

Pueden presentarse dos posibilidades de la modificación de la modalidad del contrato en cuanto al plazo: a) uno pactado por tiempo determinado se convierte en contrato a plazo indefinido; o, b) a un contrato a plazo indefinido se le pone plazo.

a) Por diversas causas tales como superación del plazo máximo que permite la ley, una prórroga tácita, si se hubiere pactado un plazo fraudulentamente, etc., un contrato que cuando se inició era por tiempo determinado, luego tiene el plazo indefinido. Es una situación bastante frecuente y no presenta problemas ya que se considera que el plazo indefinido es mucho más favorable para el trabajador, por lo que para todos los efectos se tendrá como por tiempo indefinido.

---

36. **T.S.T. de S.J., núm. 1878 de las 13:20 hrs. del 25 de abril de 1980. "Si la actora prestó servicios al Estado en forma interina en dos períodos distintos, uno de nueve meses y otro de seis, con un lapso de interrupción de cuatro meses entre ambos, entonces no se encuentra dentro de la posibilidad de estimar esas relaciones como un contrato a tiempo indefinido. . .".**

37. **T.S.T. de S.J., núm. 4105 de las 16:55 hrs. del 20 de octubre de 1978.**

38. **T.S.T. de S.J., núms. 3012 de las 8:55 hrs. del 29 de julio de 1976; 2617 de las 8:20 hrs. del 9 de julio de 1979; 3326 de las 14:25 hrs. del 23 de agosto de 1979; 2591 de las 8:00 hrs. del 13 de junio de 1980.**

39. **Cas. núm. 141 de las 14:00 hrs. del 30 de noviembre de 1979. La Sala hizo las siguientes consideraciones: "Si el demandante prestó servicios como profesor durante varios años —aunque no estuviera nombrado en propiedad—, la relación laboral debe considerarse como por tiempo indefinido, y debe reconocérsele el derecho a las prestaciones laborales, sin que esto equivalga a desconocer la facultad que tiene la entidad demandada a hacer la elección en propiedad de sus profesores mediante el concurso de antecedentes, pues se trata de cuestiones distintas; ni significa tampoco que se acredita derecho a un profesor a convertirse en titular en propiedad de su cátedra por el único mérito de haberla desempeñado por un lapso más o menos largo, toda vez que lo que se reconoce es el pago de prestaciones, pero no la inamovilidad en el puesto ni el derecho a la reinstalación".**

40. **Ver punto 3.1.2.**

41. ***Op. cit.*, p. 202.**

42. ***Op. cit.*, p. 21.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

b) La segunda hipótesis sería la de que un contrato de trabajo a plazo indefinido se transforme a plazo determinado. Esta posibilidad no se considera aceptable, pues equivaldría a ponerle fin a la relación.[43] En la práctica es usual en instituciones o empresas que una persona que ha venido desempeñando diversas posiciones y cuyo contrato es a plazo indefinido, se le asciende a un puesto gerencial que por ley o estatuto, tiene señalado un período de vigencia. Los tribunales han considerado que cuando un nombramiento de este tipo es continuación del trabajo anterior y por lo tanto el contrato, para todos los efectos seguirá siendo, como lo era, por tiempo indeterminado.[44]

4. La formalidad escrita en el contrato de trabajo por tiempo determinado.

Parece existir unanimidad en la doctrina sobre la necesidad, o cuando menos conveniencia, de que los contratos de trabajo por tiempo determinado se consignen por escrito.[45] Ojeda Avilés ha expuesto con claridad y realismo las razones por las cuales es necesaria la escrituración de la cláusula de temporalidad en el contrato de trabajo.[46] Sin embargo discrepa sobre si ese requisito formal tiene efecto constitutivo *(ad-solemnitatem),* o únicamente probatorio.[47]

La legislación laboral costarricense en esta materia, no es lo suficientemente clara y las disposiciones legales que se refieren al punto en comentario son los artículos 22, 23, 24 y 25.

El artículo 21 determina cuáles son los contratos de trabajo que pueden pactarse verbalmente. Los incisos c) y d), que al respecto son los que interesan, disponen:

> "c) A los trabajos accidentales o temporales que no excedan de noventa días, no comprendidos en los dos incisos anteriores. . .";
>
> "d) A la prestación de un trabajo para obra determinada siempre que el valor de ésta no exceda de doscientos cincuenta colones, aunque el plazo para concluirla sea mayor de noventa días".

Interpretando esas disposiciones a contrario sensu es claro que los trabajos accidentales o temporales con una duración mayor a los 90 días, la

---

43. PLA, *op. cit.*, p. 203, al respecto dice: "Esa conversión equivaldría a ponerle fin a un contrato que debía durar indefinidamente. En lugar de acabarlo de inmediato, como ocurre cuando se rescinde unilateralmente el contrato, se lo terminaría a tantos meses o años de plazo, o sea, cuando se acabe el período durante el cual se prolonga el nuevo plazo".

44. Cas. núm. 66 de las 19:00 hrs. del 23 de junio de 1976. Dijo la Sala: "En casos como el presente en que la relación laboral fue primero por tiempo indeterminado y luego por tiempo determinado, la misma se tiene como una sola e indefinida. En igual sentido Cas. núm. 105 de las 9:00 hrs. del 9 de octubre de 1981.

45. PLA, Américo, *op. cit.*, p. 102, estima que es recomendable "la precaución de dejar constancia escrita del término del contrato de que se haya concertado"; HOYOS, Arturo, *Derecho Panameño del Trabajo,* vol. I, Panamá, 1982, p. 233, señala que de conformidad con el artículo 76 del Código de Trabajo de ese país, debe constar por escrito. OJEDA AVILES, Antonio, *Los trabajadores temporales. Problemas jurídicos de eventuales, interinos y temporeros en derecho español,* Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie Derecho núm. 17, 1973, ps. 153-4; fija su posición favorable a la manifestación escrita del plazo y reseña que los ordenamientos italiano y el belga exigen esta formalidad.

46. En su obra citada, ps. 152-3, nos dice OJEDA al respecto: "a) Sin forma escrita, la seguridad jurídica en torno al tipo de relación laboral acordada es nula en el plano de realización del Derecho. Un mero acuerdo verbal de temporalidad, por muy claro y concreto que sea, queda en el aire y permite al empleador variar su contenido en cualquier momento: procesalmente es conocida la desconfianza con que la prueba de testigos se mira por nuestros Magistrados, con toda razón, por otra parte. El mero acuerdo expreso, pues es contrario a la buena fe en la medida en que admite toda suerte de componendas unilaterales sin posible verificación procesal.
"b) Sin forma escrita, la demostración del abuso, cuando lo hubiere, se hace espinosa para el trabajador, ante la capacidad de maniobra del empleador de mala fe; por ejemplo, un trabajador contratado por una temporada, puede ser despedido ante 'tempus' alegándose su condición, no de trabajador temporero sino de interino sustituto de otro trabajador enfermo. O un trabajador interino encontrarse sin empleo antes de que el sustituto retorne mediante el subterfugio de 'novar' su calificación, convirtiéndolo en eventual para el balance de fin de año en la Empresa.
"c) Sin forma escrita, la duración del contrato temporal queda igualmente al arbitrio del empleador, haya habido o no determinación verbal expresa.
"El empleador puede decidir en todo momento, vgr. por una discusión en torno a su propia mora en el pago, prescindir de los servicios del trabajador temporal sin sujeción al período convenido; un acuerdo verbal significaría poner en manos del empleador la facultad de despido 'ad nutum' desde el primer día de la relación, seccionando de raíz todo apoyo probatorio adecuado para el trabajador".

47. Según señala OJEDA AVILES, *op. cit.*, ps. 153-4, para las legislaciones francesa e italiana la formalidad tiene carácter constitutivo, en tanto que de conformidad con la legislación vigente en España al escribir su referida obra, tenía un carácter probatorio. PLA estima que tiene carácter probatorio, *op. cit.*, p. 202, en tanto que en Panamá es requisito para la validez de la cláusula. HOYOS, *op. cit.*, p. 233.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

participación en la realización de una obra cuyo valor no exceda de doscientos cincuenta colones[48] o cualquier otro contrato de trabajo por tiempo determinado debe consignarse por escrito. Y así además, expresamente lo señala el artículo 23 al disponer que "en todos los demás casos el contrato deberá extenderse por escrito. . .". Y finalmente, el artículo 24 al establecer el contenido que debe tener el contrato de trabajo escrito dispone, en el inciso d) "la duración del contrato o la expresión de ser por tiempo indefinido, para obra determinada o a precio alzado".

Sin embargo, la formalidad de consignar por escrito la cláusula del plazo, no es un requisito de validez, sino de prueba, pues el artículo 25 dispone que "la prueba plena del contrato escrito solo podrá hacerse con el documento respectivo. La falta de éste se imputará siempre al patrono; en este caso, dicha prueba se hará de acuerdo con lo que dispone el párrafo siguiente".

PARTE II

CONSECUENCIAS DE LA TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS POR TIEMPO DETERMINADO

5. Terminación normal o justificada.

En presencia de los casos de excepción respecto de los cuales es posible celebrar válidamente un contrato de trabajo por tiempo determinado, su finalización al cumplirse el plazo o al concluirse la obra pactada no presenta problemas y cuando eso sucede no hay consecuencias para las partes,[49] pues está prevista como una de las causales de terminación del contrato de trabajo sin responsabilidad[50] excepción hecha del salario y de las vacaciones y aguinaldo proporcionales que deberá cumplir el patrono.

Si, por el contrario, no obstante haberse fijado un plazo, la naturaleza del contrato no lo justifica, entonces la situación se tratará como si fuera un contrato de trabajo a plazo indefinido y el trabajador tendrá derecho al preaviso y auxilio de cesantía que establecen los artículos 28 y 29 del Código de Trabajo.

Y lógicamente, tampoco habrá responsabilidad cuando la terminación anticipada tenga justificado motivo.[51]

En los contratos para la realización de una obra determinada, sin embargo, no siempre es fácil determinar el momento en que ésta se tiene por finalizada, la que resulta más complicada cuanto más grande y compleja sea. Resultaría ilógico y, sin duda ruinoso, considerar que para los efectos de la terminación de los contratos de trabajo la obra deberá estar totalmente terminada antes de que válidamente se pueda poner fin a éstos. Normalmente no todos los trabajos terminan en el mismo momento y, por el contrario, usualmente van terminando progresivamente. Por eso estimo que la jurisprudencia ha resuelto el punto en forma acertada al permitir que se pueda ir dando por terminados los contratos de aquellos trabajadores respecto de los cuales la obra está concluida o en los que ya tenga que reducir drásticamente los trabajos[52] en cuyo caso los tribunales han dicho que

48. Actualmente esa suma equivale a algo menos de cinco dólares.

49. T.S.T de S.J., núm. 3359 de las 14:25 hrs. del 4 de noviembre de 1978.

50. Art. 86 inc. a), Código de Trabajo.

51. T.S.T. de Alajuela, núm. 236 de las 17:08 hrs. del 28 de febrero de 1974.

52. Así lo estableció la Sala de Casación en sentencia de las 15:00 hrs. del 3 de octubre de 1950 al manifestar que ". . .para efectos de poner fin al contrato de trabajo, según lo estatuye el artículo 86, inciso a) del Código respectivo, no puede extenderse en el sentido de que tal conclusión haya de ser absoluta, pues lo contrario llevaría al absurdo de obligar al patrono no a mantener a su servicio, sin necesitarlos para labor alguna, a cuantos trabajadores hubiera ocupado en los diversos menesteres de la ejecución de la obra; lo racional y equitativo es que conforme terminan los trabajos correspondientes a que cada obrero está destinado por la condición de su oficio y aptitudes, en relación con ellos la obra está práctica y jurídicamente concluida, y libre de responsabilidades puede el patrono dar por terminado el contrato laboral, ocurriendo lo mismo cuando la labor específica disminuye en forma que haga innecesario el número de operarios contratados, pudiendo reducir el personal a lo indispensable". En igual sentido Casación, núm. 48 de las 16:00 hrs. del 10 de mayo de 1961.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

es potestativo del patrono determinar cuáles empleados salen y cuáles permanecen hasta el final.[53]

6. Terminación ante "Tempus-injustificada".

La terminación anticipada, sin justa causa, del contrato de trabajo a plazo fijo o por obra determinada tiene una regulación diferente a la que para los contratos a plazo indefinido establecen los artículos 28 (preaviso) y 29 (auxilio de cesantía) del Código de Trabajo. El régimen que se aplica a estos contratos lo establece el artículo 31[54] y comprende dos prestaciones: una a cargo de la parte que incumpla, sea ésta empleador o trabajador y otra, únicamente a cargo del patrono. La primera consiste en el pago de los daños y perjuicios concretos que se demuestren y la segunda, el importe correspondiente a un día de salario por cada seis de trabajo continuo ejecutado.[55] Analizaremos a continuación ambas.

6.1. Indemnización de daños y perjuicios.

De conformidad con las disposiciones del párrafo primero del artículo 31 y de la jurisprudencia esta indemnización tiene las siguientes características y limitaciones:

6.1.1. Puede pedirla cualquiera de las partes.

La parte que se considera perjudicada con el rompimiento contractual, sea esta el empleado o el patrono; sin embargo, no conocemos casos en que el empleador haya demandado daños y perjuicios a un trabajador que interrumpiera injustificadamente un contrato de duración determinada. Todos los casos que analizaremos fueron planteados por trabajadores.

6.1.2. Los daños y perjuicios deben demostrarse.

Reiteradamente ha establecido la jurisprudencia que los daños y perjuicios a que se refiere la norma del párrafo primero, artículo 31 del Código de Trabajo deben probarse y que no consisten en el reconocimiento automático del pago de los salarios que se hubieren devengado al lapso que falte para completar el período estipulado.[56]

6.1.3. El régimen previsto en el artículo 31 del Código de Trabajo es excluyente del previsto en los artículos 28 y 29 para los contratos a plazo indefinido.

Reiteradamente la línea jurisprudencial ha establecido que no es procedente reclamar simultáneamente el preaviso y el auxilio de cesantía y las indemnizaciones previstas en el artículo 31.[57] Sin embargo no ha sido uniforme en cuanto a lo que sucede si, consciente o equivocadamente se piden las indemnizaciones que corresponden a otra modalidad de contrato en cuanto al tiempo. Así, el Tribunal Superior de Trabajo de San José ha considerado que si en relación con un contrato a plazo indefinido se reclaman las indemnizaciones del artículo 31 o si en el caso de que el contrato sea a plazo fijo o para obra determinada se reclama el pago del preaviso y la cesantía, tales pretensiones deben rechazarse porque ello implicará variar la causa de pedir y otorgar cosa distinta a la recla-

---

53. T.S.T. de S.J., núm. 2533 de las 8:10 hrs. del 9 de junio de 1980.

54. "En los contratos a tiempo fijo y para obra determinada, cada una de las partes puede ponerles término, sin justa causa, antes del advenimiento del plazo o de la conclusión de la obra, pagando a la otra los daños y perjuicios concretos que demuestra, en relación con el tiempo de duración del contrato, con la importancia de la función desempeñada y con la dificultad que el trabajador tenga para procurarse cargo o empleo equivalente o el patrono para encontrar sustituto, todo a juicio de los tribunales de trabajo.
Cuando el patrono ejercite la facultad a que alude el párrafo anterior, deberá pagar además al trabajador, en el mismo momento de dar por concluido el contrato, el importe correspondiente a un día de salario por cada seis de trabajo continuo ejecutado, o fracción de tiempo menor si no se hubiere ajustado dicho término, en ningún caso esta suma podrá ser inferior al equivalente de tres días de salario.
No obstante si el contrato se hubiere estipulado por seis meses o más, o la ejecución de la obra por su naturaleza o importancia tuviere que durar ese plazo u otro mayor, la referida indemnización adicional nunca podrá ser menor de un mes de salario".

55. Cas. núms. 63 y 125 de 1958 y 13 de 1963.

56. T.S.T. de S.J., núm. 2391 de las 10:10 hrs. del 1 de noviembre de 1968; en igual sentido Cas. núms. 104 de las 9:00 hrs. del 19 de octubre de 1979 y Cas. núm. 58 de las 15:00 hrs. del 16 de junio de 1980.

57. T.S.T. de S.J., núms. 547 de las 9:05 hrs. del 12 de febrero de 1974; 1341 de las 13:40 hrs. del 26 de abril de 1977. En esta ocasión dijo el Tribunal: "Según el tipo de contrato —tiempo indefinido, a plazo fijo o para obra determinada— así es la indemnización que puede reclamarse, pero no es posible simultáneamente reclamar, además de la indemnización respectiva, el preaviso y el auxilio de cesantía, toda vez que son excluyentes". En sentido similar se había pronunciado en las sentencias núms. 4967 de las 14:10 hrs. del 16 de diciembre de 1976 y 3405 de las 8:35 hrs. del 6 de setiembre de 1978.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBAN"

mada.[58] En tanto que el Tribunal Superior de Trabajo de Alajuela ante situaciones de este tipo ha dicho "Si bien es cierto que por tratarse en autos de un contrato por obra determinada no procede el pago de preaviso y auxilio de cesantía, sí se le debe reconocer al actor la indemnización prevista al efecto en el Código Laboral, ya que si bien la demanda fue recibida en forma verbal por la respectiva oficina judicial es defectuosa pues habla del pago del preaviso y cesantía, conforme a precedentes de la materia, no se puede perjudicar al trabajador".[59]

No queda suficientemente claro si la resolución lo que pretende es enmendar un error de la oficina judicial que recibió la demanda verbal o, si por el contrario hace una interpretación errónea del principio protector. Sin embargo como, al menos en otra ocasión había sostenido una tesis similar consideramos que se da lo segundo.[60]

6.1.4. Elementos que deben tomarse en cuenta para determinar los daños y perjuicios.

El párrafo primero del artículo 31 originalmente tenía otra redacción[61] que no incluía ningún criterio que sirviera de base para la determinación de los daños y perjuicios los que quedaban "a la justa tasación de peritos". En la práctica esto motivó que los jueces otorgaran como indemnización la totalidad de los salarios por devengar. La situación fue observada por el Inspector Judicial de la época (1946) don Juan Rafael Vargas, quien propuso la reforma pues lo que estaba sucediendo "se convertía en una especie de seguro de desocupación a cargo del patrono con el peligro de promover la ociosidad de los trabajadores y la ruina de los patronos".[62] El proyecto que presentó el señor Vargas se inspiró en lo expuesto por Salvador Alarcón y Horcas en una obra titulada *"Código de Trabajo"*[63] e introdujo los siguientes elementos: a) duración del contrato; b) importancia de la función desempeñada y c) dificultad para procurarse cargo o empleo equivalente o, en el caso del empleador, encontrar sustituto.[64]

6.1.5. Rechazo del "daño presuntivo".

La afirmación hecha sobre la necesidad de demostrar los daños y perjuicios sufridos implica sin duda, el rechazo de la tesis del "daño presuntivo" que considera que por la sola ruptura anticipada existirá un daño que será apreciado prudencialmente por el juzgador de acuerdo con las diversas circunstancias. La referencia a esta posición que se hizo en un fallo, calificándola de acertada[65] aunque no la acogió sino que la refirió como parte de un análisis de las diferentes posiciones, y el hecho de que en ese asunto se fijará una indemnización por daños y perjuicios equivalente a seis meses de salario, provocó que, erróneamente se considera que dicha tesis había sido acogida por nuestros tribunales y en varios juicios posteriores en la parte petitoria de la demanda se pedía esa indemnización como algo ya definitivo y aceptado.

---

58. T.S.T. de S.J., núm. 4385 de las 13:55 hrs. del 7 de noviembre de 1975; en similar sentido las núms. 3796 de las 16:00 hrs. del 19 de setiembre de 1979 y 3946 de las 9:15 hrs. del 2 de setiembre de 1980.

59. T.S.T. de Alajuela, núm. 178 de las 8:15 hrs. del 27 de febrero de 1979.

60. T.S.T. de Alajuela, núm. 900 de las 8:20 hrs. del 9 de noviembre de 1978.

61. Decía así: "En los contratos a tiempo fijo y para obra determinada cada una de las partes puede ponerles término sin justa causa, antes del advenimiento del plazo a la conclusión de la obra, pagando a la otra los daños y perjuicios correspondientes, a justa tasación de peritos".

62. Citado en sentencia del T.S.T. de S.J., de las 16:00 hrs. del 31 de marzo de 1958.

63. Ibídem; expresamente ALARCON Y HORCAS incluyó los siguientes elementos: "Demostrada la existencia del perjuicio como base cardinal de la acción y la cesantía o valoración de las que se piden en la demanda, deben los Tribunales al proceder a su regulación, tener presente: el tiempo de duración del contrato rescindido, las funciones realizadas por el perjudicado, así como la importancia social o industrial y las dificultades que tenga necesidad de vencer para colocarse de nuevo en un cargo o empleo equivalentes". Y los justificó en la siguiente forma: "Fáciles de comprender las razones que determinan tales normas; no son iguales los perjuicios causados al simple menestral que al tenedor de libros, porque aquél quizá al día siguiente halle trabajo de igual remuneración, en cambio el segundo tiene que esperar más tiempo; las distintas necesidades de ambos, por el desnivel social, resultarían de mayor angustia en el segundo. Tampoco pueden equipararse los perjuicios que se originen a quien falta poco tiempo para cumplir su ajuste con los del que fue abusivamente despedido a los pocos días de contratado".

64. Casación núm. 85 de 1962.

65. T.S.T. de S.J., de las 16:00 hrs. del 31 de marzo de 1958. El Tribunal al respecto dijo: "La Cámara de Apelaciones de Trabajo en pleno (se refiere a la Argentina) ha adoptado un criterio elástico y acertado, al sentenciar que la indemnización del derecho común 'debe jugar en función directa con los daños y perjuicios que justifique haber sufrido quien los alegue', pero que de todos modos 'por la sola ruptura anticipada del contrato existirá siempre un daño presuntivo que será prudencialmente apreciado por el magistrado de acuerdo a las diversas circunstancias de autos' ".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

6.1.6. Criterio jurisprudencial en la estimación de los daños y perjuicios.

Diferentes fallos nos permiten determinar las pautas que siguen los tribunales costarricenses al fijar las indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados por el rompimiento injustificado de los contratos a plazo fijo o para obra determinada.

6.1.6.1.—No han concedido en ninguna ocasión la totalidad de los salarios que faltaban por devengarse entre el momento del despido y el vencimiento del plazo o conclusión de la obra. El criterio que se ha seguido es que al existir una doble indemnización, la de daños y perjuicios y la fija, según se detalló atrás,[66] si se concede al trabajador todos los salarios que le faltaban por percibir, al sumarse las dos indemnizaciones resultará que éste recibiría una suma mayor a la que hubiere tenido derecho si efectivamente hubiera trabajado hasta el vencimiento del término o conclusión de la obra, lo que han estimado los tribunales contrario a la lógica y la equidad.[67]

6.1.6.2.—Además, no obstante que reconocen que se trata de una modalidad de contrato distinto, han considerado que en la fijación de los daños y perjuicios debe existir cierta relación con las indemnizaciones previstas para la terminación injustificada de los contratos a plazo indefinido pues éstas tienen un límite de ocho mensualidades independientemente del número de años servidos[68] y también "para no hacer muy gravosa la situación de los patronos cuyo interés también debe ser tomado en cuenta en la resolución de los conflictos laborales".[69]

6.1.7. El daño moral.

En Costa Rica aún no se ha reconocido la posibilidad de indemnizar el daño moral cuando concluye injustificadamente los contratos de trabajo a plazo indeterminado. En diferentes asuntos en que se solicitó su pago se ha hecho un análisis del tema con fundamento en la doctrina. Sin embargo, al menos en uno de esos casos, se aceptó en principio la posibilidad de que el daño moral pudiera ser indemnizado en relación con el rompimiento injustificado de los contratos de trabajo a plazo indefinido.[70] El principal argumento que contra el reconocimiento dicho se ha planteado es que el pago del auxilio de cesantía y en su caso de la indemnización prevista en el artículo 82 del Código de Trabajo[71] comprende la totalidad de los daños y perjuicios que se le pueden haber causado al trabajador, o sea que es una típica indemnización tarifada cuyos aspectos positivos y negativos en forma reciente y magistral, como acostumbra hacerlo, ha analizado el maestro Pla.[72]

El artículo 31, párrafo primero del Código de Trabajo, a diferencia del sistema que existe para el caso de la terminación injustificada de los contratos de trabajo a plazo indeterminado, optó por un sistema diferente: el reconocimiento de los daños y perjuicios concretos que se demuestre. El Código no limitó a cuáles daños o perjuicios se refería sino que, por el contrario utilizó una forma amplia. Por ello estimamos que en esta materia sí existe la posibilidad, si se demuestra, de que los tribunales reconozcan el daño moral que se pueda haber causado al trabajador o en su caso al empleador, con ocasión de la terminación injustificada de un contrato de trabajo a plazo o para obra determinada.

6.2. Indemnización fija o "adicional".

6.2.1. Monto.

Está señalado en el párrafo segundo del artículo 31 y consiste en un pago que deberá hacer el

---

66. Vid. punto 6.

67. Cas. núm. 63 de las 15:30 hrs. del 18 de junio de 1958.

68. Este es el principio general; sin embargo ese tope es mayor en algunas convenciones colectivas o ilimitado —un mes por año de servicio en el caso previsto por los artículos 18 y 21 de la Ley de Asociaciones Solidaristas—.

69. T.S.T. de S.J., de las 10:00 hrs. del 31 de marzo de 1958.

70. En la sentencia de primera instancia dictada por el Juez Tercero de Trabajo de San José en juicio de Dinorah Bonini Cobos y otros contra el Instituto Nacional sobre Alcoholismo se rechazó el daño moral por no haber sido demostrado pero aceptando la posibilidad de su cobro.

71. Párrafo 2: "Si con posterioridad al despido surgiere contención y no se comprobare la causa del mismo, el trabajador tendrá derecho a que se le paguen el importe del preaviso y del auxilio de cesantía que le pudieren corresponder y, a título de daños y perjuicios, los salarios que había percibido desde la terminación del contrato hasta la fecha en que de acuerdo con los términos legales para tramitar y resolver, haya debido quedar firme la sentencia condenatoria en contra del Patrono". Este período lo ha estimado la jurisprudencia en un mes de salario.

72. PLA, Américo, *Contrato de trabajo y relaciones de trabajo. Perspectivas actuales, efectos económicos, jurídicos y morales de su terminación.* Ponencia presentada al IV Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho de Trabajo y la Seguridad Social, San José, Costa Rica, 14 al 19 de abril de 1985.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

patrono al trabajador, si el rompimiento inmotivado es culpa de aquél, en el momento de la terminación del contrato, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Un día de salario por cada seis días de trabajo continuo;
b) la suma mínima a pagar será equivalente a tres días de salario;
c) Si el término era superior a seis meses la indemnización nunca podrá ser menor a un mes de salario.

6.2.2. Forma de calcularla.

Los tribunales utilizan varios sistemas para calcular la indemnización fija.

El primero, que es el más usual, consiste en considerar que el trabajador ha tenido el día de descanso semanal que indica la ley y disfrutado de los demás días feriados a que tiene derecho y que, en consecuencia, como la indemnización es proporcional a los días efectivamente trabajados, a la hora de calcularse ésta, no deben tomarse esos días en cuenta. O sea, que de la totalidad de días que abarcó la relación laboral deben restarse los indicados y el resultado dividido por seis, multiplicando luego el cociente obtenido por el salario diario que devengaba el interesado.

Otra forma de calcular la indemnización fija que ha sido reconocida por los tribunales,[73] cuando así lo ha solicitado la parte interesada y lo prueba fehacientemente, es el tomar en consideración, para efectos del cálculo, los días de descanso y feriados que hayan sido trabajados. Si lo han sido la totalidad de ellos entonces el cálculo se hace dividiendo el número de días que abarcó la relación laboral y dividiéndolo entre seis, lo que nos daría un cociente más alto que el del ejemplo anterior, y dicho resultado sería multiplicado por el salario diario.

Finalmente, el Tribunal Superior al fallar en un caso concreto, que al menos en el punto a que haremos referencia, fue revocado por Casación, siguió el procedimiento de dividir el número total de días que estuvo vigente el respectivo contrato entre siete y el cociente lo multiplicaron por el jornal del actor, advirtiéndose en el fallo que "el número de días que abarcó la relación laboral se divide entre siete y no entre seis porque el texto legal de que se está haciendo aplicación habla de cada seis días de trabajo continuo ejecutado y debe tenerse presente que conforme al artículo 152 del Código Laboral, todo empleado disfruta de un día de descanso después de cada seis días de trabajo continuo, completándose de ese modo la semana de siete días".[74]

Consideramos que este sistema no es acertado pues para determinar los días de trabajo efectuado sólo rebajaron del total de días que abarcó la relación el día de descanso semanal olvidando que, en el transcurso del año, se presentan varios feriados que no se laboran y que por ello no deben tomarse en consideración para efectos del cálculo de esta indemnización.

6.2.3. Casos de contratos sucesivos.

Si entre las mismas partes han existido varios contratos por tiempo determinado, la línea jurisprudencial es de que únicamente debe tomarse en consideración para efectos del cálculo de la indemnización fija, el número de días trabajado en relación con el último contrato, sin tomar en cuenta los anteriores.[75] Estimamos esta posición correcta en el tanto no se trate, cuando esto sea legalmente posible, de una prórroga; y siempre y cuando entre los diversos contratos haya transcurrido un lapso prudencial que revele que no estamos en presencia de un fraude a la ley.

6.3. Momento en que debe hacerse el pago de las indemnizaciones.

En el criterio de la Sala de Casación[76] en situaciones normales el pago de las indemnizaciones del artículo 31 debería realizarse en el momento en que se dé por concluido el contrato. Si así no se hiciere deberá reconocerse los intereses correspondientes. La posición del tribunal es correcta en relación con la indemnización fija cuyo cálculo se puede hacer rápidamente pero estimamos que en cuanto a la liquidación de los daños y perjuicios, en el supuesto en que el empleador esté dispuesto a reconocerlos pacíficamente, aún en este supuesto

73. Véase entre otras, la sentencia de la Sala de Casación núm. 63 del 18 de junio de 1958.
74. Colección de sentencias de la Sala de Casación, 1958, I Semestre, II Tomo, p. 922.
75. Cas.núm. 122 de 1958.
76. Cas.núm. 63 de 1958.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

puede resultar imposible hacerlo por la dificultad en cuantificarlos y por lo que para su determinación deben determinarse hechos que en ese momento no se conocen tales como la dificultad en procurarse otro empleo.

7. El preaviso.

Ha quedado establecida la existencia de sistemas diferentes y excluyentes de indemnizaciones para la terminación injustificada de los contratos por tiempo indefinido o duración terminada. En el primer caso corresponde el pago del preaviso y del auxilio de cesantía según la regulación de los artículos 28, 29 y 30 del Código de Trabajo en tanto que, para los contratos por tiempo determinado, la regulación es la establecida en el artículo 31 y comprende el pago de los daños y perjuicios y una indemnización tarifada en proporción al número de días servidos.

Generalmente se acepta que en esta modalidad de contratación laboral no es necesario reconocer el preaviso toda vez que se supone que las partes, desde el inicio de la relación laboral, conocen el momento en que ésta llegará a su término o conclusión. O sea que el preaviso de hecho está notificado desde el momento en que se pactó un término al contrato determinado por una fecha, el acaecimiento de un hecho o la realización de una obra.[77] Sin embargo estimamos, coincidiendo con Russomano,[78] que existen situaciones especiales que deben tener una consideración diferente por la imposibilidad para el trabajador de conocer la fecha exacta en que dejará de prestar sus servicios, en la que sí debe exigirse al empleador dar el preaviso. Y el ejemplo de obras de construcción que cesan progresivamente que Russomano da[79] y que nos presenta una situación que constantemente vemos, es muy bueno porque nos permite afirmar lo razonable y justo del planteamiento. Si se acepta, como lo hemos hecho, coincidiendo con la jurisprudencia[80] que el empleador, en este tipo de obras no tiene por qué conservar a sus servicios la totalidad de los trabajadores sino que puede progresivamente ir despidiéndolos conforme se van terminando los trabajos, debemos aceptar también que el trabajador no tendrá certeza de cuándo el empleador estimará que ya no lo necesita. En obras de envergadura hay trabajos de un mismo oficio que pueden quedar concluidos a media obra en tanto que otros hasta el final. Por eso resulta de equidad reconocer a los trabajadores en estas situaciones, el derecho al preaviso.[81]

Una posición favorable al preaviso generalizado en esta modalidad de contratos sostiene Ruprecht quien considera "que se debe autorizar tiempo libre durante la jornada legal para búsqueda de trabajo".[82]

8. Terminación ante "tempus" con responsabilidad por actos ajenos al empleador.

El artículo 86 del Código de Trabajo, en su parte primera[83] nos plantea varias situaciones, extrañas a la voluntad del empleador, respecto de las cuales éste tiene obligación de reconocer al o los trabajadores de que se trate, las prestaciones e indemnizaciones que pudieren corresponderle como consecuencia de la terminación de la relación de trabajo. En el caso de los contratos por

---

77. Vid. RUSSOMANO, Mozart Víctor, *La extinción del contrato por plazo determinado*, en Estudios sobre derecho individual de trabajo en homenaje al Prof. Mario L. Deveali, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1979, p. 578.

78. *Op. cit.*, p. 578. "Esos contratos, aun cuando sean definidos como contratos por plazo determinado, tienen caracteres propios en los que se trata la imposibilidad, principalmente para el trabajador, de una previsión exacta del momento de su finalización. Nada impide, y todo aconseja, por tanto, que en esos contratos de trabajo por plazo determinado, que tienen aspecto 'sui géneris', el trabajador conserve su derecho al preaviso a fin de que no sea sorprendido por el despido y tenga posibilidad de encontrar un nuevo empleo".

79. *Op. cit.*, p. 578.

80. Vid.

81. Coincide con este planteamiento, y propone al respecto una reforma al artículo 31; ARIAS, *op. cit.*, p. 226.

82. *Op. cit.*, p. 216.

83. "Son causas que terminan con el contrato de trabajo sin responsabilidad para el trabajador y sin que se extingan los derechos de éste o de sus causahabientes para reclamar y obtener el pago de las prestaciones e indemnizaciones que pudieren corresponderles en virtud de lo ordenado por el presente Código o por disposiciones especiales: a) la muerte del trabajador; b) la necesidad que tuviere éste de satisfacer obligaciones legales, como la del servicio militar u otras semejantes que conforme al derecho común equivalen a imposibilidad absoluta de cumplimiento; c) la fuerza mayor o el caso fortuito; la insolvencia, concurso, quiebra, o liquidación judicial o extrajudicial, la incapacidad o la muerte del patrono. . .".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

tiempo indeterminado el cálculo de ellas no presenta problema por cuanto se trata de una indemnización tarifada, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 28 y 29 del Código de Trabajo. Pero en cuanto a los contratos de duración determinada la situación es diferente dada la posibilidad de cobrar los daños y perjuicios que reconoce el artículo 31. De casos previstos por el artículo 86 los del inciso c) consideramos que pueden tratarse como se tratan aquellos causados por voluntad del patrono. Pero creemos que en cuanto a los de los incisos a) y b) puede ser difícil sino imposible demostrar los daños y perjuicios. Omitiremos referirnos al supuesto del inciso b) dado que ante la prohibición constitucional del ejército como institución permanente no es un supuesto de interés actual en Costa Rica. La muerte del trabajador, —inciso a)—, es problemática dado que generalmente los elementos que sirven en juicio para determinar los daños y perjuicios está la dificultad del trabajador para encontrar ocupación semejante y otros que cuantifican el daño efectivo sufrido por el trabajador, lo que en el caso que nos ocupa realmente no ocurre. Esto nos lleva a preguntarnos si en caso de muerte los causahabientes podrán pretender el pago de todos los extremos que señala el artículo 31, —daños y perjuicios e indemnización fija—, o solamente esta última. No obstante lo expresado sobre la dificultad o imposibilidad de determinar los daños y perjuicios, —que deben ser concretos—, dada la duda que puede existir y que la situación de la desaparición del trabajador hace prever aun mayores necesidades para su familia, nos inclinamos por considerar que se debe reconocer una suma en tal concepto la que deberá ser estimada por los tribunales. O sea que en una situación como la apuntada creemos que sí sería aceptable aplicar la tesis del "daño presuntivo".

9. Protección a las indemnizaciones del artículo 31.

El artículo 30 del Código de Trabajo contempla diversas protecciones para el preaviso y auxilio de cesantía que se reconocen por terminación injustificada de los contratos por tiempo indeterminado.[84] Como lo indica la norma sus alcances están limitados al preaviso y al auxilio de cesantía. Sin embargo, consideramos que la misma necesidad de protección tiene el trabajador respecto de las indemnizaciones de/por terminación ante "tempus" del contrato de duración determinada. Por lo que consideramos que deben serle aplicadas por analogía en lo que sea compatible con la naturaleza especial de esta modalidad contractual.

***

84. **El preaviso y el auxilio de cesantía se regirán por las siguientes reglas comunes: a) el importe de los mismos no podrá ser objeto de compensación, venta o cesión, ni podrá ser embargado, salvo en la mitad por concepto de pensiones alimenticias; b) la indemnización que corresponde se calculará tomando como base el promedio de salarios devengados por el trabajador durante los últimos seis meses que tenga de vigencia el contrato, o fracción de tiempo menor si no hubiere ajustado dicho término; c) la continuidad del trabajo no se interrumpe por enfermedad, vacaciones, huelga legal y otras causas análogas que según este Código, no rompen el contrato de trabajo; d) será absolutamente nula la cláusula del contrato que tiende a interrumpir la continuidad de los servicios prestados o por prestarse".**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

DIMENSIONES CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA: (II) ESTADOS DE EXCEPCIÓN

DR. ENRIQUE P. HABA
Catedrático de la Facultad de Derecho (U.C.R.)

Investigador honorario de la Alexander von Humboldt-Stiftung

SUMARIO

Pág.

(i) Brasil 83
— Causales 83
— Límites. 83
— Competencia y controles. 84
— Órganos inafectables 84
— Responsabilidad. 85
— Duración 85

(ii) Colombia. 85
— Causáles 85
— Límites. 86
— Competencia y controles. 86
— Órganos inafectables 87
— Responsabilidad. 87
— Duración 87
— Otro tipo. 87

(iii) Costa Rica 87
— Causales 87
— Límites. 88
— Competencia y controles. 88
— Órganos inafectables 88
— Responsabilidad. 88
— Duración 88

(iv) Cuba 88
— Generalidades 88
— Discusión. 89

(v) Chile 90
— Generalidades 90
— I. Situación de normalidad (desde 1989) 90
— Causales 90
— Límites. 91
— Estado de asamblea 91
— Estado de sitio. 91
— Estado de emergencia. 91
— Competencia y controles. 91
— Órganos inafectables 91
— Responsabilidad. 92
— Duración 92
— II. Situación previa (hasta 1989) 92

(vi) Honduras. 93
— Causales 93
— Límites. 93
— Competencia y controles. 93
— Órganos inafectables 93

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

— Responsabilidad . . . 93
— Duración . . . 93

(vii) México . . . 93
— Causales . . . 94
— Límites . . . 94
— Competencia y controles . . . 94
— Órganos inafectables . . . 94
— Responsabilidad . . . 94
— Duración . . . 94

(viii) Perú . . . 95
— Causales . . . 95
— Límites . . . 95
— Competencia y controles . . . 95
— Órganos inafectables . . . 95
— Responsabilidad . . . 95
— Duración . . . 95

(ix) Uruguay . . . 96
I. Generalidades . . . 96
II. Medidas prontas de seguridad . . . 96
— Causales . . . 96
— Límites . . . 96
— Competencia y controles . . . 97
— Órganos inafectables . . . 97
— Responsabilidad . . . 97
— Duración . . . 97
III. Situación desde el golpe de Estado de 1973 . . . 97

(x) Venezuela . . . 97
— Causales . . . 97
— Límites . . . 98
— Competencia y controles . . . 98
— Órganos inafectables . . . 98
— Responsabilidad . . . 98
— Duración . . . 98
— Otro tipo . . . 98

Anexo: Indice analítico del capítulo VII . . . 99

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Nota. El primer artículo de esta serie fue publicado en el número anterior de la ***Revista Judicial:*** Año IX, No. 35, diciembre 1985, p. 55 (cf. allí la ***Nota*** inicial: p. 54). Reiteramos que debe tenerse en cuenta: a) que este apartado fue escrito, en lo fundamental, durante el segundo semestre de 1983; b) que sus bases teóricas no están aquí, sino desarrolladas a lo largo del capítulo respectivo (cf. acá el Anexo) y en otros lugares de la obra completa; c) que por tratarse de una transcripción literal, hay también remisiones a sitios de aquella que no se hallan en el artículo; d) por el mismo motivo, las notas comienzan con la número 41. Lo que se recoge en notas bajo el título de ***Comentario,*** y también la ***Discusión*** incluida en la parte referente a Cuba, se ha extraído de intervenciones orales que tuvieron lugar en la Segunda Reunión Regional de Expertos (San José de Costa Rica, 22-26 de agosto de 1983) del Proyecto de Investigación al cual corresponde este trabajo, efectuadas por: Wálter ANTILLÓN MONTEALEGRE (ex Catedrático de la Universidad de Costa Rica), Allan R. BREWER-CARÍAS (Universidad Central de Venezuela), Domingo GARCÍA BELAÚNDE (Universidad Católica de Lima), Alejandro GONZÁLEZ (Vicaria de la Solidaridad del Arzobispado de Santiago de Chile), Daniel O'DONNELL (Comisión Internacional de Juristas), Jaime VIDAL PERDOMO (Universidad Externado de Colombia). Confrontar también las *Advertencias complementarias* incluidas asimismo en la p. 54 del indicado número de la Revista Judicial.

***

Al proceder al examen de cada Constitución, tratamos de distinguir los seis puntos siguientes (cf. *supra,* § 68.I):

(a) qué conceptos *indeterminados* se utilizan como causales de legitimación para establecer el respectivo estado de excepción;

(b) qué derechos humanos *no* pueden allí ser suspendidos;

(c) *quién* o quiénes tienen la competencia para declararlo y a qué *controles* están sometidos (por ejemplo, si se requiere ratificación por el parlamento y mediante qué quórum);

(d) qué órganos estatales *no* pueden ser afectados en su funcionamiento;

(e) qué *responsabilidades* especiales puede acarrearle a los funcionarios el uso abusivo de las medidas decretadas, y quién está llamado a juzgar eso;

(f) qué *duración* puede tener dicho estado.

(i) BRASIL

La Constitución indica, entre las competencias de la Unión, la de "decretar o estado de sítio" (art. 8.3). Mas luego ella prevé, en un capítulo especial consagrado a eso (Título II, Cap. V), la posibilidad de que el Poder Ejecutivo nacional acuda a tres tipos de regímenes de excepción: las ***Medidas de Emergência,*** el ***Estado de Sítio,*** el ***Estado de Emergência.*** Todos ellos autorizan, como se verá, una serie de medidas restrictivas de las libertades, particularmente en los estados de sitio y de emergencia. Pasamos a examinar, comparativamente, lo que el texto constitucional establece con respecto a cada una de esas situaciones.

(a) Causales. El estado de sitio procede en "caso de guerra, ou a fim de preservar a integridade e a independência do País, o *livre* funcionamiento dos Poderes e de suas instituções, quando gravemente *ameaçados* ou atingidos por fatores de ***subversão"*** (art. 156 *in limine*). El estado de emergencia cabe "quando forem exigidas providências imediatas, em caso de guerra, bem como para impedir ou repelir as atividades *subversivas* a que se refere o artigo 156" (art. 158 *in limine*). En cuanto a las medidas de emergencia, se adoptan ante situaciones que, no siendo tan graves como para justificar que se decrete el estado de sitio o el de emergencia, de todos modos requieren que aquellas sean tomadas "para preservar ou, prontamente, restabelecer, em locais determinados e restritos, a ordem *pública* ou a *paz social,* ameaçadas ou atingidas por calamidades ou graves perturbações" (art. 155 *in limine*). Está de más subrayar hasta qué punto son indeterminados los conceptos en torno a los cuales giran todas estas figuras.

(b) Límites. La Constitución exige que los decretos contengan una serie de especificaciones, para identificar los alcances de las medidas que es legítimo adoptar en virtud de aquellos. Así, en el decreto de estado de sitio habrá que indicar, entre otras cosas, "as *pessoas* incumbidas de sua execução" (art. 156.1); y en todos los tipos de decreto se debe señalar *cuáles* serán las "medidas coercitivas" aplicables. Ahora bien, en principio se esta-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

blece de modo *taxativo* cuáles pueden ser tales "medidas", o sea, qué derechos humanos cabe afectar: "a) obrigação de residência em localidade determinada; b) detenção em edifícios não destinados aos réus de crimes comuns; c) busca e apreensão em domicílio; d) suspensão da liberdade de reunião e de associação; e) intervenção em entidades representativas de classes ou categorias profissionais; f) censura de correspondência da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas; e g) uso ou ocupação temporária de bens das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou concessionárias de serviços públicos, bem como a suspensão do exercício do cargo, função ou emprego nas mesmas entidades" (art. 156.2); este numeral, que se refiere al estado de sitio, es igualmente aplicable al estado de emergencia (art. 158, acápite) y a las medidas de emergencia (art. 155, acápite *in fine*).

Sin embargo, en el caso del estado de sitio hay aún otras posibilidades de restricción (art. 156.6). Por lo pronto, cabe la "suspensão" de *cualquier* "direito individual o político" si se incurre en su "abuso" (remisión efectuada al art. 154 —*vid. supra,* cap. III, Ap., i—). Además, se otorga al Congreso la facultad de que, durante la vigencia de dicho estado, "mediante lei, poderá determinar a suspensão de *outras* garantias constitucionais"; y como no se dice *cuáles* podrían ser esas "otras", *ningún* derecho queda librado de la eventualidad de sufrir tal "suspensión".

(c) Competencia y controles. Es competente para decretar todos esos estados, el Presidente de la República (art. 81. XVI). En el caso de las medidas de emergencia, lo hace sin consultar a nadie (art. 155 *in limine*). Para el estado de sitio, deberá "oír" previamente al Conselho de Segurança Nacional (art. 156 *in limine*), órgano que está integrado por el propio Presidente, el Vicepresidente y los Ministros de Estado (art. 88). Y en cuanto al estado de emergencia, "oirá" antes al Conselho Constitucional (art. 158); ese Consejo lo integran, además del Presidente, el Vicepresidente, el Presidente de cada una de las dos Cámaras legislativas de la Unión, el Ministro de Justicia y un Ministro que represente a las Fuerzas Armadas (art. 159). Por ese lado, como se ve, el Ejecutivo no está sometido a prácticamente ninguna clase de contralores.

Respecto a los tres tipos, el Presidente deberá dar cuenta del decreto y de su justificación al Congreso (arts.: 155, incs. 1 y 2; 156, incs. 4 y 5; 158, incs. 3 y 4). Mas solo para el del estado de sitio se dice que "será *submetido*" a lo que disponga el Congreso, de modo que este podrá "aprovar ou suspender. . . o estado de sítio" (art. 44. IV). Acerca de las otras dos situaciones, no se dice que el Congreso tenga facultades para dejar sin efecto o reformar lo dispuesto en los respectivos decretos; de manera que, al parecer, aquel se limitará a darse por enterado, sin tener ninguna potestad efectiva de control sobre lo que resuelve el Presidente. Tampoco aparece indicado ningún otro órgano estatal que pueda ejercer unos controles en la materia. Es cierto que el texto constitucional señala una eventual intervención del Poder Judicial, por lo menos en el caso del estado de sitio: "a inobservância de cualquer das prescrições, relativas au estado de sítio, tornará ilegal a coação e permitirá au paciente recorrer au Poder Judiciário" (art. 157.2). Sin embargo, esa "ilegalidad" no se refiere a la razonabilidad misma de las medidas adoptadas por el Ejecutivo, sino únicamente a que estas se tomen de acuerdo con los requisitos que establece la Constitución. Ahora, como esos requisitos son de naturaleza tal que le otorgan un anchísimo margen de discrecionalidad al Ejecutivo, lo más probable es que este no tenga mayores dificultades en afectar los derechos humanos aun si él se mantiene dentro del campo de las facultades (tan amplias) que le otorga dicho marco jurídico.

(d) Órganos inafectables. El capítulo menciona dos posibilidades de que, durante los estados en cuestión, sean afectados otros órganos estatales o paraestatales. Por un lado, se permite la intervención en "empresas públicas" y otros entes semejantes (art. 156.2:g —cf. su transcripción completa *supra,* b—). Por otro lado, lo que es más grave, a texto expreso se hace constar que las "imunidades dos deputados federais e senadores poderão ser suspensas durante o estado de sítio, por deliberação da Casa a que pertencerem" (art. 156.7). Es llamativo que dicha suspensión no vaya subordinada, en el texto, a ninguna hipótesis *concreta* y excepcionalmente grave. De todos modos, lo cierto es que, al fin de cuentas, no es al Presidente que ella le permite, sino solo a las Cámaras mismas, el decidir acerca de un eventual retiro (temporal) de las inmunidades de sus miembros.

Tampoco cuando el cargo de legislador se pierde a consecuencia de "perder o tiver suspenso os direitos políticos" (art. 35.IV), y aunque esa

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

pérdida o suspensión no depende de una autorización de la propia Cámara sino que es automática (arts. 35.4 y 154.2), ello no lo determina el Presidente sino el Supremo Tribunal Federal (art. 154.1). También en el caso de que la pérdida del mandato parlamentario sea porque el diputado o senador tiene un "procedimiento. . . declarado incompatível com o *decoro* parlamentar ou *atentatório* das instituições vigentes", esa pérdida tiene que ser declarada por la Cámara respectiva (art. 35, núms. II y 1).

Una hipótesis particularmente peligrosa —aunque tampoco esta se refiere en particular a los estados de excepción— es la establecida en cuanto a que los diputados y senadores pueden perder su inviolabilidad por "crime contra a segurança nacional" (art. 32 *in limine*), delito cuyas características se determinan según los "limites definidos *em lei*" (art. 86). Es cierto que para efectuar el procesamiento correspondiente se requiere "licenca" previa de la Cámara respectiva (art. 32, núms. 1 y 5); pero el hecho de que la tipificación del *"crime"* en cuestión dependa simplemente de la ley, hace que dicha autorización pueda no resultar tan difícil de obtener, en cuanto el Presidente cuente en el parlamento con una mayoría (¡simple!) decidida a plegarse a sus interpretaciones extensivas del término "subversión" o aplicar fácilmente fórmulas análogas; y si esto se combina con la causal inmotivada que prevé el precepto citado antes (art. 156.7), los riesgos para la independencia y seguridad de los legisladores no pueden ser sino mayores aún.

(e) Responsabilidad. En cuanto a responsabilidades especiales para quienes deciden o aplican las medidas que se tomen en el marco de los estados en cuestión, el texto constitucional no prevé nada en particular, salvo la antes mencionada (*supra*, c) posibilidad de "recorrer ao Poder Judiciário" por parte de quien sufra una "coação" que sea "ilegal" (art. 157.2). Sin embargo, como ya lo adelantáramos, lo más probable es que la mayoría de las "coacciones" sean antes bien "legales"; y además, aunque no lo fueren, no se le otorga al Poder Judicial ningún medio específico que sea muy rápido y expeditivo para intervenir al respecto, ni mucho menos se prevén unas sanciones peculiares (y fuertes) para los responsables.

(f) Duración. Con respecto a las medidas de emergencia se prevé un plazo máximo de sesenta días, el cual puede ser prorrogado una sola vez por igual período (art. 155, acápite *in fine*). El estado de sitio, "salvo em caso de guerra", se decreta por un plazo máximo de ciento ochenta días, pero puede ser prorrogado —no se dice por qué plazo ni cuántas veces— "se persistirem as razões que o determinaram" (art. 156.3). Y en cuanto al estado de emergencia, el plazo máximo es de noventa días, pero "podendo ser prorrogado uma vez e por igual período, se persistirem as razões que lhe justificaram a declaração" (art. 158.2). Quiere decir que, salvo en cuanto al estado de sitio, la Constitución fija unos estrictos límites temporales. Sin embargo, no aclara qué tiempo habría que dejar pasar, una vez agotados los términos máximos, para poder implantar de nuevo unas medidas o un estado de emergencia; y como la imposición de estos dos tipos no está subordinada a control alguno —ni siquiera a una ulterior decisión del Congreso—, resulta que, en la práctica, no será otro que el propio Presidente quien decidirá cuándo es tiempo (corto o largo) para acudir de nuevo a ellos.

(ii) COLOMBIA

La Constitución de este país prevé dos figuras distintas: el *estado de sitio* (art. 121) y el *estado de emergencia* (art. 122). Ambos se encuentran allí reglamentados con bastante detalle; los examinaremos comparativamente.[41]

(a) Causales. Para el estado de sitio, las causales son: "guerra exterior" o "conmoción interior", en

41. **Observación.** En opinión de VIDAL, no sería pertinente incluir lo relativo al *estado de emergencia*, ya que, en realidad, este instituto no se refiere básicamente a cuestiones de libertades públicas, sino que se trata de un asunto de relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Congreso, con referencia a medidas económicas de especial urgencia; dentro del marco de dicho instituto, lo que se ha hecho es adoptar unas disposiciones tributarias para hacer frente a la crisis fiscal, etc. Tal limitación, sin embargo, no está especificada en la letra misma de la disposición respectiva, que establece unas causales [*infra*, (a)] de alcance semántico mucho más dilatado. Por lo demás, incluso si solo se contemplara allí lo relativo al "orden económico", también esto podría llegar a servir para legitimar la violación de libertades públicas, eventualmente, aduciendo que se procede con la finalidad de preservar o restaurar ese "orden" (cf., p. ej., el art. 4. c. 1 de Nicaragua transcrito *supra*, § 23.III *in fine*). En consecuencia, y como ahora nos ocupamos de las *virtualidades* semánticas de los textos en cuestión, cabe pensar que, por la manera en que la Constitución colombiana *formula* dicho "estado de emergencia", puede no resultar tan inoportuno tomarlo en cuenta aquí.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

forma que resulte "turbado el orden público" (inc.1). El estado de emergencia, por su parte, tiene como presupuesto que "sobrevengan hechos distintos" de los señalados para la figura anterior, pero que, de todas maneras, ellos sean tales "que perturben o amenacen perturbar en forma grave el orden económico o social del país o que constituyan grave calamidad pública". Como se ve, las causales son lo bastante amplias como para admitir buenos márgenes de indeterminación[42] al interpretarlos (excepto, tal vez, en cuanto a la "guerra exterior").

(b) Límites. Para el estado de sitio, las facultades de intervención otorgadas al Gobierno son amplísimas y no se hace reserva expresa de intangibilidad para ningún derecho humano; las restricciones podrían ir, pues, incluso más allá de lo admitido por la Convención Americana. Sin embargo, el texto no es muy definido al respecto; dice que "el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que la Constitución autoriza para tiempos de guerra o de perturbación del orden público" (inc. 1), sin perjuicio de que está autorizado asimismo a decretar "la suspensión de las [leyes] que sean incompatibles con el estado de sitio" (inc. 3). Por un lado, pues, parecería que el Gobierno no puede decretar sino aquellas suspensiones que otros artículos constitucionales autorizan expresamente (ya sea porque se remiten a la legislación, o porque el derecho respectivo rige sólo para "tiempo de paz", o porque se admita la limitación por razones de "orden público"); pero estas suspensiones no parecen ser, en líneas generales, de aquellas que afecten más gravemente a los derechos humanos. Por el otro lado, en cambio, se le autoriza a que suspenda prácticamente cualquier ley.[43]

Respecto al estado de emergencia, tampoco se establece límite alguno, prácticamente, para la afectación de derechos humanos. El texto dice solo que los decretos respectivos estarán "destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos", y que no podrán sino "referirse a materias que tengan relación directa específica con la situación" encarada (inc. 2). Vale decir, se sienta el principio de la proporcionalidad, el cual por su propia naturaleza es muy indeterminado; mas esto sin excluir, al menos en forma expresa, que se adopte *cualquier* medida —violatoria o no de derechos humanos— que pueda ser técnicamente eficaz para conjurar la situación. La única reserva que se hace en ese sentido es que cuando se trata de un "estado de emergencia económica el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores consagrados en leyes anteriores" (inc. 7).

En cuanto a limitaciones en las medidas, tratándose de las del tipo que el Gobierno esté autorizado a adoptar, al parecer serían solo aquellas que surgen, implícitamente, de la exigencia de proporcionalidad antes señalada. En todo caso, se podría sostener también la intangibilidad de ciertos derechos que —si se adopta una interpretación jushumanista del incierto texto constitucional— se consideren por principio fuera del alcance de lo afectable en cualquiera de los referidos estados.

(c) Competencia y controles. El estado de sitio lo declara el Presidente con los Ministros, y simplemente lo comunica al Congreso.[44] Pero la Corte Suprema de Justicia controla automáticamente los decretos legislativos que emite el gobierno amparado en ese estado (art. 121, Parágrafo, inc. 1); contra ellos cabe también la impugnación de inconstitucionalidad (art. 214.4). El estado de

---

42. **Comentario.** Desde otro punto de vista podría entenderse, en cambio, que no se trata tanto de una amplitud ilimitada en lo que se concede a los gobernantes, sino de la remisión a un concepto —el de "orden público"— que no les autoriza tanta libertad. Se dice, así, que hay casos donde la utilización de este concepto "puede ser más bien beneficiosa, en cuanto señala restricciones al ejercicio de poderes excepcionales. Tal es la interpretación adecuada, en el Derecho colombiano, de las facultades de excepción del artículo 121 de la Constitución, que permite al Gobierno, en determinadas circunstancias, limitar ciertas normas, suspenderlas, o hacerlo con ciertos derechos que están en la Constitución, bajo el rótulo de estar reñidos con el 'orden público'. Lo cual quiere decir que los otros, los que no estén colocados bajo esta etiqueta, no pueden ser afectados por las facultades de excepción. Así, la noción de orden público se tornaría en un factor más bien limitante de esos poderes de excepción" (VIDAL).

43. **Comentario.** Acota VIDAL, que no se puede suspender *cualquier* ley, sino solo aquellas que sean contrarias a las facultades constitucionales otorgadas para esos casos al Gobierno. Así es, en efecto, pues el art. 121.3 dice que se pueden suspender solo leyes que sean "incompatibles" con el estado en cuestión. Sin embargo, teniendo en cuenta la gran amplitud que pueden tener aquellas facultades, acaso podría respondérsele a VIDAL que, dentro de ese ámbito lógico, es concebible que *cualquier* ley se transforme en "incompatible", con solo que el Ejecutivo se decrete unas facultades como para que ella lo sea.

44. **Esa comunicación puede ser inmediata o tratarse de un informe posterior, según que el Congreso esté o no reunido (incs. 4 y 5).**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

emergencia, igualmente, lo declara el Presidente con los Ministros. Pero en este caso, el Congreso puede "derogar, modificar o adicionar las materias específicas de los decretos" dictados por el Ejecutivo; y la Corte Suprema de Justicia tiene al respecto las mismas facultades que para el caso de los estados de sitio.

(d) Órganos inafectables. Acerca del estado de sitio, la Constitución señala expresamente que "en ningún caso impide el funcionamiento normal del Congreso" (inc. 4). Respecto al estado de emergencia no hay una cláusula análoga, pero cabe entender que el Congreso seguirá funcionando, ya que incluso se señala que él "se reunirá por derecho propio, si no fuere convocado", para examinar los decretos del Ejecutivo (inc. 4). En cuanto a otros órganos, no hay previsiones expresas, excepto las señaladas para la Corte Suprema de Justicia (*supra*, c).[45]

(e) Responsabilidad. Como responsabilidades específicas en relación con estos estados, la Constitución señala expresamente, para el estado de sitio: "Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo" (inc. 8). Hay un texto análogo en relación con el estado de emergencia, pero con la particularidad de que no dice que la responsabilidad por "abuso" se extienda también a "los demás funcionarios" (inc. 5). De cualquier manera, para ninguno de los dos estados se indican unas vías particulares con vistas a hacer efectivas dichas responsabilidades, ni tampoco sanciones específicas. Por tanto, cabe pensar que, también para estas situaciones, corresponden simplemente las formas de responsabilidad comunes a que están sometidos los funcionarios públicos, según el cargo (*supra*, cap. VI, Ap., iii). Solo se indica una sanción específica (destitución), para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia que fueren responsables de que no se tome resolución dentro del término especialmente breve previsto para unas actuaciones suyas relativas a estos casos (ambos arts. *in fine*).

(f) Duración. Para el estado de sitio, el texto constitucional no indica un plazo determinado; aquel se mantendrá en vigor mientras dure su necesidad (inc. 7). Para el estado de emergencia, en cambio, se establece que puede extenderse "hasta por un lapso de treinta días, prorrogables por acuerdo de las dos Cámaras" (inc. 3).

Otro tipo. Cabe acotar que la Constitución colombiana contiene una disposición según la cual, "aún en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, sean aprehendidas y retenidas, de orden del Gobierno y previo dictamen de los Ministros, las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública" (art. 28.2). Esa detención puede ser hasta por diez días, plazo luego del cual deben ser puestas en libertad o colocadas "a disposición de los jueces competentes. . . para que decidan conforme a la ley" (art. 38.3). Por supuesto, ello es aplicable durante cualquiera de los dos estados que hemos examinado. Pero como tal disposición puede ser aplicada también sin que esté en vigor ninguno de ellos, podría decirse que eso configura, en la práctica, la posibilidad de hacer entrar en juego un tercer tipo de estado excepcional; y este se deja en manos del Ejecutivo, a su arbitrio, sin ningún tipo de controles, con la sola limitación de que no autoriza a ultrapasar el tiempo de detención fijado como máximo.

(iii) COSTA RICA

Su Constitución establece la posibilidad de recurrir a un estado de *suspensión de derechos y garantías,* de acuerdo con lo señalado en los arts. 121.7 y 140.4. Aunque las causales previstas son muy vagas, las garantías institucionales son fuertes, sobre todo porque el Poder Ejecutivo aparece sometido a lo que la Asamblea Legislativa decida por unos quórum altos. Además, se indican taxativamente qué derechos pueden ser suspendidos y se limita la acción posible sobre las personas.

(a) Causales. La causal de legitimación para proceder a decretar ese estado, en principio es una sola. El texto la indica por medio de un úni-

45. **Comentario. Según acota VIDAL, la afectación de órganos constitucionales no cabe sino en la medida en que ello resulte de las atribuciones que el Ejecutivo tiene en dichos estados.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

co concepto indeterminado, extremadamente amplio: "en caso de evidente necesidad pública". Sin embargo, ese texto recoge también otros dos conceptos indeterminados, pues señala que las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo son "para salvar el orden público o mantener la seguridad del Estado".

(b) Límites. Queda mencionado en forma expresa cuáles son "los derechos y garantías individuales" que pueden ser objeto de la suspensión, la cual puede abarcar a todos o solo a algunos de ellos: libertad de traslado de los ciudadanos dentro del territorio de la República (art. 22); inviolabilidad del domicilio, salvo mediante orden escrita de juez competente (art. 23); inviolabilidad de los documentos privados y de las comunicaciones escritas u orales (art. 23); derecho de reunión (art. 26); libertad de expresión del pensamiento (arts. 28 y 29); libre acceso a la información administrativa (art. 30); libertad personal (art. 37). A texto expreso se dice que no puede ser afectado ningún otro derecho: por ejemplo, no se suspenden los recursos de Hábeas Corpus y Amparo (art. 48), el derecho de asociación (art. 25), etc. Y en cuanto a las medidas que se pueden adoptar, además de una suspensión de aquellos derechos, se señala que "respecto a las personas, el Poder Ejecutivo sólo podrá ordenar su detención en establecimientos no destinados a reos comunes o decretar su confinamiento en lugares habitados".

(c) Competencia y controles. Ese estado lo decreta la Asamblea Legislativa, "por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de sus miembros", y sin que para ello sea indispensable una iniciativa del Poder Ejecutivo. No obstante, este puede decretar por sí mismo la suspensión si la Asamblea está en receso; pero en tal caso, ella queda automáticamente convocada a sesiones, de modo tal que se reunirá en plazos perentorios, para confirmar por ciertos quórum especiales la suspensión (si esos quórum no se alcanzan, el decreto del Ejecutivo queda sin efecto). Por lo demás, el Poder Ejecutivo, en todos aquellos casos en que la suspensión está en vigor, debe "dar cuenta a la Asamblea en su próxima reunión de las medidas tomadas". Como se ve, aquel se halla muy estrechamente controlado por (y sometido a) la Asamblea, en todo lo relativo a la puesta en ejecución de las suspensiones; no se indican, en cambio, controles judiciales específicos, ni para el Ejecutivo ni para la Asamblea.

(d) Órganos inafectables. Al parecer, las medidas no podrían afectar el funcionamiento del Poder Judicial, ya que tal restricción no se encuentra prevista entre las taxativamente enumeradas. Es más, ni siquiera es objeto de suspensión al recurso de Hábeas Corpus (art. 48) ni otras garantías judiciales.

(e) Responsabilidad. No hay previsiones especiales en materia de responsabilidad de quienes ordenen o ejecuten las medidas adoptadas. Por tanto, se mantiene el régimen constitucional general en la materia (*supra,* cap. VI: Ap., ii), sin prever agravantes particulares, pero tampoco exenciones de responsabilidad.

(f) Duración. El plazo de suspensión es "hasta por treinta días". El texto constitucional no aclara si pueden o no ser renovables. Pero cabe pensar que, a falta de prohibición expresa al respecto, la Asamblea no estaría impedida de hacerlo, si para ello cuenta con el quórum indicado.

(iv) CUBA

Generalidades.

La Constitución no prevé ningún "estado" del tipo de aquellos que estamos examinando. Por lo demás, sería superfluo, teniendo en cuenta los ilimitados poderes que ella le otorga, como situación normal, al Estado.[46] Desde el punto de vista de las libertades que se ejercitan en los Estados de democracia pluralista, habría que decir que la organización constitucional cubana consagra un estado *permanente* de "excepción". A texto expreso se señala que no existen "libertades" algunas que puedan ejercerse "contra la decisión del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo" (art. 61); de manera que será dicho objetivo, tal cual lo interprete la dirigencia del Partido Comu-

46. Sin embargo, tampoco es imposible que en un régimen leninista se prevean a texto expreso estados de ese tipo. Tal el caso, por ejemplo, de Polonia y de Nicaragua; en este último país, desde 1979 se ha oficializado una situación jurídica semejante, por medio de la *Ley de Emergencia Nacional* (del 22.7.79).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

nista (art. 5: cf. *supra,* cap. III, Ap., iv), lo decisivo para determinar qué derechos puede el Estado tolerar y en qué grado. En síntesis: cualquier restricción a los derechos humanos es admisible, en todo instante (¡no solo por "excepción"!), en la medida en que el Gobierno —guiado por el Partido Comunista— lo juzgue conveniente para los objetivos de la Revolución.

Discusión

ANTILLÓN:

> El Redactor dice [cf. también *supra,* n. 13] que la Constitución de Cuba no prevé ningún estado de excepción, pero que allí se vive en estado de excepción porque, en definitiva, ella somete el ejercicio de toda libertad a que se ejerza para la construcción de la sociedad socialista. Pero no cita, por ejemplo, el artículo 70 y el 88.f, donde hay referencias a estados de excepción, de emergencia; emergencia que no es directa, ni se trata de una regulación orgánica de un estado de excepción, mas esas disposiciones contienen referencias a ello. El art. 70 dice: "La Asamblea Nacional del Poder Popular es elegida por un término de cinco años. Este término sólo podrá extenderse por acuerdo de la propia Asamblea en caso de guerra o a virtud de otras circunstancias excepcionales que impidan la celebración normal de elecciones y mientras subsistan tales circunstancias". En cuanto al art. 88, se refiere al Consejo de Estado; dice que este puede declarar la guerra o firmar la paz cuando, por un estado de excepción, no es posible convocar a la Asamblea Nacional, que es a quien le corresponden esas funciones. [Art. 88: "Son atribuciones del Consejo de Estado:. . .f) decretar la movilización general cuando la defensa del país lo exija y asumir las facultades de declarar la guerra en caso de agresión o concertar la paz, que la Constitución asigna a la Asamblea Nacional del Poder Popular, cuando ésta se halle en receso y no pueda ser convocada con la seguridad y urgencia necesarias".] A mí me parece que es una buena forma esto de que la Asamblea, o sea, la expresión máxima del Poder popular, prorrogue su mandato en caso de que no pueda haber elecciones por una razón absolutamente extraordinaria. Me parece preferible eso, y no concentrar el poder, en ese caso, en órganos unipersonales, en órganos más reducidos o menos representativos.
>
> Pienso que lo del "estado permanente de excepción" en Cuba, es otra opinión excesiva. Las libertades, en todos los regímenes, son limitadas. A veces la limitación es eufemística, y se dice: con las limitaciones que establezca la ley, o que se ejerce en la forma que indica la ley; de tal manera que se hace remisión a algún otro texto, esto es lo corriente. Porque no creo que haya ningún ordenamiento que admita el ejercicio ilimitado y, digamos así, atropellando los intereses de los demás, de las libertades individuales. Entonces, ¿en qué consiste lo que el Redactor llama "estado de excepción permanente"? Consiste, creo yo, en el hecho de que, según se dice, en definitiva sería el Partido Comunista quien establece qué significa la libertad, hasta dónde llega, etc., etc. . . Pero al decir eso, se abandona el terreno semántico. Se olvida que los tribunales están mencionados en la Constitución, que semánticamente existen los tribunales. . . ¡y entonces, *hay que considerarlos!* Y existe el Fiscal General. O sea, que existe todo un aparato (*supra,* cap. VI, Ap., iv). Una de dos: o decimos "la Constitución de Cuba es mentira, no sirve, vamos a eliminarla", y entonces no estaríamos haciendo nada al discutir sus preceptos; o tomamos en serio estos textos, y entonces los mencionamos todos, y tratamos de organizar un sistema de conceptos que respondan a estos textos.

HABA:

> Se me señala que traiciono mi propio método, es decir, que por un lado introduzco un análisis semántico y que luego me aparto de ese mismo análisis semántico. ANTILLÓN se refiere, por ejemplo, a la labor de los tribunales, la Fiscalía, etc., y dice que no los tomo en cuenta. Lo que ocurre es que, *semánticamente,* la Constitución cubana dice —y, a mi juicio, es este el artículo central de esa Constitución (son las propias palabras de ella, no las mías)—: "El Partido Comunista de Cuba. . . es *la fuerza dirigente superior* de la sociedad y del Estado" (art. 5). *Superior:* es decir, de última instancia. Por tanto, todas las fiscalías que pueda haber, todos los tribunales y cualquier otro órgano, están subordinados a aquél, llámasele o no "órgano" a esta instancia *superior* de la sociedad. En consecuencia, la Fiscalía mal puede controlar lo que el Partido Comunista establezca como legítimo, o simplemente deseable, etc. De manera que, simplemente en el nivel *semántico,* sin salirnos de ahí, tal artículo ilumina el resto de la Constitución. (Cf. también, sobre este aspecto metodológico, el intercambio de opiniones entre ANTILLÓN y HABA recogido *supra,* § 16. IV.)
>
> Y así como dicha observación no significa abandonar el nivel semántico, ella tampoco significa afirmar que la Constitución de Cuba es "mentira", etc. Al contrario, yo diría que es muy sincera. Y lo es, precisamente, porque *no* oculta que *todo* queda condicionado a las decisiones del Partido Comunista. Ahora, que los órganos constitucionales estén sometidos a este, no quiere decir que no existan o que no funcionen. Lo que quiere decir es que existen, sí, y que funcionan, sí, pero como instancias *subordinadas;* o sea, que sus titulares jamás podrán controlar, y mucho menos oponerse, a quienes están por encima de ellos, a las autoridades del

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Partido (que son también, como se sabe, los jerarcas del Estado). En otras palabras: no hay allí — ¡ni siquiera en el plano semántico!— instancias autorizadas para disentir respecto a lo que decidan y lo que hagan, *sea lo que sea,* las autoridades del Partido Comunista; análogamente a como en muchos países capitalistas no las hay para disentir respecto a lo que decida o haga el Poder Ejecutivo, bajo estados de excepción. Por supuesto que el hecho de llamarle así o de otra manera —o no darle nombre especial alguno a tales regímenes, donde hay una instancia con poderes *ilimitados* dentro de la organización estatal— es cosa secundaria. Si se prefiere que un régimen como el cubano no sea ubicado dentro de la categoría "estados de excepción", yo no haría cuestión, ciertamente, en cuanto a eso: las opciones *terminológicas* para identificarlo pueden también ser otras, desde luego.

O'DONNELL:

Creo que ha sido injusta la crítica formulada sobre el papel del partido único, porque creo que la manera en que se formuló esa crítica no manifiesta una clara idea respecto a la ideología marxista-leninista, en cuanto a lo que significa el papel dirigente de un partido marxista. Es un papel esencialmente político, moral. Y creo que las observaciones hechas respecto a la importancia de la Asamblea General, etc., son correctas. Esto sin perjuicio de reconocer que, por ejemplo, por el hecho de que haya miembros de la Asamblea Nacional que no son miembros del Partido Comunista, eso no se equipara a la libertad para formar partidos de oposición.

ANTILLÓN:

Ya el colega O'DONNELL me ha liberado de la obligación de contestarle al compañero HABA sobre la diferencia que va del Partido Comunista a la Asamblea Popular; yo me remito completamente a lo que él dice, que es más o menos lo que yo iba a decir.

HABA:

No niego que el Partido tenga ese papel. Pero de lo que se trata, es de que las directivas y actuaciones emanadas de sus autoridades se tienen por (y se imponen como) absolutamente incuestionables. ¡Ese es todo el asunto! Es posible que se trate de una "moral", pero es una moral *absolutista;* mejor dicho, una moral que confiere el poder absoluto a sus intérpretes autorizados, su jerarquía de *operadores.* [En cuanto a la falta de "una clara idea respecto a la ideología marxista-leninista", particularmente sobre el papel del Partido, me remito a los análisis efectuados en otro sitio: *vid.* el cap. III. 6 de mi libro y *La idea de Totalitarismo. . .;* cf. también, allí, el cap. IV.2.].

(v) CHILE

Generalidades.

La situación es análoga a la de Cuba, en cuanto a la falta de limitaciones a las potestades del Gobierno; aunque los objetivos políticos de este, claro está, sean distintos a los que persigue el Estado cubano. A pesar de todo, el texto de la Constitución chilena es más sofisticado, tal vez disimula mejor de qué se trata. Distingue cuatro clases de estados de excepción (art. 39), conforme a los tipos de hipótesis de hecho que puedan dar lugar a declararlos (ya sea a uno solo o a varios de ellos), según los casos. La característica general de esos estados es que, en su conjunto, permiten cubrir un muy ancho margen de posibilidades para afectar derechos y garantías. El espectro de los derechos susceptibles de caer bajo estas afectaciones es extremadamente amplio, como también lo es la medida en que cada uno de ellos puede sufrir restricción con tal motivo. Además, es característico el hecho de que el Presidente de la República, quien decreta dichos estados, queda sometido solo a controles muy "hipotéticos", cuando no son de por sí inexistentes. Vale la pena recoger aquí con algún detalle la regulación de tales estados, ya que se trata (acaso) del mejor ejemplo de una reglamentación constitucional *pormenorizada* hecha para quitar toda garantía a los derechos humanos. Se puede distinguir, no obstante, dos etapas: una situación ulterior de normalidad (I) y una situación previa transitoria (II).[47]

I

(a) Causales. Las hipótesis son: "guerra externa", la cual permite declarar el *estado de asamblea* (art. 40.1); "guerra interna o conmoción interior", lo que permite declarar el *estado de sitio* (art. 40.2); "casos graves de alteración del orden público, daño o peligro para la seguridad nacional, sea por causa de origen interno o externo", todo lo cual (es decir, una o más de esas causales) permite declarar el *estado de emergencia* (art. 40.3); "calamidad pública", que autoriza a declarar el *estado de catástrofe* (art. 40.4). Está de más llamar la atención sobre el cúmulo de conceptos indeterminados que contienen estas formulaciones.

47. Sobre la distinción entre estas dos etapas, *vid.* las observaciones de GONZALEZ: *supra,* cap. V, Ap., v *in fine.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

(b) Límites. Se señala desde ya, como principio, que los "estados de excepción constitucional" comportan normas que están exceptuadas de la prohibición general de que "los preceptos legales. . . no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio" (art. 19.26). Más adelante se indican, en forma particularizada, las facultades especiales que al Presidente le otorgan cada uno de dichos estados.

El *estado de asamblea* le permite "suspender o restringir la libertad personal, el derecho de reunión, la libertad de información y de opinión y la libertad de trabajo. Podrá, también, restringir el ejercicio del derecho de asociación y de sindicación, imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad" (art. 41.1).

El *estado de sitio* le permite "trasladar a las personas de un punto a otro del territorio nacional, arrestarlas en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes, y expulsarlas del territorio. Podrá, además, restringir la libertad de locomoción y prohibir a determinadas personas la entrada y salida del territorio. Asimismo, podrá suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión y la libertad de información y de opinión, restringir el ejercicio de los derechos de asociación y de sindicación e imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones" (art. 41.2). Incluso, en cuanto a las medidas de expulsión y las que prohíben la entrada, ellas "mantendrán su vigencia pese a la cesación del estado de excepción que les dio origen en tanto la autoridad que las decretó no las deje expresamente sin efecto" (art. 41.7.1 *in fine*).

El *estado de emergencia* permite "adoptar todas las medidas propias del estado de sitio, con excepción del arresto de las personas, de su traslado de un punto a otro del territorio, de la expulsión del país y de la restricción del ejercicio de los derechos de asociación y de sindicación. En cuanto a la libertad de información y de opinión, sólo podrán restringirse" (art. 41.4). Por fin, el *estado de catástrofe* le permite al Presidente "restringir la circulación de las personas y el transporte de mercaderías, y las libertades de trabajo, de información y de opinión, y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad, y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que estime necesarias" (art. 41.5).

Como se ve, son pocos los derechos humanos que no puedan caer bajo alguna de todas estas hipótesis, o incluso bajo más de una.

(c) Competencia y controles. Las declaraciones respectivas las efectúa siempre el Presidente de la República. Lo hace con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional (art. 40); este se halla "presidido por el Presidente de la República e integrado por los presidentes del Senado y de la Corte Suprema, por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, y por el General Director de Carabineros" (art. 95.1), o sea, que se trata de un cuerpo cuya composición asegura que en él habrá un cómodo predominio de lo que decidan los altos mandos militares. El Congreso no puede tener un papel importante salvo en relación con el estado de sitio: "dentro del plazo de diez días, contados desde la fecha en que el Presidente de la República somete la declaración de estado de sitio a su consideración, deberá pronunciarse aceptando o rechazando la proposición, sin que pueda introducirle modificaciones. Si el Congreso no se pronunciare dentro de dicho plazo, se entenderá que aprueba la proposición (arts. 40.2.2 y 50.2). Respecto a los estados de emergencia y de catástrofe, el Presidente sólo "estará obligado a informar al Congreso de las medidas adoptadas" (art. 41.6.2). En cuanto al estado de asamblea, no se menciona para nada al Congreso.

Tampoco caben, en general, recursos judiciales contra las medidas adoptadas durante los estados. El texto constitucional señala, en forma expresa, que el Hábeas Corpus no procede respecto a medidas de los estados de asamblea o de sitio (41.3.1). Incluso subraya, de una manera general para los estados de excepción, que allí no habrá "recurso de protección. . . respecto de los actos de autoridad adoptados con sujeción a la Constitución y a la ley que afecten a los derechos y garantías constitucionales que, en conformidad a las normas que rigen dichos estados, han podido suspenderse o restringirse" (art. 41.3.2).

(d) Órganos inafectables. Las posibilidades de intervención del Ejecutivo en órganos estatales no se hallan contempladas de manera expresa, excepto para prohibir las siguientes: "En ningún caso las medidas de restricción y privación de la libertad

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

podrán adoptarse en contra de los parlamentarios, de los jueces, de los miembros del Tribunal Constitucional, del Contralor General de la República y de los miembros del Tribunal Calificador de Elecciones" (art. 4.7.2). *A contrario sensu,* tal vez puede inferirse que cualquier otro tipo de medidas adoptadas por el Presidente, que limiten la actuación de los demás órganos estatales, sería legítima. Así, en particular se subraya que las instancias del Poder Judicial quedan inhibidas de "entrar a calificar los fundamentos de hecho de las medidas que haya adoptado la autoridad en el ejercicio de sus facultades" durante los estados en cuestión (artículo 41.3.3).

(e) Responsabilidad. En cuanto a responsabilidades del Presidente y sus subordinados, por las medidas adoptadas en el marco de dichos estados, el texto no dice absolutamente nada. Solo prevé ciertas indemnizaciones por afectaciones al derecho de propiedad, lo cual será determinado por una ley (art. 41.8).

(f) Duración. Se prevé que el estado de emergencia "no podrá exceder de noventa días, pudiendo declararse nuevamente si se mantienen las circunstancias" (art. 40.3). Para los otros estados de excepción, las medidas correspondientes pueden o no tener una duración determinada (art. 47.1 *in limine*); o sea, que esto queda a criterio del Presidente al decretarlas.

II

Ahora bien, todas las características que hemos señalado se refieren no a la normativa constitucional que en Chile se halla vigente en el momento actual, sino a la programada para entrar a regir a partir del 11 de marzo de 1989. Hasta esa fecha hay un periodo de transición, en el cual se aplican solo parcialmente aquellos preceptos, de acuerdo con lo que se establece en algunas Disposiciones Transitorias incorporadas al final de la Constitución (Disp. Trans. Decimotercera y sigs.).

Durante este periodo no hay, por ejemplo, Congreso en funciones, sino que el Poder Legislativo queda a cargo de un cónclave de altos militares, la Junta de Gobierno (Disp. Trans. Decimoctava, incs. B y E); tampoco está integrado el Consejo de Seguridad Nacional. Como consecuencia, la decisión respecto a si se decretan los estados de emergencia y de catástrofe queda a cargo exclusivo del Presidente (Disp. Trans. Decimoquinta.A.1). En cuanto a los estados de asamblea y de sitio, el Presidente los decreta con acuerdo de la Junta de Gobierno (Disp. Trans. Decimoquinta.B.4 y Decimoctava.F), la cual "permanecerá integrada por los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, y por el General Director de Carabineros" (Disp. Trans. Decimocuarta.2). Quiere decir que, en definitiva, las facultades del Presidente y de los mandos militares quedan todavía menos sujetas a unos (hipotéticos) controles civiles que en lo previsto para el periodo constitucional ulterior.

Pero hay más: a los estados que señalamos antes (I), durante el periodo actual (II) viene a sumarse —o prácticamente a sustituirlos— un nuevo tipo de estado de excepción, el cual deja en manos exclusivas del Presidente ya prácticamente todo, sin control alguno. En efecto, "si durante el periodo. . . se produjeren actos de violencia destinados a alterar el orden público o hubiere peligro de perturbación de la paz interior, el Presidente de la República así lo declarará y tendrá, por seis meses renovables, las siguientes facultades: a) Arrestar a personas hasta por el plazo de cinco días, en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles. Si se produjeren actos terroristas de graves consecuencias, dicho plazo podrá extenderlo hasta por quince días más; b) Restringir el derecho de reunión y la libertad de información, esta última sólo en cuanto a la fundación, edición o circulación de nuevas publicaciones; c) Prohibir el ingreso al territorio nacional o expulsar de él a los que propaquen las doctrinas a que alude el artículo 8 de la Constitución ["doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases"], a los que estén sindicados o tengan reputación de ser activistas de tales doctrinas y a los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para la paz interior, y d) Disponer la permanencia obligada de determinadas personas en una localidad urbana del territorio nacional hasta por un plazo no superior a tres meses" (Disp. Trans. Vigesimacuarta). Por lo demás, ninguna de esas medidas "serán susceptibles de recurso alguno, salvo el de reconsideración ante la autoridad que las dispuso" (Disp. cit., *in fine*). En tales condiciones, y aunque el texto no menciona sino algunos derechos específicos como suscepti-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

bles de ser afectados por estas medidas, se trata de derechos tan básicos que todos los demás quedan, una vez que se "toca" aquellos, también limitados o por lo menos intimidados, de hecho.

(vi) HONDURAS

La Constitución hondureña prevé un solo tipo de estado de excepción, el cual se rige por lo que disponga la *Ley de Estado de Sitio* que sea dictada para esa emergencia (art. 188). Solo bajo tales condiciones cabe "la restricción o la suspensión de derechos" (Título IV, Cap. III), y únicamente de aquellos que el propio texto constitucional enumera como susceptibles de admitirlas.

(a) Causales. Como causales del estado de sitio, se establece que tal suspensión de derechos procede "en caso de invasión del territorio nacional, perturbación grave de la paz, de epidemia o de cualquier otra calamidad general" (art. 187 *in limine*). Estos conceptos indeterminados marcan un área muy expansiva, como se ve, sobre todo por la "válvula de escape" amplísima que comporta el último de ellos: *"cualquier* otra *calamidad* general".

(b) Límites. La enumeración de los derechos que pueden ser suspendidos es taxativa (art. 187 *in limine* y 188.1), pero ellos abarcan un espectro muy ancho y fundamental: libertad personal (arts. 69, 71, 84 y 93), libertad de emisión del pensamiento (art. 72), libertades de asociación y de reunión (art. 78), libertades de circulación y de residencia (art. 81), inviolabilidad del domicilio (art. 99), derecho de propiedad privada (art. 103). Ningún otro derecho puede ser restringido (artículo 188.1); además, se deja la importante constancia de que no "podrá hacerse, durante la suspensión, declaraciones de nuevos delitos ni imponerse otras penas que las ya establecidas en las leyes vigentes al decretarse la suspensión" (art. 188.2). Empero, respecto a los derechos que pueden sí ser afectados, no se establecen límites en cuanto al grado o extensión en que quepa hacerlo. Cabe señalar, sin embargo, que entre las garantías *no* susceptibles de suspensión están el Hábeas Corpus y el Amparo (arts. 182 y 183).

(c) Competencia y controles. La Ley de Estado de Sitio la decreta el Presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Ministros; allí deben estar indicados expresamente los motivos de la suspensión, qué garantías se restringen, durante cuánto tiempo, etc.; todo ello queda sometido al Congreso Nacional para que este, dentro de un plazo máximo de treinte días, "conozca de dicho decreto y lo ratifique, modifique o impruebe" (art. 187). El texto no dice qué pasa si el Congreso no adopta ninguna resolución al respecto, ni tampoco exige algún quórum especial para que él se pronuncie (artículo 205.23); cabe pensar, pues, que basta con que el Congreso no rechace aquel decreto o que lo apruebe por mayoría simple, para que subsista en pie, durante el plazo establecido. En cuando a otros controles, no los hay de tipo especial; mas cabe anotar que, por el hecho de mantener sus plenas competencias el Poder Judicial, este puede y debe intervenir ante abusos.

(d) Órganos inafectables. A texto expreso se establece que lo decretado en la Ley de Estado de Sitio "en modo alguno afectará el funcionamiento de los organismos del Estado, cuyos miembros gozarán siempre de las inmunidades y prerrogativas que les concede la ley" (art. 187 *in fine*).

(e) Responsabilidad. No hay establecido ningún tipo especial de responsabilidad para el Presidente, los Ministros y en general los funcionarios que determinen el contenido de las medidas o las ejecuten, por extralimitaciones al hacerlo.

(f) Duración. El plazo máximo de duración para la vigencia de la suspensión, es "de cuarenta y cinco días por cada vez que se decrete" (artículo 187.3). Pero si ya antes hubieren desaparecido las causas que lo ocasionaron, "se hará cesar en sus efectos, y en este caso todo ciudadano tiene el derecho para instar su revisión" (art. 187.4). Sin embargo, no hay impedimento para que el Poder Ejecutivo, si lo estima necesario, dicte (cuantas veces quiera) un nuevo Decreto de restricción cuando vence el anterior, claro que sujeto a las mismas condiciones formales que el primero (artículo 187, inc. penúltimo). Por tanto, es perfectamente posible que el país viva en estado de excepción por largo tiempo, siempre y cuando se proceda cada cuarenta y cinco días a la renovación del Decreto respectivo.

(vii) MÉXICO

La Constitución mexicana es parca en la materia. Luego de afirmar, como principio general, que

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

las garantías constitucionales "no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma [la Constitución] establece" (art. 1), consagra un solo artículo a señalar en qué casos y bajo qué condiciones cabe *"suspender"* unas "garantías" (art. 29).

(a) Causales. Las causales contempladas son: "los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública y de cualquiera otro que ponga a la sociedad en grande peligro o conflicto". Como se ve, la fórmula es lo bastante amplia como para que bajo ella se pueda subsumir una enorme variedad de situaciones, imposible de ser previstas ni siquiera en sus líneas más generales ("cualquiera otro. . .").

(b) Límites. No se establece tampoco ningún límite específico para determinar cuáles son y cuáles no, los derechos humanos susceptibles de afectación por el Estado. Se "podrá suspender. . . las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente, a la situación". O sea, que no hay *ninguna* "garantía" que no pueda ser suspendida, si ello se juzga conveniente para remediar la situación. Ni siquiera se establece, al parecer, que sea necesario ajustarse a una proporcionalidad en las medidas, ya que basta con que sirvan para enfrentar "rápida y fácilmente" la situación; vale decir, lo que importaría no es sino remediar la "situación", sea cual fuere el costo —en derechos humanos u otros— que por ello se pague. Las únicas limitaciones establecidas son: que todo ello se haga "por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo".

(c) Competencia y controles. Esa suspensión puede decretarla "solamente el Presidente de la República Mexicana, de acuerdo con el Consejo de Ministros, y con aprobación del Congreso de la Unión y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente". No queda claro si la aprobación del Congreso es un requisito *previo* a la entrada en vigencia de la suspensión, como parecería seguirse del pasaje transcrito; o si, en caso de que el Congreso no estuviese aún reunido o mientras este discute el asunto, la suspensión se produce desde ya, al menos mientras el Congreso no se pronuncie contra ella; cf. asimismo las dos últimas oraciones del artículo, que tampoco son claras al respecto. Fuera de la referencia a que el Congreso "concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación", y esto sin que se exija ningún quórum especial para ello, el texto constitucional no indica ningún otro tipo de controles a que el Ejecutivo esté sometido en la emergencia.

(d) Órganos inafectables. En cuanto a órganos estatales que puedan ser afectados en su funcionamiento durante la suspensión, el texto no dice nada: no se pronuncia ni afirmativa ni negativamente al respecto. Cabe pensar que, puesto que allí se habla solamente de suspender "garantías" individuales, no se contempla la posibilidad de que el Ejecutivo intervenga otros órganos. Claro que estos no podrían, aunque ello estuviere dentro de sus competencias normales, amparar los derechos individuales afectados por la suspensión. En cambio, no parece que el Ejecutivo pudiera —al no haber texto expreso que lo autorice— desconocer los "fueros constitucionales" (art. 110) de los parlamentarios, funcionarios judiciales, etc.; aun durante el estado de suspensión, ellos no podrían ser separados de sus cargos sino por los procedimientos constitucionalmente previstos (*supra,* cap. VI, Ap., vii).

(e) Responsabilidad. No se halla señalada ninguna responsabilidad especial para los funcionarios por los excesos en que incurrieren durante la suspensión; pero tampoco hay establecida ninguna eximente de responsabilidad para sus actuaciones, si son abusivas, durante ese estado. Por tanto, también allí se aplicarían las normas generales de la responsabilidad funcionarial (*supra, loc. cit.*).

(f) Duración. En cuanto a la duración del estado, ya adelantamos que su tiempo ha de estar "limitado" (*supra,* b *in fine*). Sin embargo, no se establece cuál será, en cifras temporales, ese "límite". Parecería que, con ello, el texto constitucional no quiere decir sino que, en el decreto donde se establece la suspensión, es indispensable señalar asimismo el tiempo que ella ha de durar; pero dicha duración sería fijada según la extensión que al Poder Ejecutivo le parezca oportuna, o sea, que tanto puede ser breve como prolongada. Tampoco se aclara si, una vez vencido dicho término, se podría proceder de inmediato a una nueva suspensión, por el plazo que fuere; cabe pensar que, a falta de una prohibición constitucional al respecto, no sería imposible que tal hipótesis se diera, siempre que se

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

vuelvan a cumplir los mismos requisitos formales (*supra*, c).

(viii) PERÚ

La Constitución prevé las condiciones para decretar dos tipos de "régimen de excepción": el *estado de emergencia* y el *estado de sitio* (art. 231). También este texto, como el mexicano, es bastante parco. Deja potestades muy amplias y poco controladas en manos del Poder Ejecutivo, al punto tal que los derechos humanos pueden entonces quedar prácticamente librados a la entera discrecionalidad del Gobierno.

(a) Causales. El estado de emergencia procede "en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación". El estado de sitio cabe "en caso de invasión, guerra exterior o guerra civil o peligro inminente de que se produzcan". Los conceptos de más ancho margen de indeterminación son, como puede apreciarse, los establecidos para el estado de emergencia: sobre todo el último de ellos ("graves circunstancias. . ."), que es de una vaguedad realmente amplísima.

(b) Límites. Para el estado de emergencia se establece que en él cabe "suspender las garantías constitucionales relativas a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio"; está prohibido "imponer la pena de destierro". Cabe pensar que esa enumeración es taxativa, sobre todo si se compara dicho inciso con el siguiente, relativo al estado de sitio, para el cual se establece el principio inverso, esto es, que allí no continúan en pie sino aquellas garantías que el Poder Ejecutivo señale *expresamente* como no afectadas por el decreto: ". . . con especificación, de las garantías personales que continúan en vigor". Quiere decir que, en este caso, por principio no hay ningún derecho humano que esté libre de poder ser afectado; el Gobierno no queda sujeto a limitación alguna (salvo aquellas a las que él mismo quiera ajustarse).

(c) Competencia y controles. Ambos regímenes de excepción los decreta el Presidente, con acuerdo del Consejo de Ministros, dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente. Pero no se dice que el Congreso pueda anular o modificar el decreto del Poder Ejecutivo.[48] Aquel se limitará, pues, a darse por enterado del asunto, sin tener facultades decisorias al respecto. Salvo en una hipótesis: vencido el plazo del estado de sitio, para prorrogarlo se "requiere aprobación del Congreso" (mas sin que, para ello, se exija quórum especial). En general, por tanto, el Poder Ejecutivo no está sujeto a controles en estos regímenes. Y lo que es más grave todavía: en el estado de emergencia, "las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno cuando lo dispone el Presidente de la República", sin que se señalen medios de control a que esas Fuerzas habrían de estar sometidas.

(d) Órganos inafectables. El precepto constitucional no dice si, bajo esos estados, quedan afectadas las potestades de otros órganos, en particular las del Poder Judicial. Parecería que en el estado de emergencia, puesto que allí se trata solo de suspender los derechos enunciados a texto expreso, el Poder Judicial no estaría afectado. Sin embargo, como tampoco a los jueces se exime de sufrir suspensión en su libertad y seguridad personales, etc., de hecho podrían también ellos caer bajo el efecto de tales medidas. Y en cuanto al estado de sitio, puesto que allí todas las "garantías personales" quedan libradas a la discrecionalidad del Ejecutivo, no es inconcebible que ello afecte también al Poder Judicial y en general a cualesquiera otros órganos del Estado.

(e) Responsabilidad. No se señala ninguna responsabilidad especial por abusos en las medidas decretadas o en su ejecución.

(f) Duración. El estado de emergencia tiene un plazo máximo de sesenta días; pero puede ser prorrogado, por el mismo plazo, una y otra vez, mediante decretos de ese tipo. El estado de sitio, por su parte, puede extenderse hasta cuarenta y cinco días; también allí caben sucesivas prórrogas, por ese mismo plazo, pero requieren aprobación del Congreso.

---

48. **Comentario. En efecto, no lo puede, "por la sencilla razón de que es una atribución del Presidente de la República con el visto bueno del Congreso. El Congreso no puede hacerlo, históricamente nunca lo ha hecho; al contrario, ha avalado las medidas, lo que es peor" (GARCIA B.).**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(ix) URUGUAY

I

La Constitución prevé dos tipos de situaciones. Uno de ellos, el más excepcional, es el de *suspensión de la seguridad individual,* que cabe "en caso extraordinario de traición o conspiración contra la patria" (art. 31). El otro, que al parecer no sería tan "extraordinario", es el de las hipótesis que legitiman la adopción de unas *"medidas prontas de seguridad"* (art. 168.17).[49]

Con respecto al primero, el texto constitucional es extremadamente parco. Simplemente dice que en ese caso "La seguridad individual. . . podrá suspenderse", pero ello "sólo para la aprehensión de los delincuentes", quienes podrán ser arrestados si no optan por salir del país. Para dicha "suspensión", no está claro si sería o no necesaria la anuencia (¿previa?) del Parlamento.[50] Sin embargo, no vale la pena detenerse demasiado en dicha hipótesis,[51] ya que es el segundo tipo de instituto jurídico, el de las "medidas", lo que ha tenido mayor curso en la aplicación de la Constitución uruguaya.

Si bien se mira, de acuerdo con el texto mismo del artículo que las prevé, esas "medidas" no darían lugar propiamente a un "estado de excepción". Más bien serían, según su nombre, unas providencias *concretas,* no una situación de orden general como los "estados". De cualquier manera, lo cierto es que, en la práctica constitucional uruguaya, a este expediente se recurrió en formas que, de hecho, corresponden a lo que en otros países se hace dentro del marco de un "estado de sitio" u otro instituto análogo. Más aún, el recurso a "medidas" fue utilizado de modo casi constante durante los años previos (desde 1969) al golpe de Estado de 1973. A partir de ahí, el Uruguay ha vivido bajo un permanente estado de emergencia, concebido como "periodo de transición", normado por medio de los Actos Institucionales.

Ahora bien, como a la Constitución se le continúa reconociendo validez en todo aquello que no ha sido tocado por los Actos Institucionales, y como el artículo relativo a las medidas no está derogado, cabe entender que este sigue vigente. Sin embargo, lo cierto es que ni los Actos Institucionales ni en general las medidas adoptadas después del golpe se han presentado como fundadas en aquel. Pero aunque dicho artículo no reviste ya [1983] mucha importancia, puede tener todavía su interés examinar ese instituto singular que eran las "medidas", precisamente por lo ilustrativo que ello es sobre la manera en que una disposición constitucional defectuosa resulta capaz de facilitar el camino hacia el descaecimiento de la institucionalidad democrática. La utilización reiterada de aquellas, mejor dicho, de lo que se admitía como ubicable dentro de dicho marco, sirvió para ir restringiendo cada vez más los derechos individuales, hasta terminar por allanar del todo las vías para la instalación de un gobierno de fuerza.

II

(a) Causales. La hipótesis que autoriza a adoptar esas medidas es: "casos graves e imprevistos de ataque exterior o conmoción interior". Por un lado, la descripción parece ser bastante restrictiva, ya que no bastaría con que el caso fuera "grave", sino que *además* ("e") debe ser "imprevisto". Por el otro, sin embargo, la fórmula "conmoción interior" representa un concepto muy indeterminado.

(b) Límites. El texto no indica en forma general qué derechos humanos pueden ser afectados ni hasta qué punto cabe restringirlos. Unicamente aclara que, respecto "a las personas, las medidas prontas de seguridad sólo autorizan a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro del territorio, siempre que no optasen por salir de él"; y agrega que su

---

49. En el Uruguay llegó a decretarse, en 1972, un tercer tipo de régimen de excepción: el *estado de guerra interno;* pero este no se encuentra previsto constitucionalmente. Cf. INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *States of Emergency*, p. 344 s. y 360 ss. [Téngase presente, por otro lado, que todo lo que aquí se dice fue escrito mientras aún se mantenía la dictadura militar en el Uruguay].

50. En realidad, ese texto está tan deficientemente redactado que autoriza más de una interpretación: "La seguridad individual no podrá suspenderse sino con la anuencia de la Asamblea General, o estando ésta en receso, de la Comisión Permanente, y en caso extraordinario de traición o conspiración contra la patria; y entonces solo para la aprehensión de los delincuentes, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 17 del art. 168" (art. 31). La ambigüedad sintáctica que va ligada a esta "y" permitiría, por ejemplo, tanto entender que el "caso extraordinario" es una hipótesis independiente de lo formulado antes de la coma, como también, al contrario, que ambas partes configuran una sola hipótesis compleja, o sea, que tendrían que darse copulativamente tanto la "anuencia" como el "caso" (ambos juntos configurarían entonces una combinada condición *sine qua non* para admitir que la seguridad pueda ser suspendida); es esta segunda interpretación la que ha sido generalmente aceptada.

51. Para más detalles, *vid.*, p. 359 s. de la obra indicada *supra*, en la n. 49.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

"arresto no podrá efectuarse en locales destinados a reclusión de delincuentes". Puesto que se establece una sola restricción, concerniente "a las personas", no carece de plausibilidad el entender (aunque también cabrían interpretaciones más restrictivas) que es ese el *único* límite infranqueable para la autoridad, o sea, el de lo relativo a la libertad personal y la integridad física, pues a tal respecto no cabrían sino los arrestos o traslados; para todo lo demás, en cambio, la autoridad tendría eventualmente mano libre.

(c) Competencia y controles. Las medidas las toma el Presidente, "actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros" (art. 168 *in limine*). Mas ello ha de ser "dando cuenta, dentro de las veinticuatro horas a la Asamblea General, en reunión de ambas Cámaras o, en su caso, a la Comisión Permanente, de lo ejecutado y sus motivos, estándose a lo que estas últimas resuelvan". La doctrina decía, por eso, que la Asamblea es "la dueña de las medidas". Sin embargo, basta con que la Asamblea no las levante, para que la consecuencia sea que ellas siguen en pie. Esto es: por un lado, no se exige ningún quórum especial para que las apruebe, puede hacerlo por mayoría simple de presentes (con el quórum normal requerido para sesionar); por el otro, puede aprobarlas también por simple omisión, o sea, es suficiente que no se pronuncie al respecto, ya sea por no reunirse o mientras no llegue a ninguna resolución aunque se reúna. Además, no existe ningún impedimento constitucional en el sentido de que, incluso si la Asamblea resuelve dejar sin efecto o simplemente dar por terminadas las medidas, el Poder Ejecutivo vuelva a reimplantarlas de inmediato (como en efecto ocurrió).

(d) Órganos inafectables. No hay previsión alguna respecto a las repercusiones de las medidas sobre otros órganos estatales. De todos modos, ninguno de ellos está expresamente eximido de lo que en ellas se disponga.

(e) Responsabilidad. Tampoco hay previsión en cuanto a una responsabilidad especial de quienes deciden o ejecutan las medidas.

(f) Duración. No se establece constitucionalmente un límite de duración para ellas. Y, como ya señalamos, tampoco existe prohibición de volver a tomar "medidas" —sean las mismas u otras— luego de que el Parlamento las levanta.

III

Cuando fueron disueltas las Cámaras legislativas, por Decreto 464/973 (27 de junio de 1973) del Poder Ejecutivo, se estaba precisamente bajo un régimen de esas medidas. En dicho decreto, sin embargo, el Ejecutivo no habla de "medidas prontas de seguridad", sino de "estado de necesidad" y "medidas extraordinarias" (fórmulas que no están en la Constitución): "el Poder Ejecutivo. . . se halla en un estado de necesidad que le impone adoptar medidas extraordinarias conducentes a procurar la vigencia plena de los grandes fines de la Constitución" (Considerando II). Y a partir de 1976 se suceden los Actos Institucionales, varios de los cuales se remiten expresamente a ese decreto (algunos lo califican de "orden institucional transitorio": cf., por ejemplo, el Visto de los Actos 1 y 12).

Cabe pensar, pues, que la situación desde 1973 hasta el presente [1983] podría calificarse (algo paradójicamente) como un *estado* de "medidas extraordinarias", las cuales, tanto por su acción transformadora de la normativa constitucional como por su duración, rebasan el ámbito de las "medidas *prontas* de seguridad". Aunque se trataría, de acuerdo con los documentos oficiales, de una especie de estado de excepción por su manifestado propósito de "transitoriedad", empero no encaja bien dentro de la concepción clásica de dichos estados (por ejemplo, la de los Instrumentos), sobre todo en atención a su excesiva permanencia en el tiempo.

(x) VENEZUELA

La Constitución prevé que sea declarado el *estado de emergencia.* Las hipótesis que permiten recurrir a él son muy amplias, así como también están legitimados para serlo sus efectos de restricción en materia de derechos humanos. Existe, sin embargo, la posibilidad de control por el Congreso, aunque no está previsto en condiciones muy limitativas para el Ejecutivo.

(a) Causales. Las hipótesis legitimantes son: "en caso de conflicto interior o exterior, o cuando existan fundados motivos de que uno u otro ocurran. . . En caso de emergencia, de conmoción que pueda perturbar la paz de la República o graves circunstancias que afecten la vida económica o so-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

cial" (arts. 240 y 241.1). Como se ve, las causales están descritas por medios de conceptos extremadamente indeterminados: "conflicto interior", "graves circunstancias que afecten la vida económica o social", etc.

(b) Límites. En esas circunstancias, se "podrá restringir o suspender las garantías constitucionales", ya sea todas o algunas de ellas. Las únicas excepciones a esa disponibilidad en que los derechos quedan respecto a lo que disponga el Ejecutivo son: el derecho a la vida y a la integridad física, y la prohibición de "ser condenado a penas perpetuas o infamantes" (art. 241.1 *in fine*).

(c) Competencia y controles. La declaración del estado la efectúa el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, y somete ese decreto "a la consideración de las Cámaras. . . dentro de los diez días siguientes a su publicación" (arts. 240 y 242). Ellas deberán revocarlo "al cesar las causas que lo motivaron", si no lo hace el Presidente por su propia cuenta (art. 243). La latitud de actuación concedida al Ejecutivo es, pues, muy grande: en primer término, porque no está sujeto inmediatamente al control del parlamento, sino solo después de publicado el decreto;[52] luego, porque no hay necesidad de aprobación por parte de las Cámaras.[53] El decreto sigue en vigencia con solo que las Cámaras no se pronuncien o no lo hagan en forma expresamente negativa.

(d) Órganos inafectables. Queda aclarado, sin embargo, que esa "restricción o suspensión de garantías no interrumpe el funcionamiento ni afecta las prerrogativas de los órganos del Poder Nacional" (art. 241.3); y por "Poder Nacional" podría entenderse, teniendo en cuenta la amplitud con que la Constitución utiliza este término (art. 136), prácticamente la totalidad de los órganos estatales, o al menos todos los federales.[54]

(e) Responsabilidad. En cambio, no se ha establecido ningún sistema especial de responsabilidades para la manera en que los funcionarios estatales, sean del rango que fueren, determinen o pongan en ejecución las medidas de afectación a derechos humanos, en esas circunstancias.

(f) Duración. Tampoco está previsto un plazo máximo de duración para ese estado, sino que se indica, simplemente, que su levantamiento será decretado "al cesar las causas que lo motivaron", cosa que efectuará "el Presidente de la República en Consejo de Ministros y con la autorización de las Cámaras" (art. 243).

Otro tipo.

Además de los casos que se inscriben dentro de las hipótesis indicadas en *(a),* a los cuales se aplica el régimen que hemos descrito, la Constitución venezolana prevé aun otro régimen (art. 244). Este sería para situaciones menos graves y que, por eso mismo, darían lugar a unas medidas más limitadas. La hipótesis —otra formulación de contenido muy indeterminado— es que "existieren fundados indicios para temer inminentes *trastornos* del orden público", pero "que no justifiquen la restricción o suspensión de las garantías constitucionales". Parece que, por medio de esa disposición, se ha querido dejar a criterio del Ejecutivo la posibilidad de recurrir, cuando él lo estime conveniente, a un régimen menos severo que el del Estado de emergencia: "podrá adoptar las medidas indispensables para evitar que tales hechos [los "inminentes trastornos"] se produzcan".

Mientras que en el estado de emergencia la ilimitación de las medidas era el principio y las limitaciones la excepción, en este otro es a la inversa, pues aquellas "medidas se *limitarán* a la detención o confinamiento de los indiciados". El control parlamentario parece tener mayores potestades ("cesarán de inmediato") que el establecido para el

52. **Comentario. "Si se dice que debe someterlo al Congreso en los diez días después de su publicación, a mí me parece que eso es un 'inmediatamente' suficiente; porque es evidente que antes de la publicación no tiene efecto el acto" (BREWER).**

53. **Comentario. "Las Cámaras no aprueban ni desaprueban la medida. Esta se somete a la consideración de las Cámaras para que, con base en su competencia, la revoquen al cesar el estado que provocó la declaración. No hay un acto de aprobación de las Cámaras para el decreto de emergencia. Simplemente, se les somete; y si las Cámaras deciden no revocarlo, queda vigente la decisión del Ejecutivo. Pero no hay una votación de si se aprueba o no, quiénes están a favor o quiénes están en contra de la decisión del Ejecutivo. Las Cámaras solo van a juzgar si están vigentes las causales y si se va a revocar o no la decisión" (BREWER).**

54. **Comentario. "En Venezuela, la forma del Estado es federal; y cuando se habla del Poder Nacional, se hace referencia al nivel nacional, distinto al Poder de los Estados y de los Municipios" (BREWER).**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

estado de emergencia, y además se fija un plazo máximo de duración para tales medidas: "deberán ser sometidas a la consideración del Congreso o de la Comisión Delegada dentro de los diez días siguientes a su adopción. Si estos las declararen no justificadas, cesarán de inmediato; en caso contrario se las podrá mantener hasta por un límite no mayor de noventa días".

*

ANEXO

Índice analítico del capítulo VII

ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Sección A): **BASES CONCEPTUALES**

§ 60. **Generalidades**
- tipos de causales [I]
- tipos de regímenes especiales [II]
- heterogeneidad de los estados; una definición [III]

§ 61. **Sentido y alcance de la suspensión de derechos**
- ubicación en (o fuera de) el Estado de Derecho [I]
- dictadura comisaria y dictadura soberana ("dictadura constitucional" y gobiernos *de facto*); leyes de excepción y estados de excepción [II]
- ¿Razón de Estado o dogmática jushumanista? [III]
- paso al nivel pragmático [IV]
- conclusión: el problema de los límites como dificultad permanente [V]

§ 62. **El Derecho Internacional como marco:**
(a) disposiciones de los Instrumentos
- generalidades [I]
- el Pacto y la Convención: elementos de Derecho sustantivo [II]
- aplicación del Derecho Humanitario; control internacional [III]

§ 63. **El Derecho Internacional como marco:**
(b) comentarios
- el principio de proporcionalidad y el de no discriminación; derechos no suspendibles [I]
- derechos suspendibles (desmesurada amplitud de su gama: Hábeas Corpus, etc.) [II]
- la fórmula de los Instrumentos como "garantía" (discusión) [III]

§ 64. **El Derecho Internacional como marco:**
(c) cuestiones de interpretación
- la hipótesis básica de suspensiones [I]
- cómo interpretar la Convención: la (¿o las?) hipótesis contemplada; observaciones metodológicas [II]

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



- excurso sobre el *topos* "vida de la nación" (universos simbólicos holistas —nación, pueblo, patria— y su función legitimadora en el discurso del Poder) [III]
- conclusión: legitimidad, ante el Derecho Internacional, de las suspensiones decretadas de acuerdo con el Derecho Interno [IV]

§ 65. **Dificultades subsistentes. Discusión general**
- antinomias y "sacrificios", interpretación de conceptos indeterminados, controles [I]
- discusión: conveniencia o necesidad de los estados de excepción (¿posibilidad de suprimirlos?), precisión de sus causales, posibles controles, etc. [II]

Sección B): **ORDEN CONSTITUCIONAL (NORMATIVA Y REALIDAD)**

§ 66. **Sugerencias para la normativa**

§ 67. **Heurística**

§ 68. **Panorama de las Constituciones latinoamericanas**
- hipótesis de trabajo [I]
- rasgos generales de las regulaciones constitucionales vigentes [II]
- conclusión [III]

§ 69. **Algunos ejemplos aprovechables**

§ 70. **Consecuencias de hecho**

§ 71. **Conclusión general**

Apéndice: Semántica constitucional [es el contenido del presente artículo]

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA COMISIÓN Y LA CORTE DE DERECHOS HUMANOS EN LAS CONVENCIONES AMERICANA Y EUROPEA

DRA. MARÍA DE LOS ÁNGELES SOTO GAMBOA

ÍNDICE

Pág.

1. Evolución del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos 102
2. La Convención Americana de los Derechos Humanos, Pacto de San José, 1969 104
3. El funcionamiento de la Comisión Interamericana prevista en el Pacto de San José. 104
4. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos 106
5. La Convención Europea de los Derechos del Hombre, Tratado de Roma —4 de noviembre— de 1950. 107
6. La Comisión Europea de los Derechos Humanos. Su funcionamiento. 108
7. La Corte Europea de Derechos Humanos 110
8. Comparación de las dos convenciones con referencia a la Comisión y a la Corte de Derechos Humanos. 111

Bibliografía 112

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

INTRODUCCIÓN

La presente investigación referente a los mecanismos de garantía de los derechos humanos es conocer la estructura y funcionamiento de la Comisión y de la Corte de Derechos Humanos tanto en el Tratado de Roma, como en el Pacto de San José, y observar en términos generales sus diferencias y similitudes, en la formación de un criterio sobre la posición del sujeto ante el Derecho Internacional. El trabajo es más que todo, un estudio comparativo, en donde se analizan la Convención Americana y Europea y sus órganos de protección. Las fuentes, en gran parte, fueron obtenidas en "la società Italiana per l'Organizzazione Internazionale" de Roma, y el "Istituto di Diritto Internazionale" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma, así como con la valiosa orientación del Prof. Sergio Marchisio, durante el disfrute de la beca otorgada por el Instituto de Cooperación Universitaria (ICU) durante el año académico 1983–1984.

1. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

A través de un proceso evolutivo que ha significado la adopción de diversos instrumentos internacionales, los Estados Americanos han estructurado un sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos en el cual se reconocen y definen con precisión los mismos: se establecen normas de conducta obligatorias para su protección y se crean órganos destinados a su observancia y salvaguarda.

La evolución del sistema normativo termina con la Convención Americana de los Derechos del Hombre, San José, 1969, denominada "Pacto de San José", y su inicio se encuentra en la "Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre", acogidos por la Novena Conferencia Americana de Bogotá, 1948, en donde se adoptó la Carta de la OEA, que proclamó los derechos fundamentales de la persona humana, como principio base de la organización. En esta conferencia fueron adoptadas otras resoluciones, como las referentes a la "Concesión de los Derechos Civiles de la Mujer", así como sobre la "Concesión de la Mujer Trabajadora" y la "Carta Internacional Americana de Garantías Sociales". [1]

Antecedentes de la Declaración Americana, así como de las disposiciones de la Carta de la OEA en sede de derechos humanos, se deben tomar en consideración algunas resoluciones dictadas antes de la Novena Conferencia, tales como la Octava Conferencia Internacional Americana (Lima, Perú, 1938), en donde se incluyeron resoluciones sobre la libertad de Asociación y de expresión de los obreros; "Declaración de Lima a Favor de los Derechos de la Mujer" y la "Declaración en Defensa de los Derechos Humanos".

Otro antecedente lo encontramos en la Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz, realizada en México en 1945, en la Resolución XL titulada "Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre" y que fue determinante para la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, pues en ella los Estados proclamaron su adhesión a los principios establecidos en el Derecho Internacional para su salvaguarda: se pronunciaron así a favor de un sistema de protección internacional, y encargaron al Comité Jurídico Internacional, la redacción de un Proyecto que se sometería a los gobiernos. Este proyecto de Declaración Americana se sometió a la Novena Conferencia y no obstante constituir el primer documento en su género, no tuvo la forma de un acuerdo.

El último antecedente se encuentra en el Preámbulo del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), Rio de Janeiro, 1947, en el que se lee:

1. *Manual de Normas Vigentes en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano*, **OEA, Washington, 193, pp. 6—7. Sobre la evolución del sistema interamericano, véase BUERGHENTAL SHELTON-NORIS, *La Protección de los Derechos Humanos en las Américas*, San José, Juricentro, 1983, pp. 27—62.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

> "La paz se basa en la justicia, en el orden moral, y en el reconocimiento y protección internacional de los derechos y libertades de la persona humana".[2]

La Declaración de Caracas de 1954, con la resolución titulada "Fortalecimiento del Sistema de Protección de los Derechos Humanos" constituye otro documento importante en sede de derechos humanos en el Continente americano.

Es después de cinco años, en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, (Santiago de Chile, 1959), cuando se dictan resoluciones relativas al desarrollo y fortalecimiento del sistema, siendo la más importante, la referente a los derechos humanos. En ella, los Ministros afirmaron que los programas obtenidos en la materia, después de once años de la Declaración Americana, y las ventajas obtenidas en el seno de la ONU y del Consejo de Europa, en la reglamentación y ordenación del sistema, habían preparado el ambiente en el Continente para la celebración de una Convención, ya que consideraron que era

> "indispensable que tales derechos fueran protegidos por un orden jurídico, con el fin de que el hombre, no fuera constreñido a recurrir à la rebelión, contra la tiranía y la opresión".[3]

Con tal finalidad, en la primera parte de la Resolución, se encarga al Consejo Interamericano de Juristas, la elaboración de un Proyecto de Convención, sobre la Creación de una Corte Interamericana para la protección de los derechos humanos, así como de otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos. Es así como en la segunda parte de esta resolución, la Quinta Conferencia crea la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, con la cual se resuelven los problemas, que en esa época encontraban los Estados Americanos por falta de órganos adecuados para la salvaguarda de estos derechos, ya que existían solamente instrumentos declarativos, pero no instrumentos jurídicos, de carácter obligatorio y efectivo. El texto decía:

> "Crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que estará compuesta por 7 miembros, elegidos a título personal de las ternas presentadas por los gobiernos, al Consejo de la Organización de los Estados Americanos. Esta Comisión será la encargada de promover el respeto a tales derechos y será organizada por el consejo mismo, quien indicará sus facultades específicas".

El Consejo de la Organización aprobó el Estatuto de la Comisión el 25 de mayo de 1960 y eligió a los primeros miembros el 25 de enero de 1961. Este Estatuto va a regular la Comisión hasta 1965, fecha de la Segunda Conferencia Interamericana de Rio de Janeiro, que decidió una modificación y ampliación de las funciones y facultades de ese órgano. Incluyó como novedad: la autorización para examinar y obtener información de los estados sobre los derechos humanos, así como el hacer recomendaciones para la observación de los mismos y el deber de aquellos de hacer un reporte anual a la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, así como el agotamiento de los recursos internos de cada Estado, como medida previa a su actuación.

El Protocolo de Buenos Aires de 1967 reforma la Carta de la OEA y la Comisión adquiere la jerarquía de órgano principal de esta Organización. La "Carta" reformada se refiere a la Comisión en dos artículos: 112 y 150. En el primero, la ratificación a nivel constitucional de la creación de la Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos, dejando a la futura Convención el determinar la estructura, competencia y procedimiento. El artículo 150, transitorio, asegura a la Comisión la función de salvaguarda de tales derechos, antes de la entrada en vigor de la Convención.[4]

Es decir, que la creación de la CIDH en América, antes de la redacción de la Convención, constituía un órgano de la OEA con su propia jerarquía. Cuando la Convención Americana de los Derechos Humanos se dicta, dicho órgano se incluirá como un mecanismo de garantía al igual que la Corte Interamericana, prevista en este instrumento.

---

2. Vid. Manual. . .*op. cit.*, p. 9. Sobre el particular, vid Buerghental, *op. cit.*, p. 29.
3. *Op. cit.*, p. 3.
4. Ver BUERGHENTAL, *op. cit.*, pp. 54-55.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

2. LA CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. PACTO DE SAN JOSÉ, 1969

La estructura institucional del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, que hasta aquel momento tenía su base en instrumentos declarativos, experimentó un cambio sustancial, al cumplirse la aspiración adoptada en México, 1945, de precisar tales derechos y deberes correlativos, en una declaración adoptada en la forma de una Convención de los Estados.[5]

De hecho, la adopción de la Convención de 1969, 22 de noviembre, denominada "Pacto de San José", por crearse en San José de Costa Rica, constituye un fortalecimiento al sistema de protección, pues le dará más efectividad a los mecanismos de garantía. Suscrita por 12 Estados americanos, y actualmente ratificada por 17, constituye el mayor instrumento jurídico internacional americano, en sede de derechos humanos.

La Convención, según su primer considerando, tiene la finalidad de "consolidar en América, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. En su primera parte, establece la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidas, y el deber de los mismos de adoptar las disposiciones de derecho interno, que fueran necesarias para hacer efectivo el goce de los mismos. Define los derechos y libertades protegidos, principalmente aquellos civiles y políticos, luego los económicos, sociales y culturales. En su segunda parte, la Convención establece los medios de protección y se refiere a la Comisión Interamericana (CIDH) y a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, a los que declara "órganos competentes" para "conocer del cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados en la Convención", artículo 33 del Pacto, así como la "obligación de suministrar a la Comisión" las informaciones que ella solicite sobre la manera en que su derecho interno asegure la aplicación efectiva de cualquier disposición de esa Convención".

Otra innovación sería, el derecho de recurrir contra los Estados, cuando exista una violación de acuerdo con el artículo 45, ya que tanto el Estado que denuncia, así como aquel contra el que se recurre, tiene como un antecedente necesario el reconocimiento de la competencia de la Comisión, para recibir y examinar las comunicaciones.[6]

3. EL FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA PREVISTA EN EL PACTO DE SAN JOSÉ

Los miembros de la Comisión serán siete, elegidos por escrutinio secreto, a título personal por el Consejo de la Organización de la OEA, de una lista presentada en donde cada miembro de la Comisión debe ser representante de los Estados miembros de la OEA, y serán escogidos por su alta autoridad moral y su competencia reconocida en esta materia. Representan a todos los Estados miembros, actúan a título personal por cuatro años, con la posibilidad de reelección. El artículo 41 de la Convención indica su función al señalar:

> "La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:
>
> a) Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América.

5. Constituye así la culminación de la evolución normativa del sistema al cambiarse la naturaleza jurídica de los instrumentos, ya que la competencia de la CIDH será pactada. Ver BUERGHENTAL, *op. cit.*, p. 49. En el mismo sentido, ver Manual. . .*op. cit.*, p. 11.

6. Según el artículo 45 de la Convención, la aceptación de la competencia de la CIDH, en los recursos de un estado contra otro estado, puede hacerse en el momento de la ratificación, o a posteriori, a través de un documento que se depositará en la Secretaría de la OEA. Hasta ahora, sólo Costa Rica, Jamaica, Honduras, Perú y Venezuela han reconocido tal competencia. Ver Manual. . .*op. cit.*, p. 12.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

b) Formular recomendaciones cuando lo estime conveniente a los gobiernos de los estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos.

c) Preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones.

d) Solicitar de los gobiernos de los estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos.

e) Atender las consultas que por medio de la Secretaría General de la Organización de la OEA, le formulen los estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos les soliciten.

f) Actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 a 51 de la Convención, y

g) Rendir un informe anual a la Asamblea General de la OEA.

Los estados partes deben enviar a la CIDH copia de las relaciones y de los estudios que ellos presenten cada año, dentro del ámbito de la respectiva competencia al Comité Ejecutivo del Consejo Económico y Social Interamericano y del Consejo Interamericano para la Educación la Ciencia y la Cultura, con la finalidad de que se vigile la promoción de los derechos derivados de las normas económicas y sociales y aquellas relativas a la educación, la ciencia y la cultura, contenidas en la Carta de la OEA". (art. 42 de la Convención).[7]

Como sujetos legitimados para recurrir a la Comisión, se señala que cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernativa, reconocida legalmente en uno o más Estados, pueden someter a la Comisión las peticiones que contengan denuncias o hechos relativos a una violación de la misma, efectuadas por un Estado parte (art. 44). Es decir, tanto los sujetos particulares, así como los estados partes pueden recurrir, exigiéndose para el segundo caso, la aceptación de la competencia. Por eso, al momento del depósito del instrumento de ratificación o de adhesión, cada Estado puede declarar el reconocimiento de la competencia de la Comisión, así como recibir y examinar las comunicaciones con las que un Estado parte afirma que otro Estado parte ha violado los derechos humanos sancionados. Por ello se necesita, que se haya declarado la aceptación de la competencia, la que puede hacerse por tiempo indefinido, determinado o para un caso concreto (art. 45).

Con respecto a la admisibilidad de los recursos, es necesario cumplir con las siguientes condiciones, de acuerdo con el artículo 46:

1. Agotamiento de los recursos internos.
2. Que las peticiones o comunicaciones sean presentadas dentro de 6 meses, desde el momento en que el individuo que se presume lesionado en sus derechos tiene conocimiento de la decisión definitiva.
3. Que sobre el objeto de la petición o de la comunicación no haya pendiente otro procedimiento a nivel internacional.

Para que la solicitud sea admitida debe contener:

1. Nombre, ciudadanía, profesión, domicilio, y la firma de la persona o de las personas o del representante legal que presente la relación. Se señalan algunas excepciones al principio, que se enuncian en el artículo 46, al expresarse, que dichos requisitos no se exigirán si:

a) No exista en la legislación interna del Estado de que se trata, el debido proceso legal para que la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados.
b) Que no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna o haya sido impedido agotarlos y
c) Haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

La falta de requisitos en cualquier comunicación establece la no admisibilidad del recurso, es decir, según el artículo 47, la falta de condiciones, que no se indiquen hechos que constituyan violación de derechos humanos, que se trate de peticiones infundadas, o que ésta reproduzca otra petición o comunicación anteriormente examinada por la Comisión, o de otro organismo internacional.

El procedimiento para recurrir ante la Comisión será el establecido en el artículo 48, que

7. *Codici degli Atti Internazionali sui diritti dell'uomo*, VITTA-GREMENTIERE, Milano, Giuffrè, 1981 pp. 997 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

señala en términos generales lo siguiente: Si se reconoce como admisible la petición, la Comisión solicitará información al gobierno del Estado al que pertenece la autoridad a quien se imputa la violación y comunicará a las partes de la instancia. Estas informaciones se presentarán en un lapso de tiempo razonable fijado por la Comisión. Podrá asimismo, declararse la inadmisibilidad o no procedencia de la petición o de la comunicación, sobre la base de informaciones o pruebas aportadas.

Si no se archiva el caso, la Comisión con la finalidad de acertar los hechos, examina las circunstancias y solicita toda la ayuda necesaria a los estados los cuales les procurarán a los estados interesados cualquier información pertinente, y se aceptarán pruebas orales y escritas. Cuando se dieren casos graves y urgentes, la CIDH, podrá realizar una investigación previo consentimiento del Estado, sobre cuyo territorio se considere cometida la violación, solamente se requerirán peticiones o comunicaciones con los requisitos de admisibilidad. Por ende tenemos, que de acuerdo al artículo 49 del Pacto de San José, si existe un arreglo amistoso la Comisión hará una relación que será transmitida a los Estados partes o al Secretario General de la OEA para su publicación. Si por el contrario no se da una solución, la Comisión redactará un informe en el que explicará los hechos y las conclusiones a las que ha llegado, así como las propuestas y recomendaciones que juzgue necesarias. Posteriormente, si el término de tres meses desde la transmisión de la relación a los estados miembros no se haya resuelto o sometido el caso a la CIDH, o por el Estado interesado a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, o la competencia no haya sido aceptada, la Comisión con la mayoría absoluta, podrá adoptar un parecer y sus conclusiones sobre la cuestión.

De acuerdo al artículo 51, segundo párrafo del Pacto de San José, la conclusión del procedimiento será la siguiente:

> "La Comisión hará las adecuadas recomendaciones y establecerá un término dentro del que el Estado deberá adoptar las medidas que le competen para poner remedio a las situaciones consideradas. Después del término establecido, la Comisión decidirá, si el Estado haya adoptado o no las medidas y si no, publicará su informe".[8]

4. LA CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como se ha señalado, otro de los mecanismos de garantía de los Derechos Humanos en el Continente americano, previsto por el Pacto de San José, es la Corte Interamericana de Derechos del Hombre. Como se ha señalado en la evolución histórica del sistema de protección internacional, la Quinta Reunión de Consulta, 1959 encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos, la elaboración de dos tipos de proyectos: uno sobre "derechos humanos" y otro sobre la creación de una "Corte Interamericana de los Derechos Humanos". Así, el Consejo de Jurisconsultos, cumplió su cometido y en su cuarta reunión, en Santiago de Chile, 1959, elaboró un proyecto de Convención, que contenía además de la parte sustantiva, la parte institucional y procesal respecto de tales derechos, incluyendo la creación y funcionamiento de una Corte de Derechos Humanos.

Este proyecto fue luego sometido al conocimiento de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, que, a su vez, acordó enviar el Proyecto al Consejo de la Organización con el encargo de que lo actualizara y completara, previo dictamen de la Comisión de los Derechos Humanos. Esta presentó su dictamen al Consejo, el 10 de abril de 1967, y el 22 de noviembre de 1969 fue adoptada en San José de Costa Rica, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El capítulo VII de la parte II de la Convención crea una Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Asamblea General de la OEA, celebrada en la Paz, Bolivia, el 31 de octubre de 1979, aprobó el Estatuto de la Corte cuyo artículo primero la define como

> "una institución judicial autónoma que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la

8. Vid. Manual. . .*op. cit.*, p. 16.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Convención Americana de Derechos Humanos".[9]

La Corte tiene función jurisdiccional y consultiva. En cuanto a la primera, sólo la Comisión y los estados partes de la Convención que hubieren reconocido la Competencia de la Corte, están autorizados para someter a su decisión un caso relativo a la interpretación o aplicación de la Convención siempre que se hubieren agotado los procedimientos previstos en los artículos 48 y 50 de la misma. En cuanto a la declaración de reconocimiento de competencia, puede ser hecha en forma incondicional para todos los casos, o bajo la condición de reciprocidad, por un tiempo determinado o para casos específicos (artículos 71—73)

En cuanto a su función consultiva, la Convención prevé en el artículo 64 que cualquier Estado miembro de la organización podrá consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Podrá también, a solicitud de cualquier Estado, emitir opinión acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales anteriormente mencionados.

Es de resaltar, la manera como se ha organizado la Corte, de acuerdo con su Estatuto, que la define como una institución judicial y autónoma, cuyo propósito es el de aplicar e interpretar la Convención Americana. Está integrada por siete jueces que son nacionales de los estados miembros de la OEA, elegidos a título personal, y que de acuerdo con el artículo 52 del Pacto de San José, sean "juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos".

El mandato es de 6 años y la elección se lleva a cabo en la Asamblea General de la OEA, en secreto y por mayoría absoluta.[10]

5. LA CONVENCIÓN EUROPEA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE. TRATADO DE ROMA — 4 DE NOVIEMBRE DE 1950

Elaborado en el seno del Consejo de Europa, y firmada el 4 de noviembre de 1950, entra en vigor el 3 de setiembre de 1953. Ratificada por 21 estados miembros del Consejo de Europa, a excepción del Liechtenstein, este instrumento constituye un mecanismo de tutela colectiva, a nivel europeo de algunos de los principios enunciados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, fortalecida por un control jurídico internacional, cuyas decisiones deben ser respetadas por los Estados. Es así como dichos países europeos han transformado principios generales, en un sistema que asegura eficazmente la garantía judicial de tales derechos. Otras regiones del mundo se inspiran en la Convención Europea, que tal vez sea la más conocida de todas las convenciones elaboradas en el Consejo de Europa.[11]

La salvaguarda de los derechos definidos por la Convención está garantizada por dos órganos independientes: Una Comisión y una Corte de los Derechos Humanos, así como de una instancia especial, formada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que es igualmente llamado a intervenir cuando no actúa la Corte. Entre los dos órganos de protección, la Comisión Europea cumple una función de investigación y de concilia-

9. Vid. "Manual. . .", *op. cit.*, p. 16. Al respecto, señala VENTURA Manuel, *Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Revista Judicial, San José, núm. 27, diciembre de 1983, p. 11. "La Corte se instaló el 3 de setiembre de 1979, en el Teatro Nacional de Costa Rica, lugar donde se había suscrito en 1969 la Convención Americana, y desde entonces ha venido funcionando en San José, con un amplio respaldo a sus altas funciones. . .".

10. Vid. BUERGHENTAL, *op. cit.*, pp. 59—62.

11. *El Consejo de Europa* (Objetivos, funcionamiento y actividad) Strasburgo 1978, p. 17. *Ibíd. Consiglio de Europa* (Breve guida), Strasburgo 1983, p. 25.
La influencia de esta Convención se ha advertido no solo en Europa, sino en todos los continentes en donde se ha tratado de garantizar una mejor protección de los derechos humanos. Sirvió de modelo a la Convención Americana. Vid. *La protección de los derechos humanos*, Consejo de Europa, Strasburgo, S.F. p. 3.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ción, y si ninguna solución amistosa se pudiera realizar, dicho órgano formulará un parecer.[12] Durante el desarrollo del procedimiento, la Comisión tiene paralelamente junto a los estados interesados, el derecho de iniciativa para llevar los casos de su conocimiento a la Corte.

En cuanto a la acción, un Estado puede tener una causa contra otro Estado, pero el más frecuente es aquel de una instancia presentada por un individuo o por un grupo de individuos o eventualmente una organización no gubernativa, contra otro Estado de cuya jurisdicción depende. Así las instancias que denuncien violación de la Convención se presentan a la Comisión. Sin embargo, hasta que tales instancias se presenten, es necesario que el Estado en cuestión haya reconocido mediante declaración expresa, el derecho de recurso individual previsto en el artículo 25 de la Convención, que representa una notable innovación en el Derecho Internacional y uno de los aspectos más relevantes del mecanismo judicial instituido por la Convención. A fines de 1981, 16 de los 21 estados europeos, miembros del Consejo de Europa, habían reconocido ese derecho: Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Alemania, Grecia y Suiza.[13]

6. LA COMISIÓN EUROPEA DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU FUNCIONAMIENTO

La Comisión Europea de los Derechos Humanos está compuesta por un número igual de miembros de aquellos Estados miembros que han ratificado la Convención, y es el primer órgano ante quien se puede recurrir. El recurso puede ser dirigido contra un Estado (art. 24 de la Convención Europea) por otro Estado, o por un individuo (art. 23). Es ésta la principal característica de todo el sistema de control: por primera vez el individuo puede actuar en el plazo internacional y denunciar frente a un órgano, la violación de los derechos fundamentales del hombre, perpetrados por un Estado bajo la jurisdicción en la que el individuo se encuentra.[14] Mientras el recurso interestatal es siempre posible, el recurso individual es posible sólo contra los Estados que han aceptado la cláusula facultativa prevista en el artículo 25 de la Convención, que subordina el recurso de "cada persona física, cada organización no gubernativa o grupo de particulares" a la expresa declaración de reconocimiento de la competencia de la Comisión por parte del Estado interesado. La Comisión ejercita la propia competencia con referencia a los recursos individuales desde el 5 de julio de 1955, fecha de entrada en vigor de la cláusula facultativa, después del reconocimiento de la competencia por parte de seis Estados que han ratificado la Convención. Sobre la cláusula facultativa existente en la Convención señala RONZITTI:

> "la exigencia que para la Convención de los Derechos del hombre venga dada plena atracción particularmente a través de la cláusula facultativa concerniente al llamado 'recurso individual' corresponde a un interés conjunto de principios y de convenciones políticas que el gobierno por su parte no puede condividir enteramente, ya que la noción de los derechos del hombre sobre los que se fundamenta la misma, es patrimonio común de la humanidad, de la conciencia civil de nuestro país, sea porque la subsodicha cláusula contiene en sí importantes elementos de supra nacionalidad y su aplicación representa un paso adelante hacia la profunda integración de la colectividad europea, que

12. MONCONDUIT, François, *La Commission Européenne des Droits de L'homme*. A. W. Sijthoff, Leyde, 1965, p. 47 sostiene "Constituye el pilar sobre el que se funda todo el sistema de garantías instituido por la Convención: es la pieza central que dirige la acción de otros órganos, la que confiere la arquitectura de conjunto, dándole originalidad y eficacia".

13. Consejo de Europa, *op. cit.*, p. 18.

14. Sobre el problema del individuo como sujeto de Derecho Internacional. Ver GIULIANO-SCOVAZZI-TREVES, *Derecho Internacional*, Milano, 2da. edición, Vol. I Giuffrè, 1983, pp. 543—53. Sostiene una posición un poco diferente, MORELLI Gaetano, *Nozioni di Diritto Internazionale*, Padova, Cedam, 1967, p. 116.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sería uno de los principales objetivos de la política italiana".[15]

Una vez que el recurso se presenta, la Comisión procede a un examen preliminar sobre la admisibilidad. Este examen es muy importante, dado que no está limitado a elementos de forma, pero se extiende también al mérito del recurso, para determinar si es infundado.

En efecto, la Comisión puede declarar admisible el recurso, es decir, si se cumplen las condiciones siguientes: tanto el recurso individual como interestatal debe ser presentado una vez agotados los recursos internos y dentro de los seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva (art. 26); en segundo lugar, el recurso individual no debe ser anónimo, ni idéntico a otro ya examinado por la Comisión, ni ser presentado ya en otras instancias internacionales; no debe ser incompatible con las disposiciones de la Convención y no debe ser infundado o abusivo (art. 27).

Luego la Comisión delibera sobre la admisibilidad del recurso mediante una decisión motivada e inapelable. Superado ese paso, se abre uno nuevo, en el cual la Comisión examina el caso con el fin de llegar a un arreglo amistoso de la controversia de conformidad con el principio del respeto a los derechos del hombre (arts. 28 y 29).

Se abre así una fase político-judicial, que podría tener una conclusión "política" con la constatación del arreglo amistoso mediante una comunicación a la Comisión, de las partes en conflicto (art. 30); o una conclusión "judicial" cuando la Comisión en su informe, vista la imposibilidad de un arreglo, expone los hechos y expresa su parecer sobre si los hechos constituyen una violación de la Convención por parte del Estado interesado (art. 31).[16] Este informe viene transmitido al Comité de Ministros y comunicado a los estados interesados, pero no al sujeto recurrente, ya que tiene carácter confidencial y viene publicado sólo cuando el caso es llevado a la Corte Europea de Derechos Humanos que reabre el caso, y decide con sentencia de carácter obligatorio y definitivo, o una solución política con la presentación de la controversia al Comité de Ministros del Consejo de Europa.[17] La presentación de la controversia ante la Corte puede ser efectuada dentro de tres meses del informe de la Comisión, por iniciativa de la Comisión misma o de los estados interesados (art. 48), pero está subordinada a la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte por parte del Estado acusado de violación de la Convención (de acuerdo con la segunda cláusula facultativa prevista por el art. 46).

Actualmente, la jurisdicción obligatoria de la Corte ha sido reconocida por 18 estados sobre 20 que han ratificado la Convención, mientras no han aceptado la jurisdicción obligatoria, Malta y Turquía. Se puede hacer notar, que en caso de falta de aceptación de la jurisdicción obligatoria, el caso puede ser diferido ante la Corte con el consentimiento del Estado interesado. Si el caso no es diferido ante la Corte dentro de tres meses desde el informe de la Comisión, la cuestión se somete al Comité de Ministros, el cual le espera decidir con la mayoría de los dos tercios de sus miembros, si ha existido o no una violación de la Convención (art. 32 párr. 1); en el caso en que se constate una violación, el Comité debe indicar las medidas que el Estado interesado debe adoptar para eliminarla (art. 32 párr. 2).

El Comité de Ministros ha constatado violación de la Convención en un gran número de casos individuales, así como en algunos casos interestatales. En 1970, por ejemplo, los Ministros han

---

15. RONZITTI Natalino, *L'accetatazione della Convenzione Europea dei diritt dell'uomo e delle sue clausole, acoltativ da parti degli Stati membri del Consiglio D'Europa,* Rivista di Diritto Internazionale, Vol. L, Fasc. 2 1967, Giuffrè, 1967, p. 366. Sobre el tema, ver SPERDUTTI Giuseppe, *"Sulla presentazione di ricorsi individuali davanti alla Comissione Europea di Diritti Umani.* Rivista di Diritto Internazionale, Vol. LVII, Fasc. 3, 1974, p. 815. POCAR Fausto, *"La trattazione dei ricorsi individuali davanti a la Comissione Europea dei diritt dell'uomo".* Rivista di Diritto Internazionale, Vol. LV, Fasc. 2, 1972, Giuffrè, 1972, p. 223.

16. La jurisprudencia de la Comisión en materia de admisibilidad, es muy importante por su carácter vasto y profundo, ya que de ella salen los principios fundamentales de interpretación de toda la Convención. Es de notar, que hasta el 31 de diciembre de 1979 se declararon admisibles solamente 215 recursos, de 8.826 presentados. Ver, *Codice di atti internazionali. . . op. cit.,* p. 697.
Sobre la fase judicial, se encuentra un amplio tratamiento en VASAK Karel, *Les dimensions internationales des droits de l'homme-Manuel destiné a l'enseignement des droits des l'homme dans les Universités.* París, UNESCO, 1980, pp. 538 y ss.

17. Sobre el role del Comité de Ministros, ver LODIGIANI Giorgio, *La Comissione nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo,* Milano, Giuffrè, 1969, p. 97. *Ibíd.,* VASAK, *op. cit.,* pp. 552—553, MONCONDUIT, *op. cit.,* p. 10.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

decidido que el gobierno griego había contravenido distintos artículos de la Convención. Acatando esta decisión, Grecia se había retirado del Consejo de Europa y había denunciado la Convención Europea de Derechos del Hombre. Posteriormente, este país renovó su ratificación.[18]

7. LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Europea de los Derechos Humanos, que comenzó a operar el 3 de setiembre de 1958 después del reconocimiento de su competencia por parte de ocho Estados, artículo 56, y que está compuesta por un número de jueces igual a aquellos de los estados miembros del Consejo de Europa (art. 58), que en la actualidad son 21, examina el caso ex novo, sin ser vinculada ni siquiera por la admisibilidad del informe de la Comisión.

Ante la Corte pueden comparecer la Comisión y los estados interesados, pero no el individuo recurrente, sin embargo la Comisión toma en cuenta al individuo recurrente frente a la Corte.

El procedimiento ante la Corte se concluye con la emanación de una sentencia obligatoria y definitiva a los que los estados tienen el deber de conformarse y de la que el Comité de Ministros vigila la ejecución (arts. 53—54). Al contrario, si el derecho interno del Estado reconocido como culpable de la violación, no permite la reparación total o parcial del daño, la Corte puede acordar una satisfacción equitativa a la parte lesionada (art. 50). Es relevante indicar que la sentencia de la Corte no tiene una fuerza autónoma ejecutiva en los ordenamientos internos, como sucede por ejemplo en las sentencias de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea.

Cuando se lleva un caso ante la Corte, la Comisión no tiene una función de Ministerio Público, sino que presenta sus conclusiones de manera imparcial y objetiva. El recurrente puede ser citado como testigo en audiencia pública.

Generalmente las causas son confiadas a una Cámara de siete jueces, dentro de los cuales se encuentra el Juez del Estado en causa. Los problemas importantes surgidos por la interpretación de la Convención son conocidos por la Corte en plenario con 21 jueces. La Corte delibera a puerta cerrada, pero la audiencia en general es pública y las sentencias, contra las que no cabe apelación, son siempre públicas.

El recurrente que gane el juicio, puede ser beneficiado con una indemnización, así como el reembolso de los gastos judiciales.[19]

Los gobiernos deben respetar las sentencias pronunciadas contra ellos por la Corte, no obstante que esta última no disponga de un poder coercitivo. Como se ha ya indicado, la ejecución de las sentencias está controlada por el Comité de Ministros, y en caso de la no ejecución, el Estado enjuiciado, puede ser expulsado del Consejo de Europa.

De este procedimiento complejo en el cual tanto la Comisión como la Corte son parte de las garantías que tiene el sujeto en cuanto a sus derechos humanos, se observan algunos aspectos negativos y positivos de la Convención Europea: el dato positivo, es sin duda la consideración del individuo a nivel internacional; el sujeto es por primera vez reconocido titular de derechos a tal nivel y por su tutela puede presentar un recurso delante de un órgano internacional; en segundo lugar, el procedimiento adoptado ofrece amplias garantías de independencia y de imparcialidad, al menos en cuanto se refiere a las fases que se desenvuelven delante de la Comisión y de la Corte. Sin embargo, se encuentra un perfil negativo, que sería el considerar el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por parte de un órgano político cual es el Comité de Ministros del Consejo de Europa, y la imposibilidad para el individuo de ser parte ante la Corte.

Señala Vitta y Grementieri, que dentro de los

---

18. Sobre el funcionamiento del Comité de Ministros, se indica "Los gobiernos deben respetar las sentencias pronunciadas contra ellos por la Corte, no obstante que esta última no disponga de un poder coercitivo. La ejecución de las sentencias está controlada por el Comité de Ministros. En caso de no ejecución, el Estado en causa puede ser expulsado del Consejo de Europa. Cuando un caso no ha sido referido ante la Corte, el Comité decide si se ha producido violación de la Convención y si sus decisiones no tienen apelación, y en este caso el deber de los Estados de reconocer el carácter obligatorio. Vid. El Consejo de Europa, *op. cit.*, p. 30.

19. Consejo de Europa, *op. cit.*, pp. 26—30; VITTA-GREMENTIERI, Atti internazionali. . .*op. cit.*, p. 699.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

aspectos positivos instituidos por la Convención se encuentran algunos aspectos prácticos alcanzados, por ejemplo la modificación del Código Penal Austriaco, frente al caso Pataki-Dunshirn; a la nueva legislación escolástica Belga con relación a los casos lingüísticos; a las denuncias por violación perpetrada por la dictadura instaurada en Grecia, con el golpe de estado de abril de 1967. Además, en los últimos años, el *rol* de la Corte Europea se ha convertido en más relevante, con la emanación de un número creciente de sentencias, que sancionan, siempre sin titubeos, las violaciones de los derechos y libertades garantizados por la Convención Europea de Derechos Humanos.[20]

8. COMPARACIÓN DE LAS DOS CONVENCIONES CON REFERENCIA A LA COMISIÓN Y A LA CORTE DE DERECHOS HUMANOS

Debe hacerse notar sobre todo que las dos Convenciones tienen carácter regional y han sido concebidas como acuerdos internacionales, bajo la forma de una convención, jurídicamente obligatorios y no como meras declaraciones con valor moral o persuasivo. Ambas prevén algunas situaciones distintas cuando se trata de la acción, de las instancias, de la resolución de las controversias, así como en su interpretación y la manera de asegurar su cumplimiento.

La Convención Americana contempla 26 derechos y libertades, de los cuales 18 figuran también en la Convención Europea y sus protocolos adicionales. Mientras que 8 derechos sólo figuran en la Convención Americana: el reconocimiento de la personalidad jurídica; la indemnización por errores judiciales; derecho de rectificación y de respuesta en caso de acusaciones difamatorias, y el derecho al nombre, a la nacionalidad, a la igualdad delante de la ley, al asilo, a la protección de los menores. En la Convención Europea, se protege el derecho a la educación, que no ha sido incorporado en la Americana.

En cuanto a los órganos previstos en las dos Convenciones, son similares, sea en cuanto a su nombre, sea en cuanto a la competencia. Se trata de una Comisión (Americana y Europea) de los derechos humanos y una Corte. La composición de tales órganos es sin embargo distinta. La Comisión Europea está compuesta de un número de miembros iguales a aquellos estados partes en la Convención (actualmente 21), mientras, que la Americana prevé una comisión de siete miembros y la Corte, de siete jueces. La Corte Europea será compuesta por un número de jueces igual a aquel de los estados miembros del Consejo de Europa.

Los recursos, tanto ante la Comisión Europea, como ante la Comisión Americana, pueden ser alegados sea por un Estado parte en la Convención, sea por un individuo. Los recursos individuales son admitidos por la Convención Europea sólo con relación a los Estados que hayan aceptado la cláusula facultativa del artículo 25 de tal Convención, mientras que en el Pacto de San José, artículo 44 permite los recursos individuales contra todos los Estados miembros y partes en la misma, sin que sea necesaria la aceptación por parte de ellos. Es esta una de las diferencias mayores entre ambos instrumentos.[21]

Al contrario, en cuanto a los recursos frente a la Comisión de un Estado parte en la Convención, contra otro Estado, también parte en la Convención, se tiene una situación diversa: la Europea admite sin ninguna limitación, mientras que la Comisión Americana, contempla recursos de tal tipo, sólo frente a Estados que hayan aceptado la cláusula facultativa del artículo 45 del Pacto de San José.

Sobre la admisibilidad de los recursos, en las dos Convenciones se encuentran análogas limitaciones, tanto a nivel individual como de Estados: previo agotamiento de los recursos internos, necesidad de que el recurso sea diferente a otro ya examinado y que no constituya objeto de otro, pendiente en instancia internacional, así como que no se trate de recursos anónimos o sin fundamento

20. VITTA-GREMENTIERI, Atti internazionali. . ., *op. cit.*, p. 700.

21. Señala CURTI-GIALDINO, *op. cit.*, p. 31 que esta inversión con relación al Tratado de Roma se puede explicar con referencia a la experiencia europea, que ha tenido un escaso número de recursos estatales, frente a gran cantidad de recursos individuales.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(arts. 26 y 27 de la Convención Europea y 46–47 de la Americana). No obstante lo anterior, el Pacto de San José atenúa la regla del agotamiento de los recursos internos, disponiendo en el artículo 46 que el recurso sea admisible, en ausencia de los requisitos, si en el Estado en cuestión no se haya previsto un procedimiento judicial para la protección del derecho de que se trata, o si para el interesado haya sido negada la posibilidad de recurrir, o si existiese un retardo injustificado en las decisiones de las instancias recurridas. Encontramos además otras diferencias: la Comisión Europea, cuando no haya podido lograr un acuerdo amistoso de la controversia, puede enviar su informe al Comité de Ministros del Consejo de Europa, que decidirá las medidas a adoptar. Por el contrario, la Comisión Americana, se limita a transmitir el informe a los Estados interesados y a formular propuestas para la solución de la controversia (art. 50); si ésta es todavía insoluta, después de tres meses, la Comisión puede hacer nuevas propuestas, fijando un nuevo término, y al expirar éste, lo que hace es decidir por mayoría absoluta si el Estado de que se trata ha adoptado o no las medidas apropiadas y si el informe debe ser publicado (art. 51). Este mecanismo atenúa el elemento de presión política para la ejecución de las decisiones de la Comisión que en la Convención Europea deriva de la posibilidad de una intervención del Comité de Ministros, que sustituiría a otro órgano de garantía introducido por la Convención.

Indica Curti-Gialdino que es muy diferente la actividad de la Comisión Americana en la fase sucesiva a la instructora, ya que en el caso que no se encuentre una solución de conciliación, se prevé que la Comisión escriba un informe en el cual se hayan constatado los hechos y las conclusiones que debe transmitir a los Estados interesados, unidos a las propuestas y recomendaciones. Es así que la posibilidad de llegar a una solución del pleito, a menos que no se realice un arreglo amigable, o que se presente el caso a la Corte Americana de los derechos humanos. Falta así, la otra posibilidad de solución alternativa, respecto a la jurisdiccional, que sí la ofrece el Tratado de Roma, o sea la decisión a un órgano de naturaleza política, que sería el Comité de Ministros de Relaciones Exteriores.[22]

En cuanto a la Corte, tanto Europea como Americana, encontramos notables analogías, sobre en cuanto al punto de la investidura: ambas conocen de un caso, después de que ha sido agotado el procedimiento delante de la Comisión. En segundo lugar, en cuanto a los individuos, no tiene directo acceso a alguna de las dos Cortes, pues sólo los Estados partes en la Convención, así como la Comisión puede actuar ante ella. También solo los estados que hayan suscrito la cláusula facultativa para tal efecto (art. 46 de la Convención Europea y art. 62 de la Americana), o que acepten la jurisdicción de la Corte para un caso concreto. En cuanto a las sentencias de las dos Cortes, se da la obligatoriedad en ambas, pero es de notar que el Comité de Ministros del Consejo de Europa entiende la ejecución de las sentencias de la Corte, mientras que no existe una garantía análoga para las sentencias de la Corte Americana.

Las dos Cortes emanan pareceres consultivos, y mientras la Corte Europea puede rendir pareceres sólo lo que se refiere a la interpretación de la Convención Europea de los Derechos Humanos, la Corte Americana tiene poderes más amplios: puede en efecto ante la demanda de un Estado parte en la Convención y de cualquier órgano de la OEA expresar su parecer acerca de la interpretación de todos los tratados interamericanos referentes a la protección de los derechos humanos (art. 64). También ésta, constituye una disposición interesante, al afirmarse que puede consultar la compatibilidad de cualquier ley interna de un Estado con la Convención y con otros tratados interamericanos relativos a los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

ASOCIACIÓN COSTARRICENSE PRO NACIONES UNIDAS, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos,* San José, Juricentro, 1979.

BUERGHENTAL Thomas; NORRIS Robert; SHELTON Dinah, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en las Américas,* San José, Juricentro, 1983.

CODICE DEGLI ATTI INTERNAZIONALI SUI

22. CURTI-GIALDINO, *op. cit.*, p. 31. *Ibíd.*, SPERDUTI, Giuseppe, *Voce Diritti Umani*, Enciclopedia del Diritto. Giuffrè, tomo XII, 1964, p. 819.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

DIRITTI DELL'UOMO a cura di De Vita-Grementieri, Milano, Giuffrè, 1981.

Consiglio d'Europa, *La Protezione dei diritti dell'uomo in Europa,* Strasburgo, s.d.

CURTI-GIALDINO, Agostino, *Los sistemas de garantía en los convenios generales sobre derechos humanos;* Revista Judicial 22, año VI, julio, 1982.

DIRITTI DELL'UOMO E SOCIETA INTERNAZIONALE, *Dispensa di studio,* SIOI, Roma, s.d.

DIRITTI DELL'UOMO E ISTITUZIONI COMMUNITARIE, Roma, SIOI, 1981.

EDUCARE AI DIRITTI DELL'UOMO, Roma, SIOI, 1982.

EUROPA I DIRITTI UMANI, a cura di CASADIO Franco e BELLAMDO Alfonso, EDA, Torino, 1981.

FANARA, E. *I diritti dell'uomo da Helsinski a Belgrado* Milano, Giuffrè. 1981.

IL CONSIGLIO D'EUROPA (obbiettivi-funzionamento-attività) Sarasburgo, 1979.

IL CONSIGLIO D'EUROPA (Breve-guida), Strasburgo, 1983.

LA PROTEZIONE INTERNAZIONALE dei diritti dell'uomo SIOI, Roma, 1978.

LODIGIANI, Giorgio, LA COMISSIONE HELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, Milano, Giuffrè, 1969.

MANUAL DE NORMAS VIGENTES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO, OEA, Washington, 1983.

MONCONDUIT, François, LA COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, A. W. SIJTHOFF, Leyde, 1965.

MORA ROJAS Fernando, DERECHOS HUMANOS, ASPECTOS PRÁCTICOS DE SU DEFENSA INTERNACIONAL, Ed. Universidad de Costa Rica, San Pedro, 1982.

POCAR, Fausto, LA TRATAZIONE DEI RICORSI RICEVIBILI DAVANTI ALLA COMMISSIONE EUROPEA DEL DIRITTI DELL'UOMO, Rivista di Diritto Internazionale, vol. IV, Fásc. 2, 1972, Milano Giuffrè.

RONZITTI, Natalino, L'ACCETAZIONE DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEL DIRITTI DELL'UOMO E DELLE SUE CLAUSUL FACULTATIVE DEGLI STATI MEMBRI DEL CONSIGLIO D'EUROPA,Rivista di Diritto Internazionale, vol. I, Fásc. 2, Milano Giuffrè 1967.

SPERDUTTI, Giussepe, voce DIRITTI UMANI, Enciclopedia del diritto, tomo XII, Milano, Giuffrè, 1964.

SPERDUTTI, Giussepe, *Sulla presentazione di ricorsi individuali davanti alla Commissione Europea dei Diritti umani,* Rivista di Diritto Internazionale, vol. LVII, Fásc. 3, 1974.

VASAK, Karel, *Les dimensions internationales des droits de l'homme-Manuel destiné a l'enseignement des droits de l'homme dans les universités,* UNESCO, París, 1980.

VENTURA, Manuel, *Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Revista Judicial 27, año VIII, Corte Suprema de Justicia, San José, 1982.

VITTA-Grementieri, *Codice degli Atto Internazionali sui diritti dell'uomo,* Milano, Giuffrè, 1981, pp. 997 y ss.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO Y LOS PAÍSES SUBDESARROLLADOS

LICDA. MARTA ODIO BENITO

INTRODUCCIÓN

"SI VIS PACEM, COLE JUSTITIAM"
"SI QUIERES PAZ, CULTIVA LA JUSTICIA".

Reza así la inscripción impresa en el pergamino inserto en la piedra fundamental del edificio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que tiene su sede en Ginebra, Suiza.

Este mensaje sintetiza e inspira las actividades de esta singular organización, tal y como se desprende de la frase inicial del Preámbulo de su Carta constitutiva que a la letra dice:

". . .Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social. . .".

Esta organización internacional, desde su creación en 1919 (que en el presente cuenta con el concurso de 150 Estados Miembros de la comunidad internacional), se ha dado a la tarea de conformar una reglamentación en materia de trabajo, con miras a lograr sus loables fines de "paz universal y justicia social".[1]

I. MARCO DE REFERENCIA

Estructura de la Organización Internacional del Trabajo.

La Organización Internacional del Trabajo se compone de los siguientes órganos:

a) La Conferencia General;
b) El Consejo de Administración y
c) La Oficina Internacional del Trabajo.

a) La Conferencia General.

La Conferencia está compuesta por los representantes de los miembros de este foro internacional, que tiene la particularidad de su estructura tripartita, lo cual significa que lo conforman representantes gubernamentales, empleadores y trabajadores.

El artículo tercero de la Constitución establece que la Conferencia se reunirá cada vez que sea necesario y por lo menos una vez al año en la sede de la Organización.

Dispone además la composición de la delegación de cada país miembro de la siguiente manera: dos representantes gubernamentales, uno del sector empleador y uno del sector trabajador.

La Conferencia es el órgano supremo de la Organización; entre las funciones más relevantes de su gestión conviene señalar;

— definición de la política social internacional, mediante la elaboración y adopción de convenios y recomendaciones que van a constituir la jurisprudencia laboral interna-

1. El dato sobre el número de Estados Miembros de la Organización, fue suministrado por la Oficina Regional con sede en San José, Costa Rica, el 30 de junio de 1983.
Es la OIT la organización internacional que a la fecha agrupa al mayor número de países de la comunidad mundial.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

cional que regirá el comportamiento de los Estados miembros en esta materia.
- Además tiene a su cargo velar por la aplicación de dicha reglamentación a través de los procedimientos adoptados para tales efectos.

b) El Consejo de Administración.

Este órgano está constituido por 56 personas, representantes de las tres categorías de sujetos, distribuidas de la siguiente manera; según disposición constitucional (artículo 2):

- veintiocho representantes de los gobiernos,
- catorce representantes de los empleadores y
- catorce representantes de los trabajadores.

Cabe hacer notar que de los 28 representantes gubernamentales, 10 son nacionales de los miembros de mayor importancia industrial y los 18 restantes son elegidos por los delegados gubernamentales asistentes a la Conferencia.[2]

Es al Consejo de Administración a quien le corresponde decidir sobre la importancia industrial de los Estados miembros para ocupar los diez puestos mencionados.

Este órgano tiene bajo su responsabilidad:
- la organización de las actividades que programe la Organización;
- determinar el orden del día de la Conferencia (quien será la que en última instancia decida sobre su agenda);
- determinar la política de cooperación técnica de la Organización;
- examinar el proyecto de presupuesto y
- elegir al Director de la Oficina, entre otras funciones.

Como puede apreciarse, el papel del Consejo de Administración es de suma relevancia en el seno de la Organización.

c) Oficina Internacional del Trabajo.

Este órgano es la Secretaría permanente de la Organización Internacional; opera bajo la dirección del Director General, a quien le corresponde atender las instrucciones que le dicta el Consejo de Administración y además fungir como Secretario General en las reuniones de la Conferencia.

II. DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

Objetivos:

1. Las normas internacionales tienen el propósito de contribuir a la definición de políticas sociales coherentes que aseguren un desarrollo equilibrado entre los pueblos y
2. Establecer una reglamentación técnica precisa.

Fuentes:

Entre las fuentes principales del Derecho Internacional del Trabajo, conviene mencionar las siguientes:

- Constitución de la OIT;
- convenios y
- recomendaciones.

La Carta constitutiva de la Organización ha dado origen a normas fundamentales, que se derivan de los principios generales en ella contenidos y que han producido efectos jurídicos importantes, como por ejemplo: los relativos a la libertad sindical y a la no discriminación en el empleo.

Convenios y recomendaciones:[3]

Estos dos instrumentos son considerados como las fuentes principales del Derecho Internacional del Trabajo.

Los convenios tienen la característica de crear obligaciones a los Estados que los ratifican, mientras que las recomendaciones carecen de esta fuerza vinculante. Sin embargo, las recomendaciones tienen como finalidad servirle a los gobiernos para que estos orienten su acción (función que cumplen también los convenios no ratificados); es decir, son fuente inspiradora del derecho interno; algunos de

---

2. Este señalamiento sobre el número de miembros representantes de los países de mayor desarrollo industrial, obedece a que llama la atención que en este órgano de esencial importancia, se le asigna una cuota de representatividad relativamente elevada a los países de reconocido desarrollo. ¿Es este un signo que afecta el principio de igualdad de posibilidades de los miembros de la Organización?

3. Fuente: OIT regional, S.J., C.R., 30 de junio de 1983. A la fecha se habían aprobado 159 convenios y 168 recomendaciones, sin numerar aún dos recomendaciones y un convenio, aprobados en la Conferencia número 69 de 1983.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ellos precisan las disposiciones generales enunciadas en los convenios.

Al conjunto de normas adoptadas en el marco de la Organización se le conoce con el nombre de "Código Internacional del Trabajo" (a pesar de carecer de la fuerza vinculante que caracteriza al Código), pues constituye una sistematización de normas de trabajo dictadas por una organización que abriga a la mayor parte de los países que integran la comunidad mundial de naciones.

Existen otras fuentes de normas de alcance más restringido, emanadas de resoluciones de comisiones técnicas de expertos y de conferencias internacionales (vg. Comisión de Industria y Marítima).

En el ámbito regional también se celebran reuniones para tratar asuntos específicos del área en el campo laboral y de cuyos informes y resoluciones emanan normas del trabajo.

La Organización ha ideado e implementado un sistema de control para supervisar la aplicación de las normas, que reviste especial interés, sin embargo no se detallará por sobrepasar a las pretensiones de este estudio.

Para una aproximación al tratamiento del tema —objeto de estudio del presente trabajo—, conviene indicar que se abordará sobre la base de dos presupuestos o interrogantes que guardan una íntima interrelación, pero que para efectos de ordenar la exposición se procedió a separar:

a) Dada la heterogeneidad de los pueblos en cuanto a: procesos históricos; niveles de desarrollo económico y social; diferencias culturales; climatológicas; topográficas; además de las ideológicas que guían el curso de su historia, las normas internacionales ¿conviene que sean de carácter universal o regional?

b) ¿Tienen las normas laborales internacionales la flexibilidad que se requiere para que puedan ser aplicadas en la pluralidad de realidades que ofrecen los países miembros de la Organización?

Presupuesto a):

Después de la Segunda Guerra mundial, el tema de la vocación de la normativa de trabajo, empezó a ser motivo de preocupación en el seno de la Organización y en otros foros internacionales, debido a la concurrencia de dos fenómenos:

1. La toma de conciencia de la heterogeneidad de los países miembros de la Organización que comienza a acentuarse a partir de 1960, cuando numerosos países de los continentes africano y asiático interrumpen el escenario de la historia como naciones independientes y

2. La proliferación de organizaciones regionales (especialmente en Europa) que comienzan a preocuparse por los asuntos relativos al trabajo, estableciendo normas para la regulación de esta materia.

Es importante destacar que el tratamiento del problema puede situarse en dos planos de discusión:

— al interior de la Organización y

— fuera del marco de la misma.

En este segundo plano se distinguen dos posiciones o tesis: una que aboga porque las normas internacionales del trabajo conserven su vocación universal y la contrapuesta que estima la necesidad de regionalizar la competencia de la legislación laboral.

Como se señala líneas arriba, la Organización en el curso de su historia ha mostrado preocupación por el problema que se describe, reconociendo la diversidad de realidades: políticas, ideológicas, económicas, sociológicas y psicológicas que distinguen a los países miembros, e intentando soluciones para atender a estas diferencias dentro del marco de la universalidad que propone.

En su Carta constitutiva, el artículo 19, párrafo tercero, en atención a esta situación que provoca a su vez disímiles condiciones de trabajo, propone que en la elaboración de normas de aplicación general, la Conferencia deberá tomarlas en cuenta y proponer cláusulas que procuren contemplar estas particularidades.

La disposición en referencia a la letra dice:

> "Artículo 18, párrafo 3. Al elaborar cualquier convenio o recomendación general, la Conferencia deberá tener en cuenta aquellos países donde el clima, el desarrollo incompleto de la organización industrial u otras circunstancias particulares hagan esencialmente diferentes las condiciones de trabajo, y deberá proponer las modificaciones que considere necesarias de acuerdo con las condiciones peculiares de dichos países. . .".

Se estima importante mencionar algunos de los principales argumentos que se han expuesto para justificar el carácter universal y regional de la normativa de trabajo, sin pretensiones de agotarlos en su totalidad.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Tesis en pro de la universalidad:

Esta tesis la sustenta la Organización internacional, quien no acepta ceder su competencia rectora como órgano legislativo a las instancias regionales, no obstante reconocer la importancia de estos organismos en el establecimiento de normas **complementarias** de las emanadas de la Organización; es decir, acepta las normas regionales en tanto están inspiradas en las que ella ha aprobado (siempre y cuando no sean contradictorias y respeten la autoridad de la Organización).

La anterior convicción acerca de la supremacía de la Organización Internacional, tiene su fundamento en "la universalidad de la condición humana" y el reconocimiento de la igualdad de derechos del hombre, que exigen un tratamiento igualitario y justo.

Consciente la Organización de la diferencia entre los países y reconociendo prioritaria importancia a las diferencias que separan a los países cuya estructura económica descansa en la producción de bienes industriales o de capital, de aquellos que tienen una estructura de producción agrícola (productos primarios), conceptualizados como países desarrollados y países en vías de desarrollo o subdesarrollados respectivamente, ha hecho encomiables esfuerzos en su lucha contra este mal endémico que es el subdesarrollo.

Empero, la Organización no admite que esta desigualdad de condiciones entre los países de mayor desarrollo industrial y los subdesarrollados, constituya un obstáculo para la dimensión de la norma universal, aunque reconoce que la aplicación de alguna de ellas ofrece dificultades en particular para los países de la segunda categoría.

Así también esta limitación —afirma la Organización—, puede convertirse en una preocupación que estimule a estos países en el logro de las condiciones que posibiliten la aplicación de la norma.

Avala además la Organización el temor expresado en una Conferencia regional africana, cuando un representante señaló el riesgo que una regionalización podría llevar a la adopción de normas de alcance muy restringido, para adecuarse a la situación de subdesarrollo de la región y como consecuencia se dictarían normas de inferior calidad para hombres de menor categoría.[4]

La Organización rechaza el argumento de que el control de aplicación de la norma es más efectivo en el organismo regional que en su seno, por cuanto en el curso de su historia, la Organización ha venido ideando e instrumentando mecanismos de control de reconocida efectividad, los que son sometidos a una revisión permanente que garantizan los propósitos que se persiguen.

Por el contrario, señala que el control regional es susceptible de ser afectado por influencias ajenas que arriesgarían la imparcialidad e independencia que exigen estos procedimientos.

La Organización reitera su convicción en los principios y enunciados en el párrafo V de la Declaración de Filadelfia de 1945, ratificada por la Conferencia y que se refieren a la viabilidad de la normativa universal (no obstante las diferencias entre los pueblos que deben ser tomadas en cuenta y en consecuencia adoptar reglamentaciones flexibles).

Otro criterio importante que opone la OIT, es el que se refiere a la estructura del organismo regional que carece de la representación tripartita, pues éste en su composición sólo integra delegados gubernamentales. Concluyendo: La OIT no se opone a la adopción de normas regionales, siempre y cuando se dicten obedeciendo a los cánones por ella establecidos y respetando la subordinación jurídica a su competencia rectora.

El artículo 38 de la Constitución de la OIT, le otorga una base constitucional a las reuniones de las conferencias regionales y dice así:

> ". . .La Organización Internacional del Trabajo podrá convocar las conferencias regionales y establecer los organismos regionales que considere convenientes para la consecución de los fines y objetivos de la Organización".
>
> 2. Las facultades, funciones y procedimientos de las conferencias regionales se regirán por reglas establecidas por el Consejo de Administración y sometidas a la Conferencia para su confirmación.

Tesis en pro de la regionalización de la norma:

Los autores coinciden en el reconocimiento de la competencia de la Organización universal; sin embargo defienden que el grado de homogeneidad de los países que conforman una región, favorece para la adopción de una legislación más apropiada a cada realidad.

La anterior afirmación la justifican los defensores de esta tesis, alegando que los países más débiles económicamente, carecen de la capacidad suficiente para incorporar en sus sistemas jurídicos,

4. **Informe de la Tercera Comisión Consultiva Africana, Dakar, octubre de 1967.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

derechos sociales de alto costo; en tanto que la legislación regional propondría normas de mayor viabilidad.

Argumentan además que podrían ser "acciones pilotos", que contribuirían al desarrollo progresivo del Derecho Internacional Laboral. Así por ejemplo, los países con mayor capacidad para incorporar las nuevas disposiciones normativas, al adaptarlas a su derecho interno, acumularían una experiencia que serviría de referencia para una acción normativa universal.

Señalan que los países subdesarrollados frente a la norma universal, o bien acuerdan someterse a ella, pero no respetan el compromiso que suscriben; o bien no ratifican el convenio, de manera que en ninguno de los dos casos se produce el efecto que se persigue de mejorar la condición laboral del trabajador.

Por el contrario —afirma la tesis—, la norma regional de pretensiones más modestas quizás, pero acorde con la realidad particular y por lo tanto, es susceptible de una aplicación más efectiva, con la pretensión de ir ampliando el alcance original en etapas subsiguientes.

Opinan que la estructura regional ofrece mejores posibilidades de seguimiento o control de la normativa, por cuanto es menor el número de países que integran la región; situación ventajosa que le permite crear un eficiente sistema de control para garantizar el cumplimiento de la reglamentación.

Presupuesto b): Flexibilidad de las normas:

El procedimiento que utiliza la Organización para la adopción de la norma, sea bajo la forma de recomendación o de convenio, tiene como propósito fundamental recoger información sobre normas y procedimientos administrativos y sobre los puntos de vista respectivos de cada país sobre la materia de que se trate.

Suscintamente puede decirse que este procedimiento se inicia con la recolección de información que se solicita a cada gobierno y concluye luego de ser analizada en dos períodos de sesiones consecutivos de la Conferencia para culminar con la adopción del instrumento.

La participación de los distintos sectores que conforman la organización a lo largo de todo el proceso que concluye con la adopción de la norma, permite dotar a ésta de la flexibilidad que se requiere para poder ser aplicada en realidades socio-económicas diversas. Ahora bien, no puede perderse de vista que un alto grado de flexibilidad de la norma, implica necesariamente un alto grado de generalidad y a mayor generalidad mayor vaguedad y menor precisión.

La posibilidad entonces de dictar normas cuya flexibilidad permita su aplicación en realidades socio-económicas tan disímiles, como pueden serlo la de un país de mayor desarrollo y un país de ínfimo desarrollo, va a depender del carácter muy general que se le imprima a la norma y ello termina por no obligar a nadie en el afán de cubrirlos a todos.

La idea precedente se complementa con el análisis anterior sobre la reglamentación técnica precisa y la conveniencia de que este tipo de normas emanen más bien de organismos regionales.

III. CONSIDERACIONES FINALES

De los objetivos que pretende lograr la norma laboral internacional se desprenden las siguientes consideraciones:

a) La normativa de carácter universal que crea la Organización Internacional del Trabajo, contribuye sin discusión alguna a la elaboración de una política internacional dirigida hacia el desarrollo equilibrado de los pueblos; aunque su pretensión se mantenga como un ideal de muy largo o distante alcance.

El Convenio número 100, relativo a "la remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor" (en vigencia desde el 23 de mayo de 1953), es un buen ejemplo de lo anotado, ya que implica el reconocimiento del principio de la no discriminación en el empleo, postulado que siempre debe inspirar a toda política social y el que debe incorporar todo ordenamiento jurídico que interprete la voluntad de un pueblo.

El Convenio número 98, relativo "a la aplicación de los principios del derecho de sindicalización y de negociación colectiva" (en vigencia desde el 18 de julio de 1951), también ilustra este objetivo de la norma universal que se intenta remarcar.

b) Las normas internacionales que recogen

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

principios de validez universal, se tornan más efectivas si emanan de una organización con dimensión universal, con capacidad y competencia para emitir instrumentos jurídicos de esa naturaleza.

c) En cuanto al segundo objetivo de la norma que se dirige a la creación de una reglamentación técnica precisa, da la impresión que puede cumplirse mejor si la norma emana de un organismo regional, pues éste está en mejor posibilidad para recoger más fielmente la realidad de la región.

Cuando se pretende dictar una reglamentación de este tipo, debe tomarse en cuenta tanto la realidad de un país altamente industrializado como la de otro de menor desarrollo.

La Recomendación número 128 "sobre el peso máximo de la carga que puede ser transportada por un trabajador", revelan la necesidad de considerar las diversas realidades en aras de la factibilidad de la aplicación de la norma.

El apartado V, párrafo 11 de esta Recomendación dispone:

> ". . .Para limitar o facilitar el transporte manual de carga, deberían utilizarse, en la máxima medida que sea posible, *medios técnicos apropiados. . .*"

El apartado VI, párrafo 13:

> ". . .Para la aplicación de esta sección de la Recomendación, los miembros deberían tener en cuenta:
>
> **a) las características fisiológicas de los trabajadores, la naturaleza del trabajo y las condiciones del medio en que éste se efectúa;**
>
> **b) cualquier otra condición que pueda influir en la higiene y seguridad de los trabajadores. . .**"

Se han subrayado las precisiones de la norma, para remarcar que estas pretensiones de indiscutible validez, escapan lamentablemente a las posibilidades de un importante grupo de países.

La Recomendación 140 "sobre el aire acondicionado en el alojamiento de la tripulación y en otros espacios a bordo", es otro de los ejemplos que al igual que los anteriores han sido tomados al azar para reforzar la consideración precedente.

Existen como puede apreciarse por las citas anteriores, recomendaciones de carácter técnico que son de aplicación para países desarrollados.

La eficacia práctica de la reglamentación técnica y su vigencia real están en relación con la condición propia de cada región o subregión.

Esta misma observación es aplicable a los convenios que regulan aspectos técnicos. Haciendo referencia al caso de Costa Rica, y tomando como ejemplo el Convenio número 129 "relativo a la inspección del trabajo en la agricultura", se puede observar que esa efectividad que tiene la normativa del Convenio es de relativa efectividad por las siguientes razones:

- es claro que en un país eminentemente agrícola, las reglas contenidas en este convenio, deberían ser de aplicación cotidiana, empero la carencia de recursos económicos y humanos nos enfrenta a la realidad de un cuerpo de inspectores que ni siquiera pueden cubrir los centros urbanos de trabajo.
- Adicionalmente este tipo de convenios al ser ratificados no se acompañan de las necesarias reformas procesales, lo que implica que en el hipotético caso en que una denuncia se tramitara en los tribunales, la sentencia sería de carácter meramente simbólica y el infractor continuaría violando la norma.

Para concluir esta aproximación al estudio de la temática sobre la universalidad o regionalidad de las normas laborales internacionales se propone lo siguiente:

a) Que la organización universal se ocupe de elaboración de normas que definan políticas sociales que busquen cultivar la justicia y hacer posible la paz entre los pueblos.

b) En tanto que las organizaciones regionales se ocupen de elaborar las reglas técnicas precisas y propias de las realidades de cada región.

La anterior propuesta en modo alguno implica establecer instancias regionales descoordinadas de la organización mundial, pues es a ésta a quien siempre le corresponderá vigilar y perfeccionar los mecanismos para la vigencia plena de las normas internacionales del trabajo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

BIBLIOGRAFÍA

PHILLIP (Christian), *"Normes Internacionales du travail: Universalisme ou Regionalisme, Organisarion Internationale et Relations Internationales"*, Bruylant, Bruxelles, 1978.

VALTICOS (Nicolás), *"Derecho Internacional del Trabajo"*, Editorial Tecnos, Madrid, 1977.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *"Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y Reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo"*, 1982.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Recopilación de *"Convenios y Recomendaciones"*, 1919-1982.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

NOTAS CRIMINOLÓGICAS SOBRE EL DELITO CONTRA LA NATURALEZA Y EL MEDIO AMBIENTE

BR. FERNANDO COTO MARTÉN.

El presente trabajo se sitúa dentro de las nuevas corrientes criminológicas que han señalado en donde está precisamente el problema de la llamada "Criminalización de Comportamientos". El estudio de las tendencias de la delincuencia nos remite a un nuevo género de hechos ilícito-punibles o sea, la de los delitos contra la naturaleza y el medio ambiente que se apartan de los moldes clásicos o convencionales y se ubican en lo que se usa denominar las nuevas dimensiones de la criminalidad en el contexto del desarrollo de nuestras sociedades.

Mientras para algunos autores la criminalidad es un dato cultural, otros recalcan su naturaleza socio-política, con lo que queda claro su ser cambiante a través del tiempo y el espacio. La preponderancia "de algunos tipos de situación socialmente negativa"[1] sobre otros que lesionan y ponen en peligro un mismo bien jurídico, por ejemplo los bienes de la vida y la calidad de la misma, propicia que se queden en la penumbra determinados comportamientos, acciones sociales o situaciones de hecho que no son percibidos pese al gran daño social, la victimización colectiva y la perturbación que producen. La adopción del enfoque holístico de sistemas complejos persigue integrar la dimensión del ecosistema en un Código de la Naturaleza y el Medio Ambiente, cuestión que ya fue presentada como conclusión del primer Simposio de Contaminación Ambiental y su impacto en el hombre, en setiembre de 1980.

La falta de eficacia de los sistemas penales para asegurar la tutela de ciertos bienes jurídicos de singular importancia para la vigencia de los derechos humanos, produjo la acuñación dentro del gremio de los criminólogos de la expresión "delitos de cuello blanco". Más tarde los delitos ecológicos fueron considerados bajo la órbita del abuso del poder económico, y del poder político y de la corrupción de funcionario. Pero es el criminólogo venezolano Tulio Chiossone quien lo señala con propiedad como "delitos de cuello verde" que se diferencia de los de cuello blanco propiamente dicho en que su autor no pertenece necesariamente a una clase privilegiada por su posición social, sus vinculaciones o su bien político. En la actualidad se habla de un derecho humano al medio ambiente, y eso no se circunscribe sólo al hombre en tanto sujeto de derecho, sino que, además, debe hacernos pensar que las plantas, los animales y, en general, los ecosistemas, también tienen que ser objeto de una especial protección jurídica. Mucho se lograría si todos comprendieran estos problemas, y si los órganos públicos realizaran una labor de educación y persuasión; porque la verdad es que el Derecho cumplirá mejor su cometido cuando los hombres lo acaten voluntariamente y no sea necesaria la instancia represiva y la sanción penal resultante.

Las leyes no sólo han de contemplar los problemas actuales sino también los del futuro, en lo que sea previsible; y siempre quedará la posibilidad de la interpretación progresiva que hagan los jueces, con las limitaciones que se deriban de los principios constitucionales, si se tratare de materia penal. Es claro que nuestro Código Penal no contempla el ambiente como bien jurídico individual, sin embargo, sí existen algunas figuras dispersas que se encargan de su tutela. Como bien lo dice el Dr. Daniel González "respecto a las indicaciones que pueden formular las autoridades encargadas de

1. Barata Alessandro. *Los problemas sociales y la percepción de la criminalidad dei delitti y de la pena*, año 1, págs. 15 a 39.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

proteger el medio ambiente y a los recursos naturales del país, puede citarse el artículo 302 del Código Penal, que sanciona a quien desobedezca la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones; sin olvidarse que la mayoría de las leyes específicas, que se relacionan con el medio ambiente, atribuyen facultades a los funcionarios públicos para emitir órdenes en prevención de la contaminación del ambiente, y a la vez la mayoría de ellas establecen una disposición genérica (contravención), que sanciona con pena pecuniaria la infracción a esas leyes, restando posibilidad de aplicar el delito de desobediencia a la autoridad estatuido en el Código Penal".[2]

Además de estas cuestiones, es evidente que existen dos tipos principales de delitos fuera del alcance de la ley, como lo apunta el informe del Sexto Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, documento que establece los lineamientos y pautas de política criminal de este organismo mundial:

"a) aquellos que, en rigor no constituían delitos pero que no obstante eran perjudiciales para la sociedad y

b) aquellos que estaban tipificados legalmente como delitos, pero respecto de los cuales los organismos de aplicación de la ley eran relativamente impotentes debido a la elevada posición política o económica de quienes los cometían o porque las circunstancias en que se cometían eran tales que disminuían las posibilidades de que los culpables fueran denunciados y perseguidos".[3] A este respecto es importante anotar la formulación de un requerimiento de instrucción formal que el Ministerio Público elevó ante un Juzgado de Instrucción contra un funcionario del Ministerio de Agricultura y Ganadería por el delito de prevaricato, pues ese funcionario violó la ley y no tomó en cuenta las pruebas que la ley exige en materia de plaguicidas. Este precedente además de haber contribuido a la prevención general, a puesto en evidencia el hecho de que también los funcionarios administrativos y no solamente los jueces en su quehacer jurisdiccional, pueden cometer el delito de prevaricato. Por otro lado, es evidente que este funcionario no puede oponer la excepción de "cosa juzgada" y que las sanciones administrativas para determinados comportamientos son contraproducentes para el objetivo social de la preservación del medio ambiente y los recursos naturales. Es claro que estas sanciones administrativas son establecidas por el ejercicio de su función de policía, no en el ejercicio del "uis puniendi" por lo que habrá de ser necesaria la revisión de gran cantidad de reglamentos y la afirmación del principio de reserva de ley, pues las normas reglamentarias han de limitarse a complementar y desarrollar la ley, para que sea posible su aplicación, pues las leyes no pueden descender a los aspectos de mero detalle, que inclusive pueden ser cambiantes y circunstanciales.

El estudio normativo de las Leyes de Indias y otras disposiciones del ordenamiento colonial nos demuestra que el delito ecológico se conforma a través de todo un proceso jurídico-histórico que involucra a una serie de instituciones. Las mismas normas urbanísticas previstas en aquella época, constituyen un modelo para el presente, ya que continuamente se han violado y conducido a que en algunas áreas periféricas y marginadas, se haya acelerado la desadaptación social y la contaminación ambiental. Estamos frente a un acelerado aumento del crimen convencional y no convencional, como es el de los delincuentes del cuello verde que nos preocupa. A este respecto es interesante la conclusión a que se llegó en un reciente estudio realizado por ILANUD y UNSDRI en un área altamente victimógena, donde se comprobó la influencia de una mala planificación urbana (y la existencia de un espacio vital limitado) sobre el bajo nivel de arraigo de los valores tradicionales detectados y el desajuste individual y social juvenil.

Especial importancia tiene en la actualidad leer la ordenanza de don Felipe II sobre el escogimiento de los lugares para poblar, pues nos acusa, al haber convertido antiguas bellezas en cauces malolientes o en basureros de chatarras; o en selvas de concreto, antiguas tierras fértiles, de vocación forestal y de lluvia permanente, que hoy son casi un desierto. En esta perspectiva cobra sentido la ecología, que en cuanto logra empatar los discursos de las ciencias naturales con los de las ciencias sociales, cubre una serie de problemas transdisciplinarios que son a los que nos referimos cuando hablamos de cambio de actitud, de estilo de vida y de modelo de desarrollo como requisitos a la hora de planear soluciones a la mala utilización del medio ambien-

2. *Régimen Penal del daño ambiental en Costa Rica.* Revista Judicial núm. 29, página 31.
3. 6to. Congreso, página 68.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

te y a la sobreexplotación y agotamiento de los recursos, dentro del contexto del desarrollo de nuestras sociedades.

Se hace necesaria, entonces, una relación más armónica entre el hombre y la Naturaleza, relación que tome en cuenta la calidad de vida de todas las especies y que no pretenda, de manera simplista, aumentar la producción sin tomar en cuenta el alto costo ecológico y social que significa extender irracionalmente la frontera agrícola, o elevar la productividad atentando contra normas mínimas de salud y saneamiento ambiental. Los tiempos actuales demandan, como respuesta, acciones que persigan restaurar el equilibrio ecológico perdido, dada la falta de previsión, las consecuencias deplorables que estamos viviendo, la descoordinación entre las diferentes instancias de la administración pública y la actividad de los funcionarios, que persisten en "pasarse la bola", no asumiendo la cuota de responsabilidad que les cabe en el desastre actual. Se han rebalsado los límites socialmente tolerables, por lo que los deberes de cuidado tendrán que reforzarse dada la tendencia absoluta a la puesta en peligro. Asimismo, habrá que minimizar el riesgo permitido y elevar el grado de conciencia en torno a cuestiones muy concretas tal como el uso intensivo e indiscriminado de agroquímicos en la producción, muchos de los cuales han sido prohibidos en las metrópolis. Esto implica que las normas y "estándares" deberán adaptarse a nuestra realidad y no ser meras copias cuestión que apunta hacia un proceso de capacitación de funcionarios en prevención del delito dirigido hacia esta y otras áreas de acción, como un capítulo de la política criminal.

Sin duda existe un grave peligro para nuestra propia supervivencia, aparte de que la condición de país subdesarrollado y dependiente es factor que nos hace aún más vulnerables a esta nueva dimensión de la criminalidad. Sin embargo, hay que aclarar que toda esta problemática no se puede achacar al sistema capitalista y a la libertad de contratación, pues es obvio que en los sistemas comunistas también ocurren estos hechos. A este respecto es interesante el estudio "Elementos para una guía de evaluación y selección de proyectos de desarrollo social" que el Banco Centroamericano de Integración Económica ha elaborado, pues concibe el aspecto de la compatibiidad ambiental como uno de los cuatro factores a examinar para establecer la eficiencia de los proyectos, a fin de conseguirles financiamiento. Asimismo, dicho estudio contiene una guía para la evaluación de las medidas de seguridad ambiental, instrumento que podría ser de gran utilidad si lo integramos dentro de los requisitos a cumplir (además del estudio de factibilidad) para obtener una autorización administrativa o un permiso de construcción o de funcionamiento de una industria; además de que es evidente que el tratamiento de aguas residuales y la recuperación de deshechos posibilita la producción de artículos de un alto valor agregado, tal como lo demuestran las investigaciones sobre broza del café y cáscara de piña, así como el taller de arte callejero, situado muy cerca de la U.C.R.

Siendo conscientes del impacto en las cadenas alimentarias, del envenenamiento paulatino que producen sustancias no biodegradables y de la profundización de diversas patologías, entre otros desequilibrios que estamos sufriendo, consideramos que deberá ser la propia sociedad afectada la que tome desde esta dimensión, el papel de garante de la vida misma y el bien público, al formar juntas defensivas del Patrimonio ambiental, con carácter ad honorem que fortalecerán la actividad del Ministerio Público, poniendo en conocimiento de éste los hechos cometidos y la información necesaria. En este sentido proponemos que se haga un estudio de las contravenciones para dictaminar cuáles se han de transformar en delitos bajo el procedimiento de citación directa, pues es evidente que las "sumarísimas" hechas por los Alcaldes en razón de la gran cantidad de trabajo que tienen, además de carecer de importante elemento técnico, que habrá de demandar su capacitación ecológica, no están acordes con la importancia que debe reconocerse a estos hechos. Estas juntas serán la base de todo el engranaje de la instrucción de sumarias por delitos y contravenciones, con lo que se eliminaría el burocratismo que entraba y no permite que se genere la seguridad y eficacia jurídicas perentorias. El control social, formal y preventivo resultante deberá instrumentarse a partir de las acciones preventivas del trabajo y de las obligaciones del condenado por delito ecológico, a través de la educación ambiental y de la restauración del daño perpetrado, como resortes fácticos que consagren la aplicación de la ley y que no permitan la violación de la jurisdicción ecológica, por individuos o empresas, que amparados en lo débil de las sanciones administrativas existentes, en las bajas penas pecuniarias o en su patrimonio económico, comete día con día. Dado los problemas existentes para lograr la prueba de causalidad en materia ambiental, que

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

el Dr. González establece con gran precisión en su ensayo y dado que la responsabilidad penal es personalísima, consideramos pertinente recoger la recomendación de este jurista en el sentido de que "encuentran mayor eficacia los llamados delitos de peligro que aquellos de daño, en tutela del ambiente".[4]

La necesidad de integrar en un solo cuerpo legislativo todas estas leyes dispersas, a la vez de llenar vacíos o subsanar omisiones, no implica que deba establecerse una sola normativa de carácter general, pues lo que corresponde es dictar normas sustantivas, sobre todo para respetar el principio de reserva de ley; luego, mediante las necesarias disposiciones reglamentarias, se desarrollan y complementan estos principios y se ajustan a las circunstancias concretas y situaciones cambiantes de cada medio ambiental.

Hasta aquí nos hemos venido refiriendo solo a los aspectos de índole legislativa y reglamentaria, pero es preciso destacar la conveniencia de que se establezca una norma de rango constitucional (por ejemplo, que se añada al artículo 50, referido a la producción) que sirva de respaldo a las políticas ecológicas. Además, es necesario hacer una labor de divulgación y llevar a la conciencia de los individuos la obligación de cumplirla, para que no exista un desconocimiento material de lo que la ley dispone y las gentes no caigan en un error de derecho por ignorancia de la ley. Así también se lograría, de un modo espontáneo, que se cumpla uno de los aspectos del orden público, es decir, la protección de la sociedad en general.

Una legislación de este género debe contener en sí misma las medidas preventivas, correctivas y represivas que hagan eficaz el respectivo ordenamiento, y no parece que estos logros se puedan alcanzar con simples penas administrativas (establecidas en sede administrativa y que consisten muchas veces en simples amonestaciones) y entonces lo aconsejable es crear las necesarias figuras delictuosas por vía legislativa, de acuerdo con el clásico principio de "nullum crime, nulla piena sinne previa lege".

Dentro de las ideas antes esbozadas de prevenir esta delincuencia no convencional, debe fortalecerse la actuación de los guardas forestales, de los inspectores del MAG y de los encargados de vida silvestre y parques nacionales y reservas biológicas, así como de los municipios y persuadir las comunidades de vecinos. Mediante la labor coordinada de todos estos grupos y agentes públicos, se puede lograr un mayor control preventivo, a fin de que no se produzcan hechos dañosos, que cuando son percibidos ya se ha hecho tarde para volver al punto de origen.

El grado de aceptación voluntaria que logremos de estos principios sin necesidad de que se imponga la coerción del Estado, redundará en un mayor éxito de los programas y campañas que se proyecten y ejecuten en la actividad de protección ecológica. A este respecto es importante que se medite bien en asocio de los comunicadores y expertos, la confección de los mensajes, de las consignas y lemas, para no caer en situaciones paternalistas, tipo "Jacinto Basurilla", que a su vez utilizó unos basureros que más bien parecían busones. Digna de destacar es la experiencia de San Andrés y de los enormes animales con sus grandes bocas abiertas *invitando* al público a depositar en ellas la basura. Esta isla, víctima de un proceso y un estilo de desarrollo exógeno y mal planificado, constituye un ejemplo por los resultados de los esfuerzos que la Intendencia, en asocio con una organización conservacionista, está realizando en el tratamiento de aguas residuales y en el levantamiento de un vertedero de basura situado al otro lado de la isla. Bajo el lema: "Hágale el amor a San Andrés, recoja la basura", de gran imaginación y colorido, se ha logrado contener la destrucción de estas bellezas naturales.

La perspectiva interdisciplinaria que estamos proponiendo debe resaltar a su vez las relaciones entre cultura y medio ambiente y el interés en los paleoambientes. En efecto, el artículo 89 de la Constitución se refiere tanto a las bellezas naturales como al Patrimonio histórico-arqueológico, que integran lo que se ha llamado Patrimonio Cultural Nacional. En este sentido es que cabe referirse al "Programa comprensivo de investigación" sobre delito arqueológico que impulsamos en asocio de otros profesionales, compuesto de 4 unidades interdependientes:

a) El aspecto fáctico, y el diagnóstico de la realidad actual del Patrimonio.
b) Legislación ideal
c) Cursos de capacitación en prevención del delito
d) Patrimonio cultural intangible.

La verdad es que la lucha por la defensa y recu-

4. Ibid, página 34.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

peración del Patrimonio Histórico se interpenetra con la lucha por la defensa del medio ambiente y recursos naturales, no solamente por el hecho de que el saqueo de bienes arqueológicos causa graves daños al entorno natural y porque estos mismos bienes arqueológicos están enclavados y relacionados con los ecosistemas, sino porque su conservación implica labor de naturaleza ecológica.

Además habría que destacar que muchas de las lesiones y el tráfico que se produce desbordan nuestras fronteras y son realizadas por empresas transnacionales, que se encargan del comercio ilícito, tanto de bienes arqueológicos como de especies animales y vegetales. Cabe resaltar entonces los frutos de la intervención (investigación-acción) que realizamos con la organización de cursos de capacitación a la Guardia Rural sobre delito arqueológico y que trajo como resultado la captura fulminante de varios cargamentos, que iban a ser destinados a los mercados de arte que funcionan en las metrópolis.

Hemos visto como el delito ecológico se ha ido perfilando a través de todo un proceso que involucra a una serie de instituciones que se remontan a la época colonial; pero falta referirnos al derecho consuetudinario de los aborígenes, su respeto a las leyes de la Naturaleza y a las consideraciones inmanentes en torno a la relación trabajo transformador-entorno (hábitat) natural. La pérdida de continuidad estructural se expresa a través de los fenómenos de concentración de la tierra, de uso intensivo de capital, de agricultura y ganadería extensivas, de erosión y de impacto en los litorales, fenómenos que sumados a los de contaminación ambiental, lluvia ácida de concentración urbano-industrial y de escasez de agua, indican la ausencia de seguimiento a aquellos preventivos. Es en este sentido que se hace impostergable el estudio de la flora y de la fauna en peligro y de las especies altamente vulnerables y en vías de extinción; partir del diagnóstico del riesgo que estamos corriendo, para de esta manera hacer recomendaciones integrales sobre política criminal y así poner coto a un estilo de vida despilfarrador y destructivo, que no piensa en las necesarias reservas naturales, en el uso óptimo y racional ni en el manejo de nuestros recursos, en la vida silvestre, en el control de los niveles de ruido, en los efectos ecológicos de diferentes vibraciones, en las plantas de reciclaje de basura ni en la construcción de hornos, biodigestores y generadores de energía solar (fuentes limpias) como mejor opción para el futuro.

Como recomendación, considero inapropiado, pues induce a error, el uso de encuestas de opinión que utilicen la pregunta: ¿Cuál es el problema más grave con que se enfrenta su comunidad? pues establecen una serie de respuestas que contrastan la delincuencia con la contaminación. Por un lado nos parece que el concepto de contaminación hay que hacerlo digerible al común de las personas, concretizándolo en cuestiones precisas que son variables de comunidad a comunidad, por lo que el uso de machotes no es apropiado. Además que la contaminación es parte de la delincuencia no convencional, el papel que juegan los medios de comunicación al introducir la alarma social en relación con la delincuencia convencional es determinante, por lo que la magnitud obtenida de respuestas favorables a esta delincuencia es artificialmente inflada. Si bien creo importante conocer el parecer de la gente, me parecen más apropiadas para obtener un diagnóstico de la realidad las llamadas encuestas de victimización, que parten de una escala de conocimientos, situaciones de hecho o acciones sociales que ponen en peligro, y amenacen o lesionen los bienes jurídicos que la comunidad o los individuos consideren necesario tutelar. A este respecto es importante señalar lo alejadas que se encuentran de la realidad las estructuras de conocimiento sobre lo que es higiene que tienen los grupos de menores recursos. Como segunda recomendación creo importante escoger a los colegios agropecuarios como el canal idóneo para hacer conciencia sobre la necesidad de un desarrollo autosostenido e integrado de las zonas rurales, máxime si comprobamos, como así los hicimos en nuestra visita al colegio de la Suiza de Turrialba, la contribución que esos centros hacen a la degradación de los recursos, dado lo deficiente de su organización estructural.

Como indicadores de optimismo creo importante mencionar las investigaciones que se realizan en el curso de Derecho Penal especial y en el posgrado en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la U.C.R., así como dos tesis de grado que están en proceso de elaboración. Además la investigación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos "Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina", que contienen un cuestionario específico sobre la materia ecológica; y el proyecto de Medio Ambiente que la Cruz Roja Costarricense piensa desarrollar.

Para terminar debo apuntar que después de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, se firmó y ratificó, por muchos países, la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Convención para la Protección del Patrimonio Cultural y Natural (1972) que estableció el instrumento jurídico internacional que obliga a los estados participantes en este sentido. Obtener la voluntad política necesaria para declarar la interdependencia de los ecosistemas y la puesta en vigencia de una serie de preceptos conservacionistas renovados y actualizados, será nuestra meta en común más inmediata, que cimentará el proyecto de hombre que propugnamos que a su vez se verá fortalecido con el establecimiento de un nuevo orden económico internacional.

***