

Revista

340

R Revista de Ciencias Jurídicas / Universidad de Costa Rica. --
 N° 1 (1963). -- San José, C. R.: Litografía e Imprenta
 LIL, S.A., 2014.
 168 p. ; 152 x 222 mm.

v.

ISSN: 0034-7787

1. Ciencias Jurídicas. Publicaciones periódicas.
2. Publicaciones periódicas costarricenses.

Revista fundada en 1963

Revista registrada en los siguientes *datbank*:

- Latindex directorio y catálogo
- Ulrich's Periodicals Directory
- Public Affairs Information Service Internacional
- Russian Academy of Sciences Bibliographies
- Index to Foreign Legal Periodicals

Impreso por: Litografía e Imprenta LIL, S.A.

CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

| | |
|--------------------------------------|--|
| M.Sc. Eduardo Calderón Odio | Presidente |
| M.Sc. Eduardo Rojas Sánchez | Coordinador de Enlace y Prosecretario |
| M.Sc. Froylán Atilio Alvarado Zelada | Secretario |
| Licda. Ana Gabriela Badilla Zeledón | Vocal V |

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

| | |
|--------------------------------|----------|
| Dr. Alfredo Chirino Sánchez | Decano |
| Dr. Minor E. Salas | Profesor |
| Dr. Jorge Enrique Romero Pérez | Profesor |

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL:

| | |
|--------------------------------------|-----------|
| Dr. Jan-Michael Simon | Alemania |
| Dra. Marcela I. Basterra | Argentina |
| Dr. Agustín Gordillo | Argentina |
| Dr. Pedro Rubens David | Argentina |
| Dr. César Barros Leal | Brasil |
| Dr. Rodrigo Polanco Lazo | Chile |
| Dr. Jorge Witker Velásquez | Chile |
| Dr. Jaime Santofimio Gamboa | Colombia |
| Dr. Orlando Solano Bárcenas | Colombia |
| Dra. Josefina García García-Cervigón | España |
| Dr. Luciano Parejo Alfonso | España |
| Dra. María Paz Pous De la Flor | España |
| Dr. Juan Pérez Gálvez | España |
| Dr. Jaime Rodríguez Arana | España |
| Dr. Francois Collart-Dutilleul | Francia |
| Dr. Gabor Hamza | Hungría |
| Dr. Jorge Adame Goddard | México |
| Dr. Jorge Fernández Ruiz | México |
| Dr. Pedro López Elías | México |
| Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano | México |
| Dr. Karlos Navarro Medal | Nicaragua |
| Magister Carlos Gasnell Acuña | Panamá |
| Dra. Yoselyn Bermúdez Abreu | Venezuela |
| Dr. Allan Randolph Brewer Carías | Venezuela |

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica por Litografía e Imprenta LIL, S.A.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 133, 2014, cuatrimestral.

ISSN: 0034-7787

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

Dirección de la revista digitalizada:

www.ij.derecho.ucr.ac.cr

<http://cijul.ucr.ac.cr>

www.latindex.ucr.ac.cr

© Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho - Editorial
Universitaria). Colegio de Abogados.

Impreso por: Litografía e Imprenta LIL, S.A.

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS**

133

51 AÑOS 1963-2014

SAN JOSE, COSTA RICA

2014

ENERO - ABRIL

(Cuatrimestral)

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2014

Presidente:

M.Sc. Eduardo Calderón Odio

Vicepresidenta:

Licda. Rocío Leiva Trejos

Secretario:

M.Sc. Froylán Atilio Alvarado Zelada

Prosecretario:

M.Sc. Eduardo Rojas Sánchez

Tesorero:

M.Sc. Antonio Darcia Carranza

Vocal I:

Dra. Vilma Mayela Alpízar Matamoros

Voca II:

M.Sc. Edgar Castrillo Brenes

Vocal III:

Licda. Shirley González Quirós

Vocal IV:

Lic. John Jorge Tapia Salazar

Vocal V:

Licda. Ana Gabriela Badilla Zeledón

Fisca I:

Licda. Vilma Beatriz Mesén Madrigal

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Henning Jensen Pennington

Director Consejo Universitario:

M.Sc. Eliécer Ureña Prado

Vicerrector de Docencia:

Dr. Bernal Herrera Montero

Vicerrectora de Investigación:

Dra. Alice Pérez Sánchez

Vicerrector de Acción Social:

Dr. Roberto Salom Echeverría

Vicerrector de Administración:

Dr. Carlos Araya Leandro

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Ruth De la Asunción Romero

Decana Sistema de Estudios de Posgrado

Dra. Cecilia Díaz Oreiro

Decano de la Facultad de Derecho

Dr. Alfredo Chirino Sánchez

Antecedentes de la Revista de Ciencias Jurídicas

En marzo de 1956, la Universidad de Costa Rica, publica su No. 1 de la **Revista de Ciencias Jurídico-Sociales**; la No. 2 es de diciembre de 1957 y la No. 3 de diciembre de 1958. En setiembre de 1959, desaparece la publicación con el nombre de Revista de Ciencias Jurídico-Sociales, y aparece la **Revista de Ciencias Sociales** con el No. 4, como continuadora de la anterior. La No. 5 con este último nombre se publica en setiembre de 1960, manteniéndose la numeración sucesiva hasta el presente. Por lo que respecta a la **Revista de Ciencias Jurídicas** No. 1, se publica en mayo de 1963, indicando en la Presentación, el Decano de la Facultad de Derecho de ese entonces, el abogado Rogelio Sotela, que: “con anterioridad se había publicado la llamada **Revista de Ciencias Jurídico-Sociales**, de la cual tres números se dieron a la publicidad; y posteriormente, con el nombre de Revista de Ciencias Sociales aparecieron otros dos números” (p. 6).

*En este año del 2014 se cumplen
51 años de esta revista*

PRESENTACIÓN

Se publican artículos en los temas de:

Derechos Humanos, Bioderecho, Derecho Administrativo, Metodología jurídica y Derecho Laboral Constitucional.

Se imprimen las reseñas de obras jurídicas relevantes.

En el año del 2014, se cumplen 51 años de esta revista, cuyo primer número data de 1963.

Por esta razón, los números 133, 134 y 135 de esta revista, corresponden a esta importante celebración.

Son 51 años en los cuales, esta revista se ha publicado sin interrupción.

Tanto la Universidad de Costa Rica como el Colegio de abogados y abogadas, siempre le han dado el apoyo necesario y oportuno.

El director-editor

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

INDICE

| | |
|---|-----|
| <i>Presentación</i> | 9 |
| El factor religioso en la jurisprudencia constitucional y del tribunal europeo de derechos humanos <i>Msc Jorge Jimenez Bolaños</i> | 13 |
| ¿Aprueba la fecundación in vitro el test de razonabilidad jurídica? <i>Licda. Wendy Blanco Donaire</i> | 29 |
| Ejecución del acto administrativo firme y favorable al administrado <i>Enrique López Jiménez</i> | 55 |
| Notas sobre la interpretación jurídica <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> | 79 |
| Diversos temas de inconstitucionalidad laboral <i>Dr. Eric Briones Briones</i> | 103 |
| Reseñas Bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> | 163 |



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA

VICERRECTORÍA DE
INVESTIGACIÓN

14 de enero de 2014
VI-156-2014

Dr. Jorge Enrique Romero P.
Director Revista Ciencias Jurídicas
Facultad de Derecho

Estimado señor:

En la más reciente evaluación de las revistas científicas del país, realizada en la Vicerrectoría de Investigación de la Universidad de Costa Rica, la revista que usted dirige pasó satisfactoriamente la evaluación para formar parte del Catálogo de Latindex. Esto significa un reconocimiento a los esfuerzos realizados por usted y el respectivo Consejo Editorial en la mejora de su revista, tanto en los aspectos formales como en su contenido. Adicionalmente, implica un aval a la calidad de esta publicación.

Esperamos que estos esfuerzos se mantengan para que nuestras revistas alcancen cada vez mayor prestigio y visibilidad internacional.

Aprovecho la ocasión para felicitarles por el esfuerzo realizado y recordarles que en adelante deberá enviar los fascículos una vez publicados. Estamos implementando una política de reducción de uso de papel, por lo que enviaremos los detalles de su evaluación por medio de correo electrónico, solicitándolos al correo electrónico jorge.polanco@ucr.ac.cr



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA

VICERRECTORÍA DE
INVESTIGACIÓN

Alice L. Pérez, Ph. D.
Vicerrectora

**EL FACTOR RELIGIOSO EN LA JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE
DERECHOS HUMANOS**

Msc Jorge Jimenez Bolaños
Profesor Catedrático Universidad de Costa Rica

(Recibido 27/09/12 • Aceptado 11/11/13)

Resumen: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) estima que la presencia de crucifijos, un elemento religioso, en aulas de colegios se refieren a símbolos pasivos que aunque aluden al cristianismo, no influyen ni adoctrinan directamente a los estudiantes. Por lo tanto, no se hace una violación a la libertad de pensamiento ni de culto.

Sin embargo es considerado que el Estado debe favorecer el pluralismo educativo. Los símbolos religiosos al formar parte del entorno escolar tienen un impacto en la libertad religiosa e infringen el deber de neutralidad del Estado.

Palabras Claves: Libertad religiosa, símbolos religiosos, crucifijo, educación, Estado.

Abstract:

The European Court of Human Rights (Great Court) considers that the presence of crucifixes, religious items, in high school classrooms are nothing but passive symbols which, though referring to Christianity, do not influence or indoctrinate students directly. Therefore, they do not violate people's religious freedom or freedom of thought.

However, it considers that the State must promote educational pluralism. As religious symbols are part of the school environment, they have an impact on religious freedom, and thus, they violate the State's duty of neutrality.

Keywords: Religious freedom, religious symbols, crucifix, education, State.

Sumario:

- 1- Introducción.
- 2- Análisis de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- 3- Análisis por parte del Tribunal del fundamento jurídico de las partes.
- 4- Resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- 5- Conclusión.

Bibliografía

1) Introducción

Con el presente trabajo pretendo analizar la sentencia tanto de la Sala Segunda como de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos referente a un caso que reviste una importancia decisiva en relación a la utilización de crucifijos en las aulas de los colegios públicos.

Se comentarán los argumentos más importantes que dio la demandante en este caso, la señora Lautsi, madre de dos hijos en edad escolar que estudiaban en un colegio público, en el cual las aulas mantenían la figura del crucifijo en las paredes. Para protestar y demandar que tal crucifijo expuesto violaba su derecho a la libertad religiosa y de culto, exigía que el colegio quitara el crucifijo de las paredes.

Se comentan los argumentos que dio el Estado para defenderse, así como los fundamentos importantes en que se basó la Sala del TEDH para dar una sentencia a favor de la señora Lautsi y a su vez, los argumentos junto con los votos a favor y en contra en que se fundamentó la Gran Sala del TEDH para fallar en contra de lo dicho por la Sala en primera instancia e indicar que la exposición del crucifijo no lesiona el derecho fundamental de la señora Lautsi a la libertad de culto y de religión.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SECCIÓN SEGUNDA

CASO Lautsi contra Italia sentencia 3 de noviembre de 2009.

DERECHO DE LOS PADRES AL RESPETO A LA EDUCACION DE SUS HIJOS, TANTO RELIGIOSAS COMO FILOSÓFICAS.

SITUACIÓN FÁCTICA

- 1- Demanda de una ciudadana italiana contra la República de Italia presentada ante el Tribunal el día 27 de julio del 2007 por la injerencia estatal incompatible con la libertad de convicción y de religión, así como con el derecho a una educación y enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas que suponía

la exposición de la cruz en las aulas del Instituto Público al que asistían sus hijos.

- 2- Violación del artículo 2 del protocolo adicional número 1 del Convenio en relación con el artículo 9 del Convenio.
- 3- Doña Soile Lautsi presentó una demanda ante el Tribunal en virtud del artículo 34 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.
- 4- Actúa en su propio nombre.
- 5- La demandante alega que la exposición de la cruz en las aulas del Instituto Público al que asistían sus hijos constituye una injerencia incompatible con la libertad de convicción y de religión y con el derecho a una educación y enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.
- 6- Todas las aulas tenían un crucifijo, lo que la demandante consideraba contrario al principio de secularidad según el cual quería educar a sus hijos. Invocó esta cuestión en el curso de una reunión organizada el 22 de abril del 2002 por el instituto y señaló que el Tribunal de Casación sostenía que la presencia del crucifijo en aulas electorales preparadas para elecciones políticas se había juzgado contraria a la secularidad del Estado.
- 7- El 27 de mayo del 2002 la dirección del instituto decidió mantener los crucifijos en las aulas.
- 8- La demandante impugnó esta medida ante el Tribunal Administrativo de la región de Véneto alegando violación al principio de secularidad.
- 9- El 3 de octubre de 2007 el Ministerio de Instrucción Público aprobó la directiva 2666 que recomendaba a los directores de la escuela pública a exponer el crucifijo.
- 10- El Tribunal Administrativo de Véneto estimó que el principio de secularidad de la cuestión de inconstitucionalidad no carecía manifiestamente de fundamento por ello elevó el asunto al Tribunal Constitucional.

- 11- El 15 de diciembre del 2005 se declaró incompetente el Tribunal Constitucional.
- 12- El Tribunal Administrativo reanudó el asunto e inadmitió el recurso de la demandante por auto de 17 de marzo de 2005 número 1110. Estimaba que el crucifijo era tanto símbolo de la historia como de la cultura italiana y de la identidad italiana.
- 13- La demandante interpuso recurso ante el Consejo de Estado. El Consejo de Estado desestimó el recurso por cuanto la cruz se había convertido en uno de los valores laicos de la constitución italiana.

LEGISLACIÓN APLICABLE

La obligación de exponer el crucifijo en las aulas se remonta a una época anterior a la unificación de Italia. En efecto, el artículo 140 del Real Decreto número 4336 del 15 de setiembre de 1860 del reino de Piamonte Cerdeña señalaba que cada escuela deberá sin falta estar provista de un crucifijo.

En 1861, año de nacimiento del Estado de Italia, el Estatuto del Reino de Piamonte Cerdeña de 1848 devino. El Estatuto Italiano enunciaba que la Religión Católica Apostólica y Romana ERA LA ÚNICA RELIGIÓN DEL ESTADO. Los otros cultos eran tolerados.

Con la ley número 214 del 13 de mayo de 1871 el Estado italiano reguló unilateralmente las relaciones con la Iglesia y concedió al Papa ciertos privilegios.

El artículo 118 del Real Decreto número 965 del 30 de abril de 1924 indicaba que cada establecimiento escolar debe tener la bandera nacional, cada aula la imagen del crucifijo y el retrato del rey.

El artículo 119 del Real Decreto número 1297 de 26 de abril de 1928 considera el crucifijo un elemento del equipamiento y material necesario de las escuelas.

Con el Pacto de Letrán firmado el 11 de febrero de 1929 se marcó la conciliación entre el Estado Italiano y la Iglesia Católica. El catolicismo fue confirmado como la religión oficial del Estado Italiano. El artículo 1 dice así: "Italia reconoce y reafirma el principio consagrado

en el artículo 1 del estatuto Albertino del reino de 4 de marzo de 1848 en virtud del cual la religión católica apostólica y romana es la única religión del estado”.

En 1948 Italia aprobó su Constitución Republicana. En el artículo 7 de la Constitución reconoce explícitamente que el Estado y la Iglesia Católica son, cada uno en su propia esfera, independientes y soberanos. Sus relaciones se regulan por los pactos lateranenses y no requerirán de revisión constitucional.

El artículo 8 abre la posibilidad de que confesiones religiosas distintas a la católica tendrán derecho a organizarse según sus propios estatutos.

Por ley número 121 del 25 de marzo de 1985, tras la ratificación de la primera disposición del protocolo adicional al nuevo concordato entre el Estado Italiano y la Santa Sede, se dispone que ya no se considera en vigor el principio proclamado en origen por los pactos de Letrán que reconocía a la religión católica como única religión del Estado Italiano.

En su sentencia número 203, el Tribunal Constitucional examinó el carácter no obligatorio de la enseñanza de la religión católica en la escuela pública. Afirmó que la Constitución contenía el principio de secularidad y que el carácter confesional contenía el principio de secularidad y que el carácter confesional del Estado se había abandonado en virtud del protocolo adicional de los nuevos acuerdos con la Santa Sede.

ANÁLISIS POR PARTE DEL TRIBUNAL DEL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS PARTES

ARGUMENTOS DE LA DEMANDANTE

En opinión de la demandante el crucifijo tiene en realidad ante todo una connotación religiosa: El hecho de que la cruz tenga otras claves de lectura no implica la pérdida de la connotación principal, que es religiosa.

Para la demandante, esta situación tiene repercusiones; una presión indiscutible sobre los menores y da la impresión de que el Estado está lejos de aquellos que no se declaran de esta confesión religiosa.

Las personas tienen el derecho a una instrucción que forje la autonomía y la libertad de pensamiento.

FUNDAMENTO JURÍDICO DEL GOBIERNO

El Gobierno señala que aunque la cruz es ciertamente un símbolo religioso, posee otros significados. Tendría también un significado ético, comprensible y apreciable independientemente de la pertenencia a la tradición religiosa o histórica, ya que evoca una serie de principios que pueden ser compartidos al margen de la fe cristiana como no a la violencia, igual dignidad para todas las personas y separación de lo político de lo religioso.

FUNDAMENTO QUE DA EL TRIBUNAL SOBRE EL CASO PLANTEADO.

Artículo 2 del Protocolo número 1 y los artículos 8, 9 y 10 del Convenio.

Sobre el derecho fundamental del que se asienta el respeto de los padres de sus convicciones filosóficas y religiosas. El pluralismo educativo esencial para preservar la sociedad democrática.

Las convicciones de los padres deben ser posibles en el marco de una educación capaz de asegurar un ámbito escolar abierto y que favorezca la inclusión.

Las funciones asumidas en materia de educación y de enseñanza, velan por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa de estudios sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista.

El respeto de las convicciones religiosas de los padres y de las creencias de los hijos implica la creencia en una religión o en ninguna.

Estas consideraciones conducen a la obligación del Estado de abstenerse de imponer unas creencias en los lugares donde las personas dependen de él. Los niños no tienen capacidad de crítica que permita distanciarse del mensaje manifestado por el Estado en materia religiosa.

En países donde la mayoría practica una determinada religión, la manifestación de ritos y símbolos ejerce una presión muy fuerte sobre alumnos que no practican dicha religión.

En opinión del Tribunal, el símbolo del crucifijo tiene una pluralidad de significados entre ellos el significado religioso.

El Tribunal estima que la exposición obligatoria de un símbolo de una confesión concreta en el ejercicio de la función pública respecto a situaciones específicas sujetas al control gubernamental, restringe a los padres el derecho de poder educarlos según sus convicciones.

Desde el punto de vista del daño considero dar a la demandante la suma de 5000 euros por daño moral.

Que a esta suma se le deberá aplicar un interés simple anual.

Por apelación que hiciera la parte vencida conoce la Gran Sala en alzada.

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Gran Sala). TEDH 201 / 31

El Tribunal tras haber deliberado en privado el 30 de junio de 2010 dicta la siguiente sentencia.

Sobre violación del artículo 2 del protocolo núm. 1 con el artículo 9 del Convenio.

A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de sus funciones que asuma en el campo de la educación y esta enseñanza respetara el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas” Los demandantes deducen violación a su derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión consagrado en el artículo 9 del Convenio.

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto ,la enseñanza, las practicas y la observancia de los ritos”

“La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas o la protección de los derechos o las libertades de los demás”

SOBRE LA POSICIÓN DEL GOBIERNO

El Gobierno puntualizó que cabe tener en cuenta de que un mismo símbolo puede recibir distintas interpretaciones de una persona a otra. La cruz se puede percibir no solamente como un símbolo religioso sino también como un símbolo cultural y de identidad, el de los principios y valores que constituyen el fundamento de la democracia y la civilización occidental.

El Gobierno critica la sentencia de la Sala que indicó que la sola presencia de un crucifijo en las aulas frecuentadas por los hijos de la demandante podía reducir sustancialmente sus posibilidades de educarlos de acuerdo con sus convicciones indicando como único motivo que los alumnos se sentirían educados de acuerdo con sus convicciones.

SOBRE LA POSICIÓN DE LOS DEMANDANTES

Sostienen que la exposición del crucifijo en las aulas del Instituto al que asistían los demandantes segundo y tercero, constituye una injerencia ilegítima en su derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia y vulnera el principio del pluralismo educativo en la medida de que expresa una preferencia del Estado por una religión concreta en un lugar en el que se forman las conciencias.

El crucifijo es sin duda un símbolo religioso y querer atribuirle un valor cultural parece una última e inútil defensa.

SOBRE OBSERVACIONES DE TERCEROS INTERVINIENTES

Gobiernos de Armenia, Bulgaria, Chipre, Federación de Rusia, Grecia, Lituana, Malta, y República de San Marino.

El razonamiento de la Sala es erróneo, confunde los conceptos de neutralidad con laicidad.

Las relaciones Iglesia-Estado se regulan en forma variable de un país a otro.

Los símbolos del Estado están presentes en los lugares en los que se imparte la educación pública y que en muchos de estos símbolos tiene un origen religioso. En los Estado no laicos la presencia de símbolos religiosos en un espacio público es tolerada por los partidarios de la laicidad, como parte de la identidad nacional, no es necesario que algunos Estados tengan que renunciar a un elemento de su identidad cultural simplemente porque tengan un origen religioso.

El Gobierno del Principado de Mónaco

Para el Principado de Mónaco el crucifijo es un símbolo pasivo que se encuentra contenido en los escudos o las banderas. El principio de neutralidad del Estado obligaría a las autoridades a abstenerse de imponer un símbolo religioso allá donde nunca ha estado o a retirarlo de allí donde siempre ha estado.

LA GRAN SALA RESOLVIÓ LO SIGUIENTE:

1-Al Tribunal no le compete resolver sobre la presencia de crucifijos en otros lugares que no sean los Colegios Públicos, además tampoco le toca resolver sobre la compatibilidad de la presencia de crucifijos en las aulas con el principio de secularidad.

- 2- La segunda frase del artículo 2 del Protocolo número 1 no impide a los Estados divulgar a través de la enseñanza y la educación informaciones o conocimientos que tengan directamente o no un carácter religioso o filosófico, no autoriza siquiera a los padres a oponerse a la incorporación de tal enseñanza. El Estado debe cumplir su función de velar porque la información se de en una forma objetiva, crítica y pluralista permitiendo a los estudiantes desarrollar un sentido crítico.
- 3- La presencia del crucifijo en las aulas forma parte de las funciones que asume el Estado en el ámbito de la educación.
- 4- El Tribunal no tiene elementos que hagan suponer que el crucifijo tenga un efecto en la mente de los jóvenes.

- 5- Es cierto que al prescribir la presencia del crucifijo en las aulas alude indudablemente al cristianismo –la reglamentación otorga a la religión mayoritaria del país una visibilidad preponderante. Pero ello no quiere decir que sea una actitud de adoctrinamiento según el artículo 2 de protocolo número 1. 6-El crucifijo es un símbolo esencialmente pasivo, no se le puede atribuir una influencia sobre los alumnos comparable a la que pueda tener un discurso didáctico o participar en actividades religiosas.
- 7- La Gran Sala no comparte el enfoque que dio la Sala en la sentencia de 3 de noviembre del 2009 de que el crucifijo puede tener un poderoso signo externo, por lo siguiente:

Recuerda que el caso Dahlab era sobre la prohibición hecha a una profesora de vestir velo islámico en el marco de su actividad de enseñanza, prohibición motivada por la necesidad de preservar los sentimientos religiosos de los alumnos y de sus padres y de aplicar el principio de neutralidad confesional, el Tribunal determinó que en vista de la corta edad de los niños a cargo de la demandante, dichas autoridades no habían excedido su margen de apreciación.

La presencia del crucifijo no va asociado a una enseñanza obligatoria del cristianismo. Por otra parte no hay nada que indique que las autoridades se muestren intolerantes respecto a los alumnos pertenecientes a otras religiones, los no creyentes o los poseedores de unas convicciones filosóficas no relativas a una religión.

Los demandantes no pretenden que la presencia del crucifijo en las aulas incite el desarrollo de las prácticas de enseñanza de connotación proselitista.

La demandante conserva además su derecho en condición de madre de informar y aconsejar a sus hijos, ejercer hacia ellos sus funciones naturales de educar y orientarlos en una dirección acorde con sus propias convicciones.

En virtud de dichos argumentos la Corte declaró por quince votos contra dos que no ha habido violación del artículo 2 del protocolo numero 1 y que no plantea ninguna cuestión distinta del Convenio.

Comentario sobre la posición del Juez Rozakis

Opiniones concordantes.

El debido respeto a los padres incluso bajo la forma de una obligación positiva, no impide a los estados divulgar a través de la enseñanza, educación, información o conocimientos que tengan directamente o no, un carácter religioso o filosófico; no autoriza siquiera a los padres a oponerse a la incorporación de tal enseñanza.

En los Estados Europeos no existe un consenso para prohibir la presencia de símbolos religiosos.

Lo importante es no solamente si la exposición del crucifijo vulnera la neutralidad y la imparcialidad sino si dicha transgresión justifica una constatación de violación del Convenio y considera que no. La enseñanza en Italia abre paralelamente el espacio escolar a otras religiones, el gobierno indica que no se prohíbe el velo por parte de los estudiantes, dando así muestras de una tolerancia religiosa que se expresa en que todas las confesiones religiosas puedan manifestarse libremente.

OPINIÓN CONCORDANTE DEL JUEZ BONELLO

El Tribunal de Derechos Humanos no puede dejarse vencer por un Alzheimer Histórico. Las costumbres no son caprichos que pasan, se convierten en símbolos importantísimos. La educación prácticamente a través de la historia ha estado en manos de la Iglesia. Fue hasta hace muy poco que esta misión la ha asumido el Estado. La presencia del crucifijo en los colegios italianos no hace sino dar testimonio de esta realidad irrefutable.

Es una aberración considerar que el crucifijo en las escuelas italianas fue una medida fascista. Las circulares de Mussolini no hicieron sino hacer constar una realidad histórica anterior de varios siglos de existencia.

El Convenio ha confiado al Tribunal la tarea de hacer respetar la libertad de religión y de conciencia pero no le ha otorgado la facultad de obligar a los Estados a la laicidad o de forzarlos a adoptar un régimen de neutralidad. Corresponde a cada Estado optar o no por la laicidad y adoptar un régimen de neutralidad confesional.

El papel fundamental del Tribunal es considerar si la exposición del crucifijo ha violado un derecho fundamental de la señora Lautsi o de sus hijos. Con o sin crucifijo en la pared, los Lautsi han gozado de libertad de conciencia, de religión absoluta e ilimitada. A través de la historia, millones de niños italianos han sido expuestos al crucifijo en los colegios esto no ha hecho de Italia un Estado Confesional.

OPINIÓN DISIDENTE

Juez Malinverni

Toda obligación positiva deriva del verbo respetar que figura en el artículo 2 del protocolo número 1 tal y como señala acertadamente la Gran Sala. Toda obligación positiva puede deducirse del artículo 9 del Convenio. El Estado debe crear un clima de tolerancia y de respeto mutuo.

Vivimos ahora en una sociedad multicultural en que la protección efectiva de la libertad religiosa y del derecho a la educación requiere de una estricta neutralidad. El Estado debe esforzarse por favorecer el pluralismo educativo como elemento fundamental de una sociedad democrática. Los símbolos religiosos forman parte del entorno escolar. Como tales, infringen el deber de neutralidad del Estado y tienen un impacto en la libertad religiosa y el derecho a la educación.

CONCLUSIONES

Vemos como el factor religioso se presenta palpable en las resoluciones analizadas en el presente trabajo.

Sin tomar partido en uno u otro sentido, sino analizar objetivamente la situación que precede la resolución mencionada, es posible concluir que cada Estado no se encuentra obligado a dejar de lado las creencias religiosas de la mayor parte de la población de ese Estado, según la tradición histórica que ese país ha tenido a través de los siglos.

No atenta contra las creencias religiosas o filosóficas de los demás miembros de la población el que se permita en las aulas de los colegios públicos, la presencia del crucifijo.

Me uno al criterio de la Gran Sala, pues a veces se sacrifican los Derechos Fundamentales de la gran mayoría de una población, por proteger bajo una pseudo obligación moral, la situación de una minoría.

BIBLIOGRAFÍA

Sentencia del tribunal de Derechos Humanos (sección segunda) Caso Lautsi contra Italia. Sentencia de 3 de noviembre de 2009.

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) Caso Lautsi et autres contra Italia. Sentencia de 18 de marzo 2011.

¿APRUEBA LA FECUNDACIÓN IN VITRO EL TEST DE RAZONABILIDAD JURÍDICA?

Licda. Wendy Blanco Donaire (*)

(Recibido 03/10/12 • Aceptado 11/11/13)

(*) Licenciada en Derecho. Universidad Metropolitana, Castro Carazo (UMCA)
E-mail: wblancodonaire@gmail.com
Tel: 8909-1784; 2276-9958

Resumen: En el año 2000, la Fecundación *In Vitro* se declara Inconstitucional en Costa Rica por violentar el Derecho a la Vida y la Dignidad Humana. La CIDH en el año 2012, ordena implementarla en pro de los Derechos Fundamentales a la Salud Sexual y Reproductiva, la Familia, la Vida Privada, y el Acceso a la tecnología. Ante esta colisión de Derechos Fundamentales, se usará el Principio de Razonabilidad Jurídica.

Palabras Claves: Fecundación *In Vitro*, Razonabilidad Jurídica, Necesidad, Idoneidad, Proporcionalidad.

Abstract: In 2000, In Vitro Fertilization was declared unconstitutional in Costa Rica for violating the right to life and human dignity. In 2012, The IACHR ordered to implement it in favor of the fundamental rights to sexual and reproductive health, family, private life, and access to technology. In view of this conflict of fundamental rights, the Principle of Legal Reasonableness will be used.

Keywords: In Vitro Fertilization, legal reasonableness, need, suitability, proportionality.

Sumario:

Introducción

1. Razonabilidad Jurídica.

2. Necesidad.

3. Idoneidad.

4. Proporcionalidad.

Conclusiones.

Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

La Fecundación *In Vitro*, ha sido uno de los grandes logros de la medicina a lo largo del siglo XX, desde 1784 el italiano Lazzaro Spallanzani ya había realizado la primera inseminación artificial en animales. Aunque su resultado más notorio se dio el 25 de julio de 1978 en la ciudad inglesa de Oldham, donde nació Louise Brown, la primera niña concebida *In Vitro*¹

El 14 de octubre de 1995 nació Esteban, el primer bebé costarricense que viene al mundo gracias a la técnica de Fertilización *In Vitro*. Esta realidad obliga a Costa Rica a tomar las medidas legislativas adecuadas y necesarias para regular este procedimiento.

Por ello, se da en la Presidencia de la República un Reglamento bajo Decreto Ejecutivo N° 24029-S el 3 de Febrero de 1995², refiriéndose al tratamiento y previsión de conflictos que genera la aplicación de dichas técnicas.

No obstante, el 7 de Abril de 1995 el abogado Hermes Navarro presentó una acción de inconstitucionalidad contra la Fecundación *In Vitro* por atentar contra la vida.

Posteriormente el 15 de Marzo del 2000 la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica emite su Resolución³ y acoge la acción y declara Inconstitucional la práctica de la Fecundación *In Vitro* en Costa Rica, anulando el Decreto Ejecutivo que le regulaba, por no ser compatible con el Derecho a la Vida ni la Dignidad Humana, donde el no nacido es objeto de Derecho de conformidad con la Constitución Política, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que le reconocen su Derecho a la Vida, la dignidad y debe recibir protección del Estado. La objeción principal es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no se justifica por el argumento de dotar a una pareja infértil.

¹ CLÍNICA DE REPRODUCCIÓN VITA NOVA. “*Fecundación in vitro* (FIV) *Fases de la FIV*”. Moscú Rusia Accesado el 31 de Octubre del 2012 a las 11:09 Horas <http://vitanovaclinic.ru/es/eko/>.

² Publicado en la Gaceta N° 45 el 3 de Marzo de 1995.

³ Resolución Numero 02306-2000.

Esta decisión adoptada motivó a decenas de parejas con problemas de infertilidad, acudir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 19 de enero de 2001, para denunciar a su propio país por negarles el Derecho a formar una familia.

En Diciembre del 2012 la Corte emite sentencia⁴ e indica a Costa Rica que su negativa a la Fecundación In Vitro, constituyó una injerencia arbitraria en los Derechos a la Vida Privada y a la Familia, una violación del Derecho a la Igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos.

Ordena a Costa Rica indemnizar a las familias demandantes implementar la Fecundación In Vitro, regulándola y creando todas las condiciones necesarias para que el Estado brinde este procedimiento como un servicio público⁵.

El problema a resolver es dilucidar precisamente, si dicho método debe introducirse en el Ordenamiento Jurídico de Costa Rica, tomando como parámetro medidor el Principio de la Razonabilidad Jurídica (o proporcionalidad en Europa⁶, la cual permite entender si la inclusión del procedimiento guarda proporción y lógica.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Artavia Murillo y Otros “Fecundación *In Vitro*” VS. Costa Rica Sentencia del 28 de Noviembre del 2012. Serie N 257.

⁵ Precisamente el 2 de Abril del 2013 el Gobierno firmó el “*Proyecto de Ley de Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones Humanos*” enviándola a la Asamblea Legislativa para su votación.

⁶ FERNÁNDEZ NIETO Josefa. (2008). “Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales: Una perspectiva desde el derecho público común europeo”. Editorial DYKINSON Madrid. España.

1. RAZONABILIDAD JURÍDICA

a) Origen

La Razonabilidad tiene su origen en el Derecho anglosajón, en el “due process of law” o debido proceso de la Ley cuyos antecedentes se remontan a la Carta Magna de 1215 de Estados Unidos⁷.

Luego fue mencionado tácitamente por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal⁸.

La exigencia del debido proceso evoluciona hasta entenderse como garantía del respeto a los Derechos de los ciudadanos y no sólo procesales, por parte de los poderes públicos⁹.

En Europa surge como Principio de Proporcionalidad, en la búsqueda de legitimación de la actividad de los entes públicos logrando la interdicción de la arbitrariedad producto de las experiencias de la primera mitad del siglo XX.¹⁰

Cabe mencionar que en países como Colombia, México, Argentina y otros ordenamientos Europeos, como en Alemania, Suiza, España Francia entre otros, utilizan el concepto de Razonabilidad y lo vierten como Proporcionalidad que, sin embargo, es exactamente lo mismo.

En cuanto a Costa Rica no existe una idea clara en cuanto al origen y concepto del Principio de Razonabilidad en las sentencias de la Sala

⁷ PEREIRA SÁEZ Carolina. (2004) “*Una Contribución al Estudio del Empleo del Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia Reciente del Tribunal Constitucional*”. I Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña REV AD Nº 08, España.

⁸ SAPAG Mariano (2008) “*El Principio de Proporcionalidad y de Razonabilidad como límite constitucional del estado: un estudio comparado*”. Di Kaion Nº 17 Universidad de la Sabana. Colombia.

⁹ PEREIRA SÁEZ Carolina. “*Una Contribución (...)*”, Op. cit., pág. 1044.

¹⁰ LÉPIZ RAMOS, Otto Eduardo. (2009) “*El Juicio estricto de Razonabilidad*”. Tesis Estudios de posgrado Universidad de Costa Rica.

Constitucional de este país, ni tampoco uniformidad cronológica, ni técnica en cuanto a la aplicación de este principio.

Lo que sí se sabe es que desde que se creó la Sala Constitucional en 1989 se ha empezado a manejar este concepto y a aplicarlo, reconociendo su valor como Principio Constitucional innominado que integra el parámetro del bloque de Constitucionalidad. Sin embargo, aunque este Principio ya se ha utilizado por la Sala Constitucional; nunca antes se había hecho como parámetro medidor de legalidad de la Fecundación *In Vitro*.

b) Concepto

La palabra “Razonabilidad” proviene del latín “rationabilis”, adjetivo que significa arreglado, justo, conforme a razón; el que piensa u obra de una manera que no puede censurarse.¹¹

Es pertinente reconocer que el Principio de Razonabilidad, se aplica especialmente a los Derechos Fundamentales. De ahí la aplicabilidad a la Fecundación *In Vitro* donde están en juego Derechos Fundamentales como la Vida y la Dignidad Humana¹².

De manera que opera como un criterio que permite arribar a una solución justa dentro del Derecho, donde se exige que sea humana, no violenta, no arbitraria y conforme a ciertas razones. Busca es minimizar la arbitrariedad, procurando una armonía con otros principios como Derechos Fundamentales, que también operan como principios.¹³

De manera que hace alusión a la razón, razonamiento o bien algo racional. Así con la Fecundación *In Vitro*, habiendo de por medio tantos Derechos Fundamentales que al parecer son excluyentes entre sí, como lo son el Derecho a la Vida y la Dignidad Humana alegados por la Sala Constitucional en contraposición a los alegados por la Corte

¹¹ HARO Ricardo (2001) La Razonabilidad y las Funciones de Control Ius et Praxis Año 7 No 2: 179 – 186.

¹² ALEXY Robert (2007) “*Teoría de los Derechos Fundamentales*”. 2º Edición. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España

¹³ SAPAG Mariano (2008) “*El Principio de Proporcionalidad (...)*”, Op. cit., pág. 182.

Interamericana de Derechos Humanos como el Derecho a la Vida Privada, la Salud Reproductiva, el Acceso a la Tecnología y el Derecho a la Familia; con la Razonabilidad Jurídica se llega a la ponderación y solución más justa y menos perjudicial, que si se tomara con la seriedad del caso, podría cambiar por completo la opinión de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de la Sala Constitucional de Costa Rica.

El denominado Principio en realidad constituye un sistema al que muchos autores le han denominado “Test de Razonabilidad”, siendo toda una guía de aplicación para el legislador para que este concluya de forma más asertiva e igualitaria, si el procedimiento en juego, no infiere ninguna peligrosidad al ciudadano, ni violación (al menos la violación menos grave) a Derechos Fundamentales.

Si desde el primer sub principio o fase se concluye que la Fecundación *In Vitro* no lo satisface, entonces es suficiente para saber que está en irrazonable, ilógica y hasta inconstitucional.

De esta manera, son tres sub principios los que se derivan de la máxima de Razonabilidad son: el sub principio de idoneidad o adecuación, el sub principio de necesidad o indispensabilidad, y el sub principio de proporcionalidad (en sentido estricto si se usa el principio de proporcionalidad en Europa).

2. NECESIDAD

Para saber si es necesario se deben considerar las circunstancias de la medida: tiempo, modo y lugar; en este sentido, la norma razonable será, entre otras cosas, la que resulte más económica, la que conlleve los menores costos y esfuerzos para la comunidad, la que logre la finalidad en el menor tiempo posible.¹⁴

En cuanto al aspecto económico, los datos arrojan luz en este sentido: Por ejemplo, en Estados Unidos, los precios varían mucho de una clínica a otra, los costos van de los \$15.000 a \$30.000 por cada ciclo de Fecundación *In Vitro* con óvulos o embriones de donantes. Esto

¹⁴ SAPAG Mariano (2008) “*El Principio de Proporcionalidad (...)*”, Op. cit., pág.192.

incluye el costo de la compensación a la donante, que generalmente oscila entre \$5.000 y \$15.000, y el costo de un ciclo de Fecundación In Vitro, que en promedio asciende a \$12.400 por ciclo.¹⁵

En el Hospital CIMA en Panamá se registran precios por cada intento: Congelación de cigotos son \$1000 dólares, transferencia de cigotos congelados \$1000 dólares, donante de óvulos son \$4000 dólares, donante de semen son \$600 dólares, aspiración Epididimal y Testicular \$950 dólares.¹⁶

Otros datos apuntan que se estiman que si se realizan unos 18.500 procedimientos de Fecundación *In Vitro*, por el precio promedio de \$5.500, se estaría en una erogación total por año por parte de dicho universo de aproximadamente \$5 millones.¹⁷

Evidentemente no es la medida más económica.

Sin embargo, respecto a que sea un procedimiento caro, ese dato no es del todo relevante si la técnica fuera a aplicarse a centros privados, sino que lo que interesa o preocupa aún más es que se pretende aplicar a centros de salud del Estado, haciendo uso de fondos públicos y reservas del seguro social aplicado a una técnica que pone en peligro la vida de seres humanos mediante el desecho de óvulos fecundados.¹⁸

¹⁵ BABY CENTER (2012) “Escoger el sexo del bebé: métodos científicos. Aprobado por la Junta de Asesores Médicos de Baby Center en Español”. http://espanol.babycenter.com/preconception/buscando_un_bebe/sexo_del_bebe/ Accesado el 1 de Noviembre del 2012 a las 13:12 horas Estados Unidos.

¹⁶ CENTRO FECUNDAR. “*Fecundación In Vitro*” Accesado el 02 de noviembre del 2012 9:26 Horas de <http://www.centrofecundar.com/invitro.html>. Costa Rica y Panamá.

¹⁷ NÚÑEZ GONZÁLEZ Marco Antonio (2011) “*Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria*”. Expediente N° 17.900 oficio n° st.057-Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica Departamento de Servicios Técnicos Informe Económico Proyecto de Ley.

¹⁸ NAVARRO DEL VALE Hermes (2001) “El Derecho a la vida y la inconstitucionalidad de Fecundación In Vitro”. 1ª Edición Ediciones Promesa, San José Costa Rica.

Precisamente lo sobresaliente es, que en la mayoría de los países donde se practica, es cubierto por clínicas y hospitales privados no públicos. Sin embargo en Costa Rica la Corte Interamericana de Derechos Humanos la ha “obligado” a implementar este método como parte de sus funciones Estatales.

De acuerdo con autoridades de la Caja, la institución requerirá al menos 90 millones de dólares y el gobierno anuncia que podría pedir un presupuesto extraordinario en el Congreso para sumir los costos correspondientes, sin contar que solo en indemnización a las 18 familias demandantes del caso ronda cerca de 200 millones de colones, por los gastos, daños y perjuicios.¹⁹

Por otra parte, se dice que es necesaria, cuando el legislador no hubiera podido elegir otro medio, igualmente efectivo que no restrinja o limita en menor grado el Derecho Fundamental, como es en este caso el Derecho a la Vida.

La Sala Constitucional de Costa Rica lo reitera cuando dice que la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera Jurídica de la persona²⁰

La realidad es que la Fecundación *In Vitro* no es el único método para solventar el problema de la infertilidad, y que entre todos los demás métodos que existen no es tampoco el más seguro o eficaz, por lo que es un tratamiento innecesario, puesto que a diferencia de los demás si violenta el Derecho a la vida con poca probabilidad de éxito en el fin perseguido.

Existen otros métodos, como fármacos para la fertilidad que pueden lograr que tu sistema reproductivo vuelva a funcionar correctamente, inseminación done se coloca una dosis concentrada de espermatozoides en el

¹⁹ Reportaje de Telenoticias. “Costa Rica deberá implementar la fecundación *in vitro* tras la decisión de la CIDH”. Accesado el 19 de febrero del 2013 a las siete horas en el sitio http://www.telenoticias7.com/detalle_especiales.php?id=154633.

²⁰ Sentencia de Sala Constitucional número 03933-98, de las nueve horas cincuenta y nueve minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho.

útero, cirugía para mujeres con las trompas de Falopio que han sido obstruidas, la endometriosis, los fibromas, defectos genéticos o quistes ováricos, cirugía menor llamado laparoscopia que funciona por medio de fibra óptica, la inyección intracitoplásmica de espermatozoides y, en raras ocasiones, la transferencia intratubárica de gametos o la transferencia intratubárica de cigotos. De hecho, a alrededor del 90% de las parejas con problemas de fertilidad que tienen hijos, se las trató solamente con fármacos o cirugía.²¹

Mientras que, por otra parte, a pesar del dominio de la técnica de la Fecundación In Vitro la tasa de éxito es relativamente baja.

En el Congreso de Helsinki, a finales de 1985, se dieron otras cifras: Se indicó que de los 14.585 óvulos fecundados artificialmente, sólo llegaron a ser embriones viables 7,98 de los cuales se perdieron 6,624 y resultaron operativos 1,369 embarazos, de ellos se produjeron 628 abortos y unos 600 nacimientos. Indica que con esta técnica extracorpórea de reproducción humana se resuelven apenas el 17 % de los casos de esterilidad de la pareja, porcentaje poco superior al de otros métodos como el microquirúrgico; la pérdida de embriones es, por tanto, elevadísima.²²

Además, según Navarro la probabilidad de que un matrimonio tenga un hijo con esta técnica, repetida las veces que sean necesarias, es de tan solo un 20%²³

La necesidad de una medida, además, hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad o de un determinado grupo mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que

²¹ BABY CENTER (2012) "*Escoger el sexo del bebé: métodos científicos*". Aprobado por la Junta de Asesores Médicos de Baby Center en Español. Accesado el 1 de Noviembre del 2012 a las 13:12 horas del sitio: http://espanol.babycenter.com/preconception/buscando_un_bebe/sexo_del_bebe/. Estados Unidos.

²² Sentencia No.2306-200 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

²³ NAVARRO DEL VALLE Hermes (2001) "*El Derecho a la vida (...)*", Op. cit., pág.2

si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados.²⁴

Las estadísticas apuntan a que existe un porcentaje bajo de las parejas de Costa Rica son infértiles. De este, si no es realizada la procreación de hijos naturales mediante este procedimiento, no habría mayor repercusión en la sociedad o lesión general. Esta situación solo afecta a un grupo pequeño de personas infértiles.

Por ejemplo, las mujeres, entre los 15 y 49 años, alcanzaron al año 2009 la cifra de 1.235.245 personas, por lo que si se toma esa población como el universo de mujeres en condiciones de procrear, así como que la tasa de infertilidad mundial alcanza el 15%³, esto significa que la infertilidad en Costa Rica puede alcanzar la cifra aproximada de 185.000 mujeres (ya sea por problemas de ellas o de sus parejas). Si bien no todas ellas serían candidatas a la Fecundación *In Vitro* ni todas estarán dispuestas a procrear, se asumirá, a efectos del presente ejercicio, que el 10%⁴ de esas 185.000 mujeres se someterían, en el lapso de 20 años, al procedimiento de Fecundación *In Vitro*. Es decir 18.500 mujeres se realizarán la Fecundación *In Vitro* de una población de más de 4.000.000 de habitantes.²⁵

En definitiva, los sujetos alcanzados y beneficiados son solo un pequeño porcentaje, a saber las parejas que ni pueden concebir naturalmente.

3. IDONEIDAD

El juicio o sub principio de idoneidad (o adecuación) corresponde detectar la finalidad de la medida y una vez detectado el fin, se debe analizar si el medio es idóneo para alcanzarlo²⁶

Si la finalidad de la Fecundación *In Vitro* es correcta, y además este método es el más idóneo para satisfacerlo, entonces deberá ser un método Constitucional, no es solo recaer en la filosofía, religión,

²⁴ Res. Nº 2008-05179 sala constitucional de la corte suprema de justicia. San José, a las once horas del cuatro de abril de dos mil ocho).

²⁵ Oficio Nº ST.057-2011E Asamblea Legislativa de Costa Rica 2011.

²⁶ SAPAG Mariano (2008) "*El Principio de Proporcionalidad (...)*", Op. cit., pág.186.

ciencia, medicina etc.²⁷, sino más bien para analizar cuales medidas existen que satisfagan el problema de la infertilidad y de ellas escoger la más idónea, y la que violente menos, o no violente los Derechos Fundamentales, como el Derecho a la Vida. Si existiera un solo método que satisfaga este fin sin necesidad de valorar cual Derecho se infringe entonces deberá aplicarse, y desecharse la idea de la Fecundación *In Vitro*.

Este sub principio se desarrolla en dos vertientes para determinar la ilicitud de una intervención en un Derecho Fundamental: aquella medida legislativa debe tener un fin legítimo y debe ser objetivamente idónea o adecuada para realizarlo, es decir, que por su medio efectivamente pueda alcanzarse una situación que satisfaga el fin a que supuestamente sirve, por ser ella su consecuencia natural.²⁸

En el presente caso el fin o el resultado esperado, es el de la procreación de parejas que no pueden tener hijos, y que mediante una Fecundación *In Vitro*, se cree le es más fácil obtenerlos. Esto se ha interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el satisfacer el Derecho de Familia y la Salud Sexual y Reproductiva.

En esto, es vital destacar el hecho que aunque el fin que persigue la Fecundación *In Vitro* no es ilegal, tampoco significa que sea legal pues el Derecho a la Familia no radica necesariamente en el Derecho a tener hijos biológicos, el Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva no existe y aunque se procura tratar la esterilidad de las parejas, en la mayoría de los casos es imposible, pues no existe manera alguna que puedan fecundar aún ni por medios naturales, tampoco por medios artificiales.

En efecto, la Constitución de Costa Rica en su artículo 51 menciona que la familia, es el elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene Derecho a la protección especial del Estado. Ya desde el artículo VI de

²⁷ Donde de hecho, no es relevante lo que digan las diversas ramas, en este caso en concreto importa lo que dice el derecho: La vida inicia desde la Fecundación.

²⁸ SÁNCHEZ GIL, Rubén (2007) “*El Principio de Proporcionalidad Instituto de Investigaciones jurídicas*”. México.

la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se reconoce que “*toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella*”, mientras que el párrafo tercero del Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconoce que “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”, disposición que es replicada por el párrafo primero del artículo 23 del Protocolo facultativo al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Sin embargo ¿qué es una familia?

Existen múltiples definiciones de familia, entre ellas se cataloga como un “*conjunto de personas con conceptos de distribución y orden*”, “*un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas*”, que “*está formada por dos o más personas unidas por el afecto, el matrimonio o la filiación, que viven juntas y consumen conjuntamente una serie de bienes en su vida cotidiana*”²⁹

A su vez existen muchos tipos de familia, familias de esposos solamente, o inclusive de parejas de hechos, de esposos con hijos o hijas, parejas de hecho con hijos o hijas, padres conviviendo con sus hijos y abuelos, padres e hijos adoptivos, padres e hijos de ambos padres etc. Los que no cabe duda es que el origen de una familia son el matrimonio aunque lo más común es que se conforme por eventuales hijos, pero no por ello quiere decir que por ello un matrimonio no es una familia³⁰. Es decir, la familia no conlleva siempre la existencia de hijos, y tampoco la existencia de que esos hijos sean biológicos como lo han mencionado las parejas involucradas en el caso de la Fecundación *In Vitro*.

De igual manera, acerca de si la Fecundación *In Vitro* es el medio idóneo para la Salud Sexual y Reproductiva, este Derecho no

²⁹ VALDIVIA SÁNCHEZ Carmen (2008) “*La Familia: Concepto, cambios y nuevos modelos*”. Universidad de Deusto Volumen I La revue du redif. Francia.

³⁰ VALDIVIA SÁNCHEZ Carmen “*La Familia, (...)*, Op. Cit., pag.33.

existe. Solano³¹ por ejemplo, menciona que el Derecho a la Salud, no necesariamente es reconocido como un Derecho Fundamental del ser humano, e inclusive dice que este no existe, sino más bien que es un Derecho que surge como una derivación del Derecho a la Vida.

La atención a la Salud comprende una variada gama de servicios que incluyen desde la prevención de las enfermedades hasta la protección ambiental el tratamiento y la rehabilitación, entre muchos otros, dirigido como fin último a lograr en los seres humanos, un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, pues esta no es siempre posible³².

En el Voto N°2522 del 7 de mayo de 1997, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, establece la relación del Derecho a la Salud como una extensión del Derecho a la Vida, en estrecha relación con los Derechos Sociales también protegidos constitucionalmente.

Pero no existe aún a hoy en ningún texto internacional sobre Derechos Humanos donde se aluda de forma expresa a los Derechos Reproductivos. De hecho, uno de los objetivos prioritarios es en estos momentos es el reconocimiento universal de los llamados Derechos Reproductivos, como una categoría más de Derechos Humanos. Su inclusión en los planes de acción de las Conferencias internacionales sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) y sobre la Mujer (Pekín, 1995), suscitó la oposición y la fuerte reticencia de diversas delegaciones estatales.

Sin embargo la realidad es que esto es solo un “Plan de acción” de lo que algunos Estados esperan que se lleven a cabo, como es el reconocimiento de este Derecho a la Salud Reproductiva, pero es claro que este no está contemplado de forma expresa en ningún libro o doctrina ni jurisprudencia.

³¹ SOLANO CASTILLO Priscilla (2003) “*El Derecho a la Salud y la Reproducción Asistida*”. Medicina Legal de Costa Rica versión impresa ISSN 1409-0015 v.20 n.1.

³² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto 061-96.

En las últimas conferencias mundiales sobre población (1994) y sobre la mujer (1995), aparecieron con fuerza los “*Derechos Reproductivos*”. Se trata de una causa prioritaria para las organizaciones de control de la natalidad, que presionan en la Organización de Naciones Unidas (ONU) para que se le otorgue reconocimiento internacional. Pero, para que se pueda hablar seriamente de “*Derechos Reproductivos*”, es preciso examinar qué fundamento y sentido pueden tener.

En la Conferencia de la ONU sobre Población y Desarrollo en 1994 en El Cairo, Egipto, los estados se comprometieron unánimemente y establecieron, en el Capítulo VII sobre los Derechos y Salud Reproductiva artículo 7.3 del Programa de Acción, lo siguiente:

“Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libremente y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de información y de medios para el/lo y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y re productiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones, no violencia, de conformidad a lo establecido en los documentos de derechos humanos”.

Y esto es lo que se rescata, la no discriminación a la hora de hacer valer este Derecho, que este pueda ser accedido y utilizado de forma imparcial.

Pero por ello, si no existe este Derecho, no se puede hablar de si es idóneo o no, porque se cae al absurdo de discutir sobre la base de algo irreal.

El fin está sustentado sobre un Derecho irreal o inexistente como es el Derecho a la Reproducción que simplemente no existe en ningún ordenamiento, así como el Derecho a la Familia que si bien es cierto si existe, este no radica necesariamente en el Derecho a tener hijos biológicos, como ya ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4. PROPORCIONALIDAD

Este sub principio se trata de una ponderación entre los Principios en juego; requiere, que la medida mantenga una “Relación Razonable” con la finalidad: se examina la relación costo beneficio de la medida con respecto a su finalidad, es decir, entre lo obtenido mediante la medida y lo que se impide por ello.³³

Es decir, hasta qué punto con la Fecundación In Vitro, el daño a Derechos Fundamentales se compensa con los beneficios obtenidos con dicho método. ¿El costo vale la pena en relación al beneficio?

Con la Fecundación *In Vitro*, el Derecho en cuestión es el Derecho la Vida, que es lesionado cuando se desechan óvulos fecundados en el proceso y el Derecho a la Dignidad Humana, cuando se comercia con los óvulos fecundados. Por otra parte el beneficio a este procedimiento es el de procrear, tener una familia (con hijos) acceder a los avances tecnológicos, a la salud sexual y reproductiva, a la vida privada y a la no discriminación.³⁴

No es que uno sea más importante que el otro, pero el medio es desproporcionado con respecto al fin que se desea alcanzar, con relación a los Derechos Fundamentales implicados en el juego.

Los beneficios deben resultar siempre mayores que los costos, de lo contrario, la norma no tendría razón de ser. No se debe realizar un análisis cuantitativo, sino también de costo económico, sujetos alcanzados y sujetos beneficiados, prolongación de la medida en el tiempo y el espacio, etc.

Pero la realidad, es que en la Fecundación *In Vitro*, el costo es elevado, con poca seguridad en los resultados de este procedimiento médico, y abarca a solo una pequeña población del país. Mientras que la violación a la vida, es decir el desecho de óvulos es elevado. En

³³ SAPAG MARIANO (2008) *El Principio de Proporcionalidad (...)*, Op. cit., pág.170.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Artavia Murillo y Otros “*Fecundación In Vitro*” vs. Costa Rica Sentencia de 28 de Noviembre de 2012 Serie C No. 257.

cuanto a los costos monetarios, se dice que En Europa cada ciclo de Fertilización *In Vitro* suele costar entre 3.000 y 5.000 euros.³⁵

Para tener una idea de los porcentajes de óvulos fecundados que son desechados, las cifras brindadas en el IV Congreso Mundial sobre la Fecundación *In Vitro*, celebrado en Australia, en 1985, mencionan que entre 1982 y 1985 se realizaron en todo el mundo más de 30,000 tentativas de Fecundación *In Vitro*, de ellas nacieron 2,300 niños. El porcentaje de malformaciones en general fue mayor al registrado en la fecundación natural. A pesar del mayor dominio de la técnica, se está lejos de asegurar un embarazo, pues la tasa de éxito global está entre el 12% y el 20 % de los embarazos.³⁶

Es decir, más o menos la mitad de los óvulos fecundados, solo la mitad se implantarán en el útero materno, y de estos no todos significarán un embarazo fructífero, peor aún, no todos los embarazos fructífero, resultarán en nacimientos exitosos.

Por otro lado, la técnica de la Fecundación *In Vitro*, es una técnica científicamente compleja, con resultado poco exitoso. Requiere una intervención quirúrgica, por tanto se le deben aplicar los riesgos que estas conllevan. Se trata de un procedimiento costoso, largo, y no siempre funciona en la primera ocasión.³⁷

Es un procedimiento largo, y peligroso y además sin garantía de un resultado positivo o el deseado, pues como se demuestra existen riesgos de embarazos múltiples, enfermedades, abortos, etc., y en los padres todo un procedimiento engorroso y cansado. En ciclos donde se transfieren dos embriones la probabilidad de tener un embarazo

³⁵ FERTILIDAD ELEMBARAZO.NET (2012) “*Fecundación in vitro: características generales*”. Accesado el 29 de Octubre del 2012 a las 10: 05 horas del sitio: <http://fertilidad.elembarazo.net/fecundacion-in-vitro.html>.

³⁶ Resolución 2000-02306 San José, a las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del dos mil Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

³⁷ FERTILIDAD ELEMBARAZO.NET (2012) “*Fecundación in vitro: características generales*”. Accesado el 29 de Octubre del 2012 a las 10: 05 horas del sitio <http://fertilidad.elembarazo.net/fecundacion-in-vitro.html>.

gemelar es del 6%, donde se transfieren tres embriones la probabilidad es del 12% y la de tener un embarazo triple del 3%. Otros resultados de este método son Infección genital, torsión o rotura de los ovarios, riesgos derivados de la anestesia, hemorragias o lesiones viscerales en el curso de la punción folicular, etc.³⁸

Datos en otros países como Panamá arrojan luz a que la posibilidad de lograr embarazo es máximo 15% por cada cigoto en mujeres jóvenes, de tal forma que los centros que transfieren 2 cigotos rutinariamente, con suerte logran 30% de tasa global de embarazo; el porcentaje global de embarazo en el 2011 fue de 47% y el porcentaje de embarazo múltiple fue de solo 15% es decir, 85% de los embarazos fueron de solo un bebé.³⁹

El riesgo de que los embarazos exitosos resulten en embarazos tanto en las Trompas como en el útero a la vez, es decir, ectópico, así como niños con malformaciones y enfermedades. El embarazo ectópico por ejemplo, ocurre cuando el bebé comienza a desarrollarse fuera de la matriz (útero), comúnmente en las Trompas de Falopio. Sin embargo, también pueden presentarse en raras ocasiones en los ovarios, el área del estómago o en el cuello uterino. Es un fenómeno que se observado con mayor incidencia en pacientes con trompas lesionadas. La frecuencia de un embarazo ectópico cuando se realiza la Fecundación *In Vitro* es superior a la existente en los embarazos espontáneos alrededor del 3%⁴⁰

³⁸ INFERTILIDAD ONLINE “*Fecundación In Vitro (FIV)*”. Accedido el 04 de Noviembre del 2012 a las 16:50 Horas del sitio <http://www.invitrotv.com/esterilidad-e-infertilidad/resultados-y-riesgos-de-las-tecnicas-de-reproduccion-asistida>.

³⁹ CENTRO FECUNDAR. “Fecundación In Vitro”. Accesado el 02 de noviembre del 2012 9:26 Horas de <http://www.centrofecundar.com/invitro.html>. Costa Rica y Panamá.

⁴⁰ INFERTILIDAD ONLINE “*Fecundación In Vitro (FIV)*”. Accedido el 04 de Noviembre del 2012 a las 16:50 Horas del sitio <http://www.invitrotv.com/esterilidad-e-infertilidad/resultados-y-riesgos-de-las-tecnicas-de-reproduccion-asistida>

En relación a las enfermedades y malformaciones encontramos un aumento de entre un 20% a 30% en el riesgo de malformaciones. En algunos problemas neurológicos de los hijos influye el estado de los óvulos y espermios de sus padres, la edad, etc. Por ejemplo el Autismo se correlaciona con la edad de los padres y ha aumentado en los generados *In Vitro* tanto el Síndrome de Angelman (retraso del desarrollo neurológico severo del lenguaje, convulsiones y ataxia) como el síndrome de Beckwith-Wiedemann (con un crecimiento excesivo prenatal, defectos de la pared abdominal como hernia umbilical, y anomalías en el oído externo, entre otras). Y también algunos tipos de tumores infantiles.⁴¹

El riesgo de embarazo múltiple, donde pueden nacer mellizos, trillizos e incluso cantidades exageradas de niños, es mucho mayor en pacientes que realizan este procedimiento. La tasa de mellizos con es de aproximadamente 25% y la tasa de trillizos o más es de aproximadamente 5%. Los embarazos múltiples se complican por un riesgo incrementado de trabajo de parto pre término, parto prematuro, hemorragia materna, parto por cesárea, hipertensión asociada al embarazo y diabetes gestacional.⁴²

Hay una incidencia mayor de embarazos múltiple de 20 a 30%, ectópicos 5,25%, aborto 26,9%, partos prematuros 20%, nacidos muertos 2,40%⁴³ Además, después de los 35 años, representa un riesgo materno fetal en las mujeres que portan embarazos mayores a la conceptuada como natural fisiológico máxima que es de 35 años. Estas consecuencias

⁴¹ LÓPEZ MORATALLA Natalia y BEUNZA Mercedes (2012) "El precio a pagar por el "milagro" de la fecundación in vitro. Crónicas de la ciencia". España.

⁴² NASCENTIS, Centro de alta complejidad, acreditado por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva "Medicina Reproductiva. Riesgos de la Fecundación In Vitro" Accedido el 05 de Diciembre del 2012 a las 8:45 Horas en el sitio: http://www.nascentis.com/riesgos_FIV?PHPSESSID=4ddbba09a31458e8acc6c56c5a722886.

⁴³ NAVARRO DEL VALLE Hermes (2001) "*El Derecho a la vida (...)*", Op. cit., pág.2

⁴⁴ TREJOS Gerardo (2008) "*La prohibición de la Fecundación In Vitro en Costa Rica*". Editorial Juricentro San José Costa Rica.

con como por ejemplo, síndrome de Down, alteraciones cromosómicas similares, riesgos de enfermedades durante la gestación como cerebrales, hemiplejías y hándicap, así como complicaciones cardiovasculares, y múltiples complicaciones durante el parto.⁴⁴

5. CONCLUSIONES

De este se concluye que:

Primero: La Fecundación In Vitro es un método innecesario. Ha quedado demostrado a lo largo de esta investigación que este método conlleva un costo económico elevado, donde ronda a miles de dólares, de los cuales en la mayoría de los países donde se practica, es cubierto por clínicas y hospitales privados, pero que en Costa Rica se debe implementar este método como parte de sus funciones Estatales.

No es un secreto que Costa Rica es un país de tercer mundo, pobre, con un sistema de seguro social y de salud pública en crisis, donde cientos de personas esperan por años una operación, un tratamiento para enfermedades terminales o crónicas, trasplantes, medicamentos etc., que en muchas ocasiones son postergados o negados por falta de recursos monetarios del Estado, es más, no hay dinero ni para pagar a los empleados públicos de este sector.

Estamos ante un método de lujo, excesivamente caro que en muchos de los casos será dinero mal aprovechado en el sentido que muchas parejas aún ni con el procedimiento obtendrán la finalidad deseada como es tener hijos, así se realizaran múltiples tratamientos de Fecundación In vitro. La infertilidad, si bien es cierto es una enfermedad, no se considera que tenga la gravedad de un cáncer o un sida donde se desmejora la calidad de vida de un ser humano, dándose una necesidad urgente de crear las condiciones necesarias para atender este tipo de males; la infertilidad en cambio, la consecuencia es la impotencia de un persona por no ser madre o padre biológico (pues podría serlo adoptivo), pero no el detrimento de su salud de manera que le imposibilite su desarrollo normal en sociedad. Y, aunque es cierto que el Estado debe velar por o el interés y protección de determinados grupos que usualmente enfrentan desventajas sociales, como las parejas infértiles, no se puede hacer violentando un Derecho Fundamental, incluso el Derecho Fundamental más importante como es el Derecho a la Vida

Humana, y no se puede justificar que se va a violar la vida, matando embriones humanos con el propósito de solventar la necesidad de un grupo minoritario que presentan la discapacidad que no afecta en nada la calidad de su vida, solo generar frustración. El problema es que cada intento por atender frustraciones como estas, que vale mencionar que no son necesidades reales; deberá ser asumido por el Estado y por ende por todos los ciudadanos y Costa Rica simplemente no tiene las condiciones económicas, ni está preparada para solventar el problema de la infertilidad con la Fecundación *In Vitro*.

No persigue un fin general, ni beneficia a la colectividad, el interés que existe es más bien privado con carácter comercial pues es todo un negocio para médicos y hospitales privados y no público ni colectivo, como es el de procrear, tener hijos biológicos.

Segundo: Es el procedimiento menos idóneo. La finalidad perseguida con la Fecundación *In Vitro* es tratar y eliminar el problema de infertilidad de muchas parejas en Costa Rica, es decir, procurar la procreación de parejas que no pueden tener hijos, y que mediante una Fecundación *In Vitro*, consideran le es más fácil obtenerlos.

Efectivamente existen otros mecanismos que solucionen la necesidad existente, pudiendo cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del Derecho en cuestión, como fármacos, cirugías, inyecciones, entre otras. De hecho, la mayoría de las parejas con problemas de fertilidad que tienen hijos, se las trató solamente con fármacos o cirugía. Por lo que la Fecundación *In Vitro*, no es el único método creado para llegar a este fin, como es la procreación de un hijo para parejas estériles, de manera que no se puede decir a ciencia cierta que es el método más idóneo.

El fin es fecundar a una mujer o a una pareja que sencillamente por su condición biológica o enfermedades genéticas o contraídas, no podrán tener hijos aún ni con la Fecundación *In Vitro*. Sustentado sobre un Derecho irreal o inexistente como es el Derecho a la Reproducción que simplemente no existe en ningún ordenamiento, así como el Derecho a la Familia que si bien es cierto si existe, este no radica necesariamente en el Derecho a tener hijos biológicos, como ya ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tercero: La Fecundación In Vitro es desproporcional. El carácter de la medida y la relevancia de la finalidad que implica no ha sido bien fundamentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lesionando mientras tanto los Derechos Fundamentales derivada de la medida, siendo mayor esta lesión que el beneficio que traería la finalidad perseguida.

Con la Fecundación In Vitro, ese violenta expresamente el Derecho la Vida, cuando se desechan óvulos fecundados en el proceso y el Derecho a la Dignidad Humana, cuando se comercia con los óvulos fecundados tal fueran mercancía u objeto comercializable.

Por otra parte el beneficio a este procedimiento es el de procrear, tener una familia (con hijos) acceder a los avances tecnológicos, a la salud sexual y reproductiva, a la vida privada y a la no discriminación, los cuales son válidos ante la ley ya la sociedad pero no son equiparables al valor que tiene el Derecho a la Vida, no pueden ni siquiera compararse. Sería absurdo decir que por proteger el Derecho al acceso tecnológico se puede asesinar a un ser humano o pensar que por respeto a la vida privada se debe permitir que se compren o vendan en general se comercien niños o mujeres, sería ilógico e irracional.

En efecto, no es posible que por hacer valer el Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva se genere la violación a la vida de una persona, como es el de seleccionar que ser humano es el más adecuado para vivir (los óvulos fecundados) y los que no son aptos para insertarse en el útero y poder desarrollarse, desecharlos como simples objetos.

Es un proceso que no vale la pena, que es innecesario para obtener el resultado deseado, pues se sacrifica más en el tratamiento que lo que se obtiene: una vida humana a costa de decenas que fueron desechadas.

Dicho de esta forma, si se compara el beneficio de la Fecundación In Vitro como es el de procrear niños con la restricción al Derecho de la Vida que es el Derecho violentado, de manera que el costo sea mayor que el beneficio, que además no beneficia a una colectividad, se estaría hablando de un método irrazonable por ser desproporcional.

Además, en la Fecundación In Vitro, el costo es elevado, los sujetos alcanzados y beneficiados son un pequeño porcentaje, por lo que no hay

proporción entre el costo monetario con los resultados, pues con cada Fecundación *In Vitro* que el Estado realice en una persona, cada fallo significará un gasto y al final un gasto exagerado, donde en la mayoría de los casos nunca se obtendrá el resultado deseado. Entonces si no hay límites, no hay proporción, y esto es lo que ha indicado la Corte interamericana de Derechos Humanos, que en pro de los Derechos alegados, Costa Rica debe realizar la Fecundación *In Vitro* a todos los ciudadanos e implementar las medidas necesarias para ello; de manera que si es una obligación para el Estado las parejas podrán optar por el procedimiento las veces que lo quieran, esperando alcanzar el fin deseado. Todo esto es desconcertante y desproporcional.

Evidentemente la finalidad de la Fecundación *In Vitro* es no solo el facilitar, si no en muchos casos el crear la posibilidad de una fecundación en padres infértiles, incapaces de procrear, la finalidad es erradicar esta situación de infertilidad, es relevante únicamente para este grupo.

Es cierto la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene las potestades suficientes para ordenar al Estado de Costa Rica que implemente la Fecundación *In Vitro*, pues sus sentencias son vinculantes, de hecho, lo que le corresponde a Costa Rica ahora es únicamente implementarla, mas sin embargo no por ello se puede dejarse de cuestionar los argumentos de dicha sentencia y considerar la Razonabilidad de las mismas.

La Fecundación *In Vitro* no aprueba el Test de Razonabilidad Jurídica, convirtiéndole simplemente en un procedimiento inconstitucional e imposible de introducirse en el Ordenamiento Jurídico de Costa Rica, de manera que el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, carece de lógica y razón, además de que no se apega al principio realidad.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY Robert (2007) “*Teoría de los Derechos Fundamentales*”. 2° Edición. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España.
- BABY CENTER (2012) “*Escoger el sexo del bebé: métodos científicos. Aprobado por la Junta de Asesores Médicos de Baby Center en Español*”. Accesado el 1 de Noviembre del 2012 a las 13:12 horas Estados Unidos. http://espanol.babycenter.com/preconception/buscando_un_bebe/sexo_del_bebe/. Estados Unidos.
- CENTRO FECUNDAR. “*Fecundación In Vitro*” Accesado el 02 de noviembre del 2012 9:26 Horas de <http://www.centrofecundar.com/invitro.html>. Costa Rica y Panamá.
- CLÍNICA DE REPRODUCCIÓN VITA NOVA. “*Fecundación in vitro (FIV) Fases de la FIV*”. Moscú Rusia Accesado el 31 de Octubre del 2012 a las 11:09 Horas <http://vitanovaclinic.ru/es/eko/>.
- FERNÁNDEZ NIETO Josefa. (2008). “*Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales: Una perspectiva desde el derecho público común europeo*”. Editorial DYKINSON Madrid. España,
- FERTILIDAD ELEMBARAZO.NET (2012) “*Fecundación in vitro: características generales*”. Accesado el 29 de Octubre del 2012 a las 10: 05 horas del sitio <http://fertilidad.elembarazo.net/fecundacion-in-vitro.html>.
- HARO Ricardo (2001) “*La Razonabilidad y las Funciones de Control Ius et Praxis*” Año 7 No 2: 179 – 186.
- INFERTILIDAD ONLINE “*Fecundación In Vitro (FIV)*”. Accedido el 04 de Noviembre del 2012 a las 16:50 Horas del sitio: <http://www.invitrotv.com/esterilidad-e-infertilidad/resultados-y-riesgos-de-las-tecnicas-de-reproduccion-asistida>.
- LÉPIZ RAMOS, Otto Eduardo. (2009) “*El Juicio estricto de Razonabilidad*”. Tesis Estudios de posgrado Universidad de Costa Rica.
- LÓPEZ MORATALLA Natalia y BEUNZA Mercedes (2012) “*El precio a pagar por el “milagro” de la fecundación in vitro. Crónicas de la ciencia*”. España.

- NASCENTIS, Centro de alta complejidad, acreditado por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva “*Medicina Reproductiva. Riesgos de la Fecundación In Vitro*” Accedido el 05 de Diciembre del 2012 a las 8:45 Horas en el sitio: http://www.nascentis.com/riesgos_FIV?PHPSESSID=4ddbba09a31458e8acc6c56c5a722886.
- NAVARRO DEL VALLE Hermes (2001) “*El Derecho a la vida y la inconstitucionalidad de Fecundación In Vitro*”. 1ª Edición Ediciones Promesa, San José Costa Rica.
- NÚÑEZ GONZÁLEZ Marco Antonio (2011) “*Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria*”. Expediente N° 17.900 oficio n° st.057-Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica Departamento de Servicios Técnicos Informe Económico Proyecto de Ley.
- PEREIRA SÁEZ Carolina. (2004) “*Una Contribución al Estudio del Empleo del Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia Reciente del Tribunal Constitucional*”. I Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña REV AD N° 08, España.
- REPORTAJE DE TELENOTICIAS. “*Costa Rica deberá implementar la fecundación in vitro tras la decisión de la CIDH*”. Accesado el 19 de febrero del 2013 a las siete horas en el sitio: http://www.telenoticias7.com/detalle_especiales.php?id=154633.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén (2007) “*El Principio de Proporcionalidad Instituto de Investigaciones jurídicas*”. México.
- SAPAG Mariano (2008) “*El Principio de Proporcionalidad y de Razonabilidad como límite constitucional del estado: un estudio comparado*”. Di Kaion N° 17 Universidad de la Sabana. Colombia.
- SOLANO CASTILLO Priscilla (2003) “*El Derecho a la Salud y la Reproducción Asistida*”. Medicina Legal de Costa Rica versión impresa ISSN 1409-0015 v.20 n.1. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto 061-96.
- TREJOS Gerardo (2008) “*La prohibición de la Fecundación In Vitro en Costa Rica*”. Editorial Juricentro San José Costa Rica.
- VALDIVIA SÁNCHEZ Carmen (2008) “*La Familia: Concepto, cambios y nuevos modelos*”. Universidad de Deusto Volumen I La revue du redif. Francia.

EJECUCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO FIRME Y FAVORABLE AL ADMINISTRADO

Enrique López Jiménez (*)
Abogado
Universidad de Costa Rica

(Recibido 30/10/12 • Aceptado 11/11/13)

(*) Santa Ana, centro comercial Avalon, oficina A-14
elopez@usi-consulting.com
(506) 2203-7013 / (506) 2203-811 / (506) 8841-1056

Resumen: El presente artículo analiza el proceso judicial de ejecución del acto administrativo firme y favorable al administrado recogido en el Código Procesal Contencioso Administrativo. Sin embargo, se podrá apreciar que se trata de una reproducción no literal del artículo 228 de la Ley General de la Administración Pública. Para concluir consideramos que se trata de un proceso expedito y sumario poco utilizado y legado de la genialidad del profesor Eduardo Ortiz Ortiz.

Palabras Claves: acto administrativo, eficacia material del acto administrativo, ejecución de acto administrativo, proceso de ejecución de acto firme y favorable, proceso de ejecución.

Abstract:

The study analyzes the judicial proceeding of enforcement of a final administrative act favorable to the petitioner, according to the Code of Administrative-Litigious Process. However, it will be seen just a non-literal transcription of Article 228 of the General Law of Public Administration. Finally, we consider that this is an expeditious and brief process, a brilliant legacy from Professor Eduardo Ortiz Ortiz, which is not used very frequently.

Keywords: administrative act, material effectiveness of the administrative act, enforcement of the administrative act, process of enforcement of final and favorable administrative act, enforcement process.

Sumario:

- 1) De los actos administrativos y su eficacia material
- 2) Límites objetivos para la ejecución del acto administrativo firme y favorable
- 3) Procedimiento a seguir
- 4) Conclusion

Bibliografía

1) DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y SU EFICACIA MATERIAL

La actuación formal de la Administración, materializada en *actos administrativos* en sentido estricto, se encuentra impregnada, al igual que toda conducta administrativa, por las *particularidades de régimen* del sujeto de que emana. El acto responde a la necesidad de cumplimiento y satisfacción de los fines perseguidos por la Administración, o sea, es una conducta eminentemente teleológica.

Precisamente por su carácter teleológico el acto administrativo está destinado a producir efectos jurídicos que pueden recaer directamente en la esfera de derechos de los administrados o de un administrado en concreto. En ese sentido, para procurar la eficacia del acto de manera pronta y sin demora los actos se encuentran investidos de dos importantes presupuestos como lo son la legitimidad y ejecutividad de los mismos partiendo de la prerrogativa de autotutela de la Administración en sus dimensiones declarativa y ejecutoria.

Estas afirmaciones de principio son de indiscutible recibimiento por la doctrina y de expresa recepción por la legislación y jurisprudencia tanto costarricense como internacional. Sin perjuicio de lo anterior, en no pocas ocasiones los actos adoptados por la Administración no surten efectos jurídicos por *inactividad material de la Administración*.

En este caso la legislación española prevé en los artículos 29.2, 32.1, 71 inciso c) y 78 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa una vía procesal para materializar el derecho a una prestación concreta de la Administración derivada de un acto administrativo con alcances particulares. Procedimiento adecuado para la «ejecución de actos presuntos por silencio administrativo» (S. 30 de marzo 2006. Ar.5279)¹, y que como afirma GONZÁLEZ-VARAS:

*“El funcionamiento de este[...] sistema de la LJCA de 1998, [...] requiere de un margen de apreciación judicial inevitable en cuanto a la valoración de la existencia, en el caso concreto, de un derecho subjetivo”.*²

¹ Tomada de GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. (2008) *Código de la Justicia Administrativa*. Segunda ed. Editorial Aranzadi. España. Volumen. II. p. 2613.

² GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. (2008) *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III. Volumen I. (Contencioso-Administrativo) Primera ed. Editorial Aranzadi-Thomson-Civitas. España. p. 535.

En estos casos, debe recurrirse entonces a un proceso de conocimiento (abreviado) para obtener una declaración expresa del juzgador de instancia de la obligación concreta de la Administración de reconocer al administrado un derecho subjetivo derivado del acto administrativo firme.³ Nos encontramos entonces con la tutela judicial por inacción de la Administración, o mejor dicho, por inactividad material de la Administración.

Sin perjuicio de lo anterior, el ordenamiento jurídico administrativo costarricense ofrece una salida más celerante a la problemática de la inactividad administrativa garantizando, exclusivamente, la ejecución judicial de los actos firmes y favorables al administrado a través del proceso de ejecución de sentencia.

La ejecución del acto administrativo firme y favorable al administrado se encuentra prevista en el artículo 228 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP) que dice:

“Artículo 228.- () La Administración deberá dar cumplimiento a los actos administrativos firmes, a cuyo efecto serán aplicables las disposiciones del capítulo de ejecución de sentencias del Código Procesal Contencioso-Administrativo”.*⁴

Si bien es una medida paliativa para evitar la inactividad material de la Administración en términos generales, se puede afirmar que es una garantía de ejecutoriedad del acto (eficacia material) para la protección del derecho subjetivo reconocido por la Administración al administrado. Por ello, la comisión redactora del Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA) consideró que era menester reiterar este mandato legislativo en el CPCA, como afirma GONZÁLEZ CAMACHO:

³ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. (2001) *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Tercera ed. Civitas Ediciones. España. pp. 249-250. Pueden verse también las importantes acotaciones del profesor Raúl BOCANEGRA SIERRA en: AAVV. (2005) *Diccionario de Derecho Administrativo*. Primera ed. Editorial Iustel. pp. 78-79

⁴ (*) La frase “Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” del presente artículo ha sido sustituida por “Código Procesal Contencioso-Administrativo” mediante Ley N°. 8508 de 28 de abril de 2006. Alcance N°. 38 a La Gaceta N°. 120 del 22 de Junio de 2006.

ENRIQUE LÓPEZ JIMÉNEZ: Ejecución del acto administrativo firme y favorable al administrado

“En el artículo 176 del CPCA se incorpora una figura ya existente en nuestro ordenamiento (artículo 228 de la LGAP), pero que por el ámbito cercenado de cobertura que posee aquella ley, se quiso reiterar en el Código con vocación de universalidad para toda la Administración Pública. Se trata de la ejecución forzosa de acto administrativo firme y favorable al administrado.

Estaríamos frente a esos supuestos en los que se ha conferido un derecho por parte de la Administración y esta no cumpla con ello. En tal supuesto el beneficiario puede acudir a la vía directa de la ejecución para compeler a la Administración al cumplimiento efectivo de lo que ella misma otorgó y ahora niega”.⁵

En el mismo sentido se expresa JINESTA LOBO:

“El artículo 176, reitera lo establecido por la LGAP en el ordinal 228, en el sentido que las Administraciones Públicas deben dar cumplimiento a los actos firmes y favorables para los administrados, siendo que en caso de incumplimiento, éstos pueden acudir al proceso de ejecución de sentencia para lograrlo, con la intervención independiente e imparcial del juez ejecutor evitándose así desgastarse inútilmente en la vía administrativa”.⁶

Así, el artículo 176 del CPCA, haciendo “eco” del 228 de la LGAP, afirma que:

“Artículo 176. - *Cuando la Administración Pública no cumpla sus actos firmes y favorables para el administrado, este podrá hacerlos ejecutar, de conformidad con el presente capítulo”.*

Como también lo indica la jurisprudencia del TCA:

“Los actos administrativos firmes creadores de derechos se pueden también ejecutar por el trámite propio de las sentencias, artículo 228 de la Ley General de la Administración Pública”.⁷

⁵ GONZÁLEZ CAMACHO, Óscar Eduardo. “La ejecución de sentencia”. p. 607, en: AAVV. (2006) *El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo*. Primera ed. Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial. Costa Rica.

⁶ JINESTA LOBO, Ernesto. (2008) *Manual del Proceso Contencioso-Administrativo*. Primera ed. Editorial Jurídica Continental. Costa Rica. pp. 280-281.

⁷ Res. **210-99**, 10:30 hrs. 22 de junio de 1999, del TCA-S1. **“procedimiento excepcional y sumario, con auxilio del Juez Contencioso [...]”**. Res. **221-2008** de las 15:27 hrs. del 27 de junio de 2008, del TCA-S2.

En el mismo sentido, se puede consultar: la Res. **278-96** de las 16:10 horas del 16 de septiembre de 1996, del TCA-S1; la Res. **508-2003** de las 11 horas del 19 de diciembre del 2003, del TCA-S1; la Res. **495-2004** de las 11:15 hrs. del 29 de septiembre del 2004, del TCA-S2; la Res. **481-2004** de las 9:35 hrs. del 30 de noviembre de 2004, del TCA-S3 y la Res. **221-2008** de las 15:00 hrs. del 27 junio de 2008, del TCA-S2. Y más recientemente la Res. **2014-09** dictada en la audiencia oral celebrada a las 16:00 hrs. del 17 de setiembre del año 2009 por la Jueza Ejecutora del TCA bajo el expediente 09-0001814-1027-CA (“Por tanto” visible en el Acta de Dictado de Resolución No. **2014-09**).⁸

2) LÍMITES OBJETIVOS PARA LA EJECUCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO FIRME Y FAVORABLE

El proceso de ejecución de acto firme y favorable se sustenta de forma incuestionable en las presunciones de legitimidad y ejecutividad del acto administrativo que de acuerdo con GARCÍA-TREVIJANO FOS traen consigo una gran importancia procesal:

*“El carácter de presunción legal tiene su importancia procesal, ya que invierte la carga de la prueba; la persona que tiene a su favor una presunción adopta una posición más cómoda que otra que no la tenga, ya que no tiene porque probar aquellos hechos incluidos en la esfera de la presunción”.*⁹

De la redacción de los artículos 228 de la LGAP y 176 del CPCA se desprenden dos límites objetivos para la presentación de una acción para la ejecución del acto administrativo. El acto en cuestión debe cumplir al menos con las siguientes características:

- (a) **Debe tratarse de un acto firme.** La firmeza del acto deviene como consecuencia de su “irrecurribilidad” en vía administrativa o jurisdiccional, *“bien por haber transcurrido los plazos legalmente previstos para interponer los correspondientes recursos*

⁸ Véase también la jurisprudencia transcrita en: CÓRDOBA ORTEGA, Jorge. (2005) *Ley General de la Administración Pública –Con jurisprudencia constitucional, laboral, penal y contencioso-administrativa–*. Tercera ed. Editorial Investigaciones Jurídicas IJSA. Costa Rica. pp. 573-575.

⁹ GARCÍA-TRAVIJANO FOS, José Antonio. (1986) *Los Actos Administrativos*. Primera ed. Editorial Civitas. Madrid. p. 102.

administrativos o jurisdiccionales (acto consentido), bien por haber sido confirmado por una resolución judicial firme".¹⁰ Y en el mismo sentido, el acto debe encontrarse vigente y no haber sido revocado de oficio por un acto posterior a este.

- (b) **Debe ser un acto favorable y creador de derechos.** En otras palabras, un acto del cual puedan derivarse derechos subjetivos a favor del administrado. Se podría criticar, como lo hizo el profesor GONZÁLEZ PÉREZ, que los alcances de este artículo no debieron restringirse a los efectos favorables y extenderse también a los efectos negativos.

Este límite impuesto al ejercicio de la "acción de ejecución del acto" quiebra con la noción tradicional de impugnación de acto que caracteriza la tutela de la jurisdicción contenciosa, pero también la noción tradicional de ejecución forzosa como manifestación exclusiva de la autotutela administrativa "*y en atención a las exigencias del concreto interés público en juego; como regla general los intereses públicos no son demorables, y en, consecuencia, los actos de la Administración son también, como regla general, «inmediatamente» ejecutivos [...]»*"¹¹.

No es la Administración la que forzosamente ejecuta el acto, sino el administrado el que compele a la Administración, por intermedio del juez contencioso, al cumplimiento de las obligaciones contraídas y de los derechos subjetivos incorporados y reconocidos en el acto firme y favorable.

La labor del juez contencioso se limitará en determinar si se encuentra ante un acto firme, o sea, un acto que no haya sido revocado por alguno de los medios previstos por el ordenamiento (de oficio o a gestión de parte). Así mismo, deberá determinar si el acto es productor de derechos subjetivos a favor del recurrente.

Sin embargo, se deben tener en cuenta dos situaciones particulares de nuestro ordenamiento jurídico. La primera de ellas relativa al carácter potestativo del agotamiento de la vía administrativa conforme a los

¹⁰ AAVV. *Diccionario de Derecho Administrativo*. óp. cit. p. 84.

¹¹ GUAITA, Aurelio. (1958) "*Eficacia del acto administrativo*". *Revista de Administración Pública* (25). Enero-abril. p. 174.

artículos 31 y 33 del CPCA razón por la cual resulta dudoso en qué momento se puede tener por irrecurrible el acto administrativo. Por ello, debe tenerse por firme el acto comunicado al administrado, por notificación o por publicación, con las excepciones de los artículos 140 y 141.2 de la LGAP, o sea, desde su eficacia formal. Salvo que se trate de los supuestos de obligatorio agotamiento de la vía administrativa (art. 31.1 del CPCA).

La segunda situación a tener en consideración radica en el régimen de nulidades previsto en la LGAP según el cual los actos declaratorios de derechos solo pueden ser revocados de oficio por el procedimiento previsto en el artículo 173 de la LGAP que recoge la denominada teoría de los actos propios.¹² El artículo 173 de la LGAP prevé un procedimiento “*agravado*” de anulación de los actos declaratorios de derechos requiriendo para ello:

- i. Que la nulidad sea evidente y manifiesta. Puede ser declarada por la Administración en la vía administrativa sin necesidad de recurrir al proceso de lesividad.¹³
- ii. Se requiere de un dictamen previo y favorable de la Procuraduría General de la República o de la Contraloría General de la República, esto último en caso que el acto se encuentre relacionado con el proceso presupuestario o contratación administrativa. El dictamen será obligatorio y vinculante para la Administración.
- iii. El dictamen debe pronunciarse “*expresamente sobre el carácter absoluto, evidente y manifiesto de la nulidad invocada*” (art. 173.1 de la LGAP).

¹² Vid. SOSTO LÓPEZ, Federico. “*Una reforma incompleta sobre las competencias de anulación administrativa*”. pp. 1141-1175, en: AAVV. (2003) *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante. Tomo II. Primera ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Costa Rica. Y el clásico ORTIZ ORTIZ, Eduardo. “*Nulidades del acto administrativo en la Ley General de la Administración Pública* (Costa Rica)”. pp. 381-482, especialmente las pp. 420-426, en: AAVV. (1982) *Revista del seminario internacional de derecho administrativo. Primera ed. Colegio de Abogados de Costa Rica*.

¹³ Vid. JIMÉNEZ MEZA, Manrique. (2008) “*El proceso de lesividad en Costa Rica a la luz del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo*”. *Revista Ivstitia* (25). julio-agosto.

- iv. Si se trata de la Administración central la nulidad será declarada por el Ministro del ramo que lo dictó. “Cuando se trate de otros entes públicos o Poderes del Estado, deberá declararla el órgano superior supremo de la jerarquía administrativa. Contra lo resuelto cabrá recurso de reposición o de reconsideración, en los términos del Código Procesal Contencioso-Administrativo” (art. 173.2 de la LGAP).
- v. Previo al dictado del acto anulatorio se debe dar audiencia a la parte involucrada en aras del debido proceso.
- vi. La potestad de revisión oficiosa debe ejercerse dentro del año siguiente a la adopción del acto “salvo que sus efectos perduren” (art. 173.4 de la LGAP).
- vii. La nulidad del acto que anulatorio obligará también “*al pago por daños, perjuicios y costas; todo sin perjuicio de las responsabilidades personales del servidor agente, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 199*” (art. 173.5 de la LGAP).

En razón de lo anterior, el acto, con apoyo de las presunciones de legitimidad y ejecutividad, se basta a sí mismo para garantizar su ejecutoriedad a través del proceso previsto en los artículos 228 de la LGAP y 176 del CPCA. Sin embargo, el artículo 169 de la LGAP afirma que: “No se presumirá legítimo el acto absolutamente nulo, ni se podrá ordenar su ejecución”; razón por la cual se debe realizar, al menos, una revisión sumaria (sumaria cognitio) de la inexistencia de vicios de nulidad absoluta del acto sin pretender “ordinariar” el proceso de ejecución.¹⁴

Si bien se afirmó, con cita de GARCÍA TREVIJANO-FOS, que la presunción de validez del acto beneficia al administrado obligando a la Administración a demostrar que el acto no se encuentra firme por haberse revocado o anulado por la Administración o un tribunal contencioso, esta posición no es unánime dado “*que una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo [español] niega que la presunción de validez de los*

¹⁴ “Siempre ha sido objeto del debido examen, si en verdad es un acto administrativo ejecutivo y ejecutorio, [...] (Sección Primera, No. 278-96 de las 16:10 horas del 16 de septiembre de 1996)”. Res. 495-2004 de las 11:15 hrs. del 29 de setiembre de 2004, del TCA-S2.

actos administrativos permita alterar las reglas generales procesales sobre la carga de la prueba".¹⁵

3) PROCEDIMIENTO A SEGUIR

De conformidad con los citados artículos 228 de la LGAP y 176 del CPCA corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa la ejecución de los actos firmes y favorables al administrado. El procedimiento a seguir, conforme a las disposiciones citadas, es el contenido en el título VIII, "Ejecución de sentencias", capítulo I, "Ejecución de sentencias de procesos contencioso-administrativos y civiles de hacienda", del CPCA.¹⁶

Y así lo afirma la Res. 389-09 de las 11:30 hrs. del 10 de marzo de 2009 del, TCA-S6, que dice:

"[...] de conformidad con lo dispuesto en los artículos 228 de la Ley General de la Administración Pública y 176 del Código Procesal Contencioso Administrativo, se aplicará el Proceso de Ejecución de Sentencias de los Procesos Contencioso Administrativos y Civiles de Hacienda -regulado en el Capítulo I, del Título VIII,

¹⁵ BOCANEGRA SIERRA, Raúl. (2005) *La teoría del acto administrativo*. Primera ed. Editorial Iustel. España. pp. 124-125. La línea jurisprudencial a la que hace referencia el autor se encuentra en la sentencia de 3 de febrero de 1999 (en contra puede verse la sentencia de 27 de abril 2000) que afirma que: *"el principio de presunción de validez de los actos administrativos despliega una eficacia meramente extraprocesal al permitir la ejecutoriedad de dichos actos, siquiera su validez no se haya acreditado, pero... en ningún caso supone una corrección irrevocable de su corrección legal, ni tampoco permite un desplazamiento de la carga de la prueba que conforme a las reglas por las que se rige... corresponde a la Administración, cuyas resoluciones han de sustentarse en el pleno acreditamiento del presupuesto fáctico que invoquen..."*. Ídem. p. 125.

¹⁶ Sin perjuicio de lo anterior se ha sostenido que: *"Si bien, la Ley General de la Administración Pública, en el numeral 228, permite su cumplimiento mediante "las disposiciones del capítulo de ejecución de sentencias de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", no es óbice para que el actor, si así lo quiere, tramite su asunto en la vía ordinaria. En estas condiciones, es innecesario el agotamiento de la vía administrativa [...]"*. Res. **189-2003** de las 11:25 hrs. del 9 de abril de 2003, del TCA-S2.

*artículos 155 al 178 de dicho Código-, a efecto de que se ejecuten los actos firmes y favorables de la Administración Pública”.*¹⁷

Por ello, de acuerdo con la nueva distribución realizada por el CPCA y conforme a los artículos 4 y 155 *ibíd.*, los artículos 85.2 y 86.22 del *Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de la Jurisdicción Contencioso*¹⁸ y 97 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, corresponde al Juez Ejecutor del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda la competencia para conocer de estos casos. En ese sentido el artículo 155 del citado Código dispone la creación de un cuerpo de jueces ejecutores dentro del Tribunal Contencioso encargados de la ejecución de sus sentencias y demás resoluciones firmes (art. 155.1). Para el cumplimiento de sus funciones los jueces ejecutores del Tribunal tienen los poderes y deberes necesarios para la efectividad y eficacia de las sentencias y demás ejecuciones firmes (art. 155.2).

Para la reclamación de ejecución del acto firme y favorable al administrado es al propio administrado al que corresponde la **legitimación activa** (art. 10.1 inc. a) del CPCA). Por su parte, la **legitimación pasiva** recaerá sobre la Administración de la cual emana el acto productor de derecho y no podrá incoarse el proceso contra ningún otro sujeto administrativo o jurisdiccional que autorice, supervise o fiscalice la actividad de la Administración emisora del acto (p. ej. en el caso de las jerarquías impropias).¹⁹

¹⁷ En el mismo sentido véase: Res. **210-99** de las 10:30 hrs. del 22 de junio de 1999, del TCA-S1. Res. **434-2003** de las 13:50 hrs. del 7 de noviembre de 2003, del TCA-S1. Res. **481-2004** de las 9:35 hrs. del 30 de noviembre de 2004, del TCA-S3. Res. **902-2009** de las 15:50 hrs. del 14 de mayo de 2008, del TCA-S3. Res. **000135-C-TC-2009** de las 10:05 hrs. del 9 de julio de 2009, del TC-CA. Voto 2006-00909 de las 17:14 hrs. del 31 de enero de 2006, de la SCCSJ. “Resulta improcedente que esta Sala [Constitucional] [...] haga efectiva una resolución administrativa [...]” Voto **2006-7295** de las 15:01 hrs. del 24 de mayo de 2006, de la SCCSJ.

¹⁸ Circular N°. 001-08 del 21 de enero de 2008, artículo IX sesión N°. 02-08 de Corte Plena. Publicado en La Gaceta N°. 49 del 10 de marzo de 2008.

¹⁹ “Las resoluciones cuyo incumplimiento se acusa, fueron dictadas dentro de un recurso de apelación que resolvió este Despacho, en calidad de jerarca impropio de la Municipalidad de San José, a tenor de lo dispuesto en los numerales 173 de la Constitución Política, 153 y siguientes del Código Municipal y 189 y siguientes del Código Procesal Contencioso Administrativo. Ambas decisiones se encuentran firmes, y constituyen materialmente actos administrativos, cuya ejecución, de conformidad con

El proceso iniciará a instancia de parte por escrito motivado y justificado que demuestre la existencia y vigencia del acto firme no revocado cuya eficacia se ha suspendido o nunca se ha materializado por la inercia y/o la negligencia de la Administración.²⁰ Según GONZÁLEZ CAMACHO:

“En este caso, hace las veces de sentencia ejecutable la certificación del acto firme y favorable, y a partir de allí, se inician los mecanismos o procedimientos establecidos para la ejecución de sentencia.”²¹

La certificación puede realizarse por cualquiera de los medios previstos por nuestro ordenamiento. Igualmente la certificación del acto firme y favorable puede ser emitida por un notario público en el ejercicio de la potestad certificadora concedida a dichos profesionales (arts. 34 inciso j) y 110 del *Código Notarial*).

El juez ejecutor en aplicación del artículo 164.2 del CPCA convocará a una audiencia oral con el objeto de evacuar prueba²² y escuchar a las partes. Y una vez evacuada la prueba dictará sentencia dentro del plazo de cinco días hábiles posteriores a la celebración de la audiencia.

La resolución se dictará de forma oral en una audiencia convocada al efecto y quedará notificada con su dictado conforme al artículo 88 del CPCA. Resolución que deberá estar debidamente motivada al tenor del artículo 57 del CPCA.

lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley General de la Administración, en consonancia con los numerales 27 y 176 del Código Procesal ya citado, debe tramitarse -en caso de renuencia de la entidad local-, por el procedimiento de ejecución de sentencia previsto en este último cuerpo legal y ante la Jueza Ejecutora de este Tribunal [...]” Res. 770-2008 de las 10:30 hrs. del 3 de octubre de 2008, del TCA-S3.

²⁰ El artículo 49 del CPCA establece algunas cuestiones prácticas relativas a la presentación de escritos y documentos dirigidos al Tribunal o al Juez Ejecutor.

²¹ AAVV. *El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo*. p. 607.

²² Para la evacuación de prueba será aplicable lo dispuesto en el artículo 82 del CPCA:

“Artículo 82.-

- 1) *La jueza o el juez ordenará y practicará todas las diligencias de prueba necesarias, para determinar la verdad real de los hechos relevantes en el proceso.*

Durante la tramitación de ejecución del acto firme y favorable podrá solicitarse el otorgamiento de medidas cautelares (art. 19.1 del CPCA) y serán aplicables de forma supletoria, y como fuente no escrita del ordenamiento jurídico, los principios generales del derecho público y procesal, en general (art.220 del CPCA).²³

En cuanto al régimen recursivo, el artículo 178 del CPCA establece que *“[c]ontra el fallo final emitido en ejecución de sentencia en los términos establecidos en el artículo 137 del presente Código, cabrá recurso de casación, cuyo conocimiento corresponderá a la Sala Primera o al Tribunal de Casación, de acuerdo con la distribución de competencias establecida en los artículos 135 y 136 de este mismo Código.”*,²⁴,²⁵

- 2) *Los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el Derecho público y el Derecho común.*
- 3) *Las pruebas podrán ser consignadas y aportadas al proceso, mediante cualquier tipo de soporte documental, electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías.*
- 4) *Todas las pruebas serán apreciadas, de conformidad con las reglas de la sana crítica.*
- 5) *Las pruebas que consten en el expediente administrativo, cualquiera sea su naturaleza, serán valoradas por la jueza o el juez como prueba documental, salvo que sea cuestionada por la parte perjudicada por los medios legales pertinentes.”*

²³ A la ejecución del acto firme y favorable no le son aplicables, ni siquiera de forma supletoria, las disposiciones del CPC aplicables a la ejecución de sentencia de los procesos civiles. *“Como antecedentes pueden consultarse las resoluciones [...] N° 5 de 15 hrs. del 6 de enero de 1984, y N° 53 de las 9:40 hrs. del 20 de abril de 1990.”* Res. 51 de las 14:20 hrs. del 28 de junio de 1996, de la SPCSJ.

²⁴ Contrario a lo que ocurría con anterioridad a la entrada en vigencia del CPCA. *“Si bien el artículo 228 de la Ley General de la Administración Pública permite acudir al trámite de ejecución de sentencia, previsto en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para dar cumplimiento a los actos administrativos firmes, no por eso el acto que se pretende hacer cumplir, adquiere el carácter de cosa juzgada en los términos previstos en los artículos 162, 163 y 704 del Código Procesal Civil, a los fines de otorgar a lo resuelto por los tribunales de instancia el recurso de casación establecido [...]. Por consiguiente, se debe anular el auto que admitió el recurso de casación interpuesto por la representación estatal y rechazar su gestión por improcedente.”* Res. 813-A-02 15:15 hrs. del 23 de octubre de 2002, de la SPCSJ.

²⁵ Parece existir una contradicción con lo dispuesto en el artículo 94 bis inciso 2 de la LOPJ que dice: **“Artículo 94 bis.** [...] 2) *También a ese Tribunal*

El recurso de casación cabrá contra la “*sentencia final dictada en ejecución de sentencia, que decida sobre las prestaciones o conductas concretas que debe cumplir la parte vencida*” (art. 134.2) cuando la resolución dictada sea contraria al ordenamiento jurídico. Como afirma GONZÁLEZ CAMACHO:

“[...] la casación en materia de ejecución de sentencias, supera la cosa juzgada como única causal posible en esta materia, y por el contrario, queda afecta a las reglas generales que para el recurso establece el Código.

Así lo dispone expresamente el artículo 178 del CPCA y así se desprende del apartado 2) del artículo 134, cuando señala que: “Asimismo, por las mismas razones señaladas en el apartado anterior; será procedente el recurso...”. Por las mismas razones, apunta; que no son otras que la infracción al Ordenamiento Jurídico. Por ende, queda destruida la cosa juzgada como única causal posible en estos asuntos.²⁶”

El recurso debe interponerse directamente ante la SPCSJ o ante el TC-CA dentro de los quince días hábiles contados a partir del día hábil siguiente a la notificación de la resolución a todas las partes (arts. 134-137, 139 y 178 del CPCA). El recurso debe reunir los requisitos formales contenidos en el artículo 139.2 del CPCA y debe indicarse, de manera clara y precisa, los motivos del recurso con la fundamentación fáctica y jurídica del caso (art. 139.3 del CPCA).

Conforme al artículo 140 del CPCA serán motivos de rechazo de plano: **a)** que la resolución recurrida no pueda ser objeto de casación, **b)**

[Tribunal de Casación de lo contencioso administrativo y civil de hacienda] le corresponderá conocer y resolver; con independencia del ente u órgano autor de la conducta, el recurso de casación en los procesos en que se discutan las sanciones disciplinarias, multas y condenas administrativas, y toda ejecución de sentencia correspondiente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda.” **[El subrayado se agrega al texto original]** Dicho artículo debe leerse en conjunto con lo dispuesto en el artículo 136.3 del CPCA: “Artículo 136. [...] 3) En igual forma, conocerá el recurso de casación interpuesto contra toda ejecución de sentencia cuyo conocimiento corresponda a esta jurisdicción, incoada contra alguno de los órganos o entes mencionados en el presente artículo y no corresponda a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.”

²⁶ AAVV. *El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo*. p. 521.

²⁷ Al respecto puede verse la resolución **1167-A-S1-2009** de las 14:10 hrs.

que se haya presentado extemporáneamente o **c)** que carezca de total fundamentación jurídica o, teniéndola, la Sala o el Tribunal de Casación, según corresponda, deduzca con claridad la improcedencia del recurso ya sea por razones procesales o de fondo.²⁷ Sobre la tramitación del recurso de casación véanse los artículos 141 a 152 del CPCA.

Según lo establecido en el artículo 152.3 del CPCA contra la sentencia dictada por la Sala Primera o el Tribunal de Casación sólo cabrá recurso extraordinario de revisión que será de conocimiento de la Sala Primera en los términos establecidos para el proceso civil conforme al artículo 154.1 del CPCA (arts. 619 a 628 del *Código Procesal Civil*).

Una vez confirmado el *fallo final emitido en ejecución de sentencia* este adquiere condiciones similares, o en algunos casos idénticas, a las de la sentencia como veremos a continuación.

- (a) El fallo deberá de ser cumplido en la forma y los términos consignados en él como se puede interpretar del artículo 156.1 del CPCA.
- (b) La resolución en firme deberá de ser ejecutada de inmediato por la Administración. Salvo que *“el juez ejecutor, de oficio o a gestión de parte, otorgue en forma motivada, un plazo hasta por tres meses, bajo apercibimiento al respectivo funcionario de las consecuencias y responsabilidades establecidas en este Código, en caso de incumplimiento. Lo anterior no será aplicable en el supuesto señalado en el primer párrafo del artículo 172. En casos excepcionales, el juez podrá prorrogar, por una única vez, el plazo concedido”* (art. 157 del CPCA).

del 12 de noviembre de 2009 de la SPCSJ. En esta resolución se rechaza de plano, por falta de fundamentación, el recurso planteado contra la resolución final dictada por la Jueza Ejecutora del Tribunal Contencioso Administrativa en un proceso de ejecución de acto firme y favorable al administrado. En ese sentido se afirmaba que: *“Así las cosas, siendo evidente que se ha omitido combatir de manera sistemática y específica los fundamentos de la resolución recurrida con otras razones normativas y no con simples y genéricas discrepancias de criterio, sus reclamos resultan insuficientes para generar la revisión [sic] del fallo controvertido ante esta Sede [sic], en virtud de lo cual procede rechazar de plano el recurso.”*

²⁸ Los artículos 167 y 168 regulan la ejecución del fallo y sus consecuencias

- (c) Si la Administración es condenada al pago de una cantidad líquida deberá verificar de inmediato la existencia de contenido económico para su cancelación. *“Para el efecto, la sentencia firme producirá, automáticamente, el compromiso presupuestario de los fondos pertinentes para el ejercicio fiscal en que se produzca la firmeza del fallo”* (art. 166 del CPCA).²⁸
- (d) Cuando la obligación originada en el acto firme y favorable sea de naturaleza dineraria, se *“deberá incluir pronunciamiento sobre la actualización de dicha suma, a fin de compensar la variación en el poder adquisitivo ocurrida durante el lapso que media entre la fecha de exigibilidad de la obligación y la de su extinción por pago efectivo”* (art. 123.1 del CPCA). La metodología a aplicar para la indexación de la obligación será, por su orden: a) la establecida por las partes si se trata de una obligación convencional o b) la metodología legal establecida en el artículo 123.2 del CPCA.²⁹
- (e) Cuando la obligación originada en el acto firme y favorables sea de valor y no dineraria³⁰ (p. ej. el reconocimiento en sede administrativa de la obligación en abstracto de indemnizar al administrado por los daños y perjuicios producidos) se deberá de convertir a una obligación dineraria y liquidarla en dinero en efectivo (art. 124 del CPCA).
- (f) Si bien el artículo 125 del CPCA establece que la actualización del valor de la obligación (indexación) no excluye la indemnización de

presupuestarias para el Gobierno central y para la Administración descentralizada, respectivamente.

²⁹ Acerca de la indexación véase: AAVV. El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo. pp. 447-474. LÓPEZ JIMÉNEZ, Enrique (2010). Mantenimiento del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos. Tesis de graduación para optar al grado de licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. pp. 339-348.

³⁰ En las obligaciones dinerarias, el dinero es el objeto mismo de la obligación, en tanto en las obligaciones de valor “el dinero juega como medida de un bien o utilidad, que el deudor debe satisfacer al acreedor”. “Por ello se suele afirmar que, en las obligaciones de dinero o pecuniarias, la moneda está “in obligatione”, mientras que en las de valor; el dinero es “in solutione”. AAVV. El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo. p. 451.

³¹ *“se establece que el ciudadano, quien es sujeto de un acto administrativo*

daños y perjuicios y el artículo 163 *ibíd.* establece los parámetros para el pago de las condenatorias en abstracto de daños y perjuicios, considero que tratándose de un proceso de ejecución el juez ejecutor carece de competencia para otorgar una condenatoria de daños y perjuicios. Por ello, se deberá recurrir a un proceso declarativo, ordinario, para el reconocimiento de los daños y perjuicios producidos por la demora en la ejecución del acto firme y favorable.³¹

- (g) El fallo final emitido en el proceso de ejecución de acto firme y favorable deberá de condenar al vencido al pago de las costas personales y procesales, condenatoria que el juez ejecutor deberá realizar de oficio (art. 193 del CPCA) con las excepciones establecidas en los artículos 193, 194 y 197 del CPCA. Sin embargo, considero que la condenatoria en costas no podrá negarse, con la excepción de lo dispuesto en el artículo 194 del CPCA, en el tanto el proceso de ejecución es promovido por la propia inercia y/o negligencia de la Administración de ejecutar sus propios actos.

En virtud de lo anteriormente expuesto el juez ejecutor procederá a la ejecución de su fallo haciendo uso de los poderes y potestades que le atribuye el CPCA. A continuación, de forma esquemática, se hará mención de los poderes con que cuenta el juez ejecutor.³²

firme a su favor y que el Estado no quiere ejecutar, puede requerir su realización por los medios de la ejecución de sentencia judicial (artículos 228 [...]). Por otro, el individuo tiene derecho a ser indemnizado por todos los daños que le cause la Administración por su funcionamiento normal o anormal, legítimo o ilegítimo, en el primer caso, cuando tales lesiones sean especiales por la pequeña proporción de afectados o la intensidad excepcional de la lesión, en tanto el interés involucrado fuera legítimo y no contrario al orden público, la moral o las buenas costumbres (numerales 190, 194 y 195 LGAP).” Res. 380-2002 de las 10:30 hrs. del 23 de octubre de 2002, del TCA-S2.

³² Para un tratamiento detallado sobre el proceso de ejecución de sentencia en general véase: CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. (2009) *Ejecución de sentencias en el derecho público costarricense*. Primera ed. Editorial Juritexto. Costa Rica. Capítulo primero. pp. 11-66.

- (1) Una vez firme la sentencia el juez executor dictará de oficio o a solicitud de parte todas las medidas adecuadas y necesarias para la pronta y debida ejecución de la misma (art. 155.3 del CPCA).
- (2) Podrá solicitar el “auxilio de la Fuerza Pública para la ejecución plena e íntegra de las sentencias y demás resoluciones dictadas por el Tribunal de juicio, cuando contengan una obligación de hacer, de no hacer o de dar, y estas no sean cumplidas voluntariamente por la parte obligada” (art. 156.3 del CPCA).
- (3) Impondrá una multa de uno a cinco salarios base al funcionario administrativo que incumpla la orden de cumplimiento de la sentencia o resolución.
- (4) Si impuestas las multas respectivas (arts. 159-160 del CPCA) persiste el incumplimiento de la Administración, el juez executor podrá:
 - a) *Ejecutar la sentencia requiriendo la colaboración de las autoridades y los agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras administraciones públicas, conforme a los procedimientos administrativos establecidos en el ordenamiento jurídico.*
 - b) *Adoptar las medidas necesarias y adecuadas para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente a la conducta omitida, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración Pública condenada; todo conforme a los procedimientos administrativos establecidos en el ordenamiento jurídico.*
 - c) *Para todos los efectos legales, el juez o la autoridad pública requerida por él, se entenderá competente para realizar todas las conductas necesarias, con el objeto de lograr la debida y oportuna ejecución del fallo, todo a cargo del presupuesto de la Administración vencida. El propio juez executor podrá adoptar las medidas necesarias, a fin de allegar los fondos indispensables para la plena ejecución, conforme a las reglas y los procedimientos presupuestarios. Asimismo, será competente para realizar todas las acciones pertinentes, a fin de revertir lo pagado por la Administración, cuando esta resulte victoriosa.” (art. 161.1 del CPCA).*

- (5) Por último, si el incumplimiento persiste, o si el contenido o naturaleza de la ejecución así lo exigen, “el juez ejecutor podrá adoptar, por su cuenta, las conductas que sean necesarias y equivalentes para su pleno cumplimiento” (art. 161.2 del CPCA).

En el mismo sentido, se debe tener presente que todas las personas están obligadas a prestar colaboración para la debida y completa ejecución de lo resuelto en las resoluciones y sentencias cuando sea requerida por los tribunales contenciosos (art. 156.2). Por su parte, los servidores y funcionarios de la Administración Pública no pueden excusarse en el deber de obediencia para no dar cumplimiento a la sentencia o resolución respectiva. Esto último sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 158 del CPCA pudiendo hacerse acreedores de las multas previstas en los artículos 159 y 160 del CPCA. “*No cabrá responsabilidad alguna del funcionario público, por el fiel cumplimiento de lo ordenado por el juez ejecutor*” (art. 161.4 del CPCA).

Para la efectiva ejecución del acto podrá recurrirse también al embargo de bienes (arts. 169-171 del CPCA), al fraccionamiento del pago por la Administración en los términos del artículo 172 del CPCA y la revocatoria de la suspensión de ejecución del fallo de ejecución (art. 174 en relación con el art. 173, ambos del CPCA).

4) CONCLUSION

Como se puede apreciar de las citas bibliográficas y jurisprudencia transcrita, el proceso previsto en los artículos 228 de la LGAP y 176 del CPCA surge como respuesta ante la inercia o negligencia administrativa de ejecutar sus propios actos sean estos favorables al administrado. Como afirma GONZÁLEZ CAMACHO:

“Es extraño que siendo tan útil [la ejecución de acto firme y favorable al administrado], se haya utilizado en tan pocas ocasiones. Es muchísimo más ágil, celer e sencilla, que el proceso sumario creado en otras latitudes para estos efectos.”³³

La reiteración del artículo 228 de la LGAP en el artículo 176 del CPCA es una de las grandes conquistas de este cuerpo normativo.

³³ AAVV. *El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo*. p. 607.

Las potestades concedidas al Juez Ejecutor del Tribunal Contencioso Administrativo en el CPCA potencian las posibilidades del administrado de dar eficacia material a los actos firmes y favorables a su esfera de derechos subjetivos. Es una “garantía real” para el administrado de que la inercia o negligencia administrativa no primaran sobre la eficacia externa del acto administrativo firme y favorable.

En definitiva la regulación contenida en el artículo 228 de la LGAP y retomada en el artículo 176 del CPCA contempla un proceso de ejecución de los actos firmes y favorables al administrado encomiable, ejemplar y modélico que, parafraseando al profesor GONZÁLEZ PÉREZ, es una muestra más “*en la que se reflejan las genialidades del gran jurista que fue Eduardo ORTIZ ORTIZ*”.³⁴

³⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. (2004) El principio general de la buena fe en el derecho administrativo. Cuarta ed. Civitas Ediciones. España. p. 59.

BIBLIOGRAFIA

- AAVV. (2006) *El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo*. Primera ed. Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial. Costa Rica.
- (2005) *Diccionario de Derecho Administrativo*. Primera ed. Editorial Iustel.
- (2003) *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*. Tomo II. Primera ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Costa Rica.
- (1982) *Revista del seminario internacional de derecho administrativo*. Primera ed. Colegio de Abogados de Costa Rica.
- CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. (2009) *Ejecución de sentencias en el derecho público costarricense*. Primera ed. Editorial Juritexto. Costa Rica. Capítulo primero.
- CÓRDOBA ORTEGA, Jorge. (2005) *Ley General de la Administración Pública –Con jurisprudencia constitucional, laboral, penal y contencioso-administrativa–*. Tercera ed. Editorial Investigaciones Jurídicas IJSA. Costa Rica.
- GARCÍA-TRAVIJANO FOS, José Antonio. (1986) *Los Actos Administrativos*. Primera ed. Editorial Civitas. Madrid.
- GONZÁLEZ CAMACHO, Óscar Eduardo. La ejecución de sentencia, en: AAVV. (2006) *El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo*. Primera ed. Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial. Costa Rica.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. (2008) *Código de la Justicia Administrativa*. Segunda ed. Editorial Aranzadi. España. Volumen. II.
- (2004) *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Cuarta ed. Civitas Ediciones. España.
- (2001) *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Tercera ed. Civitas Ediciones. España.

- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. (2008) *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III. Volumen I. (Contencioso-Administrativo) Primera ed. Editorial Aranzadi-Thomson-Civitas. España.
- GUAITA, Aurelio. (1958) *Eficacia del acto administrativo*. Revista de Administración Pública (25). Enero-abril.
- JINESTA LOBO, Ernesto. (2008) *Manual del Proceso Contencioso-Administrativo*. Primera ed. Editorial Jurídica Continental. Costa Rica.
- JIMÉNEZ MEZA, Manrique. (2008) *El proceso de lesividad en Costa Rica a la luz del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo*. Revista Ivstitia (25). julio-agosto.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, Enrique (2010). *Mantenimiento del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos*. Tesis de graduación para optar al grado de licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.
- ORTIZ ORTIZ, Eduardo. Nulidades del acto administrativo en la Ley General de la Administración Pública (Costa Rica), en: AAVV. (1982) *Revista del seminario internacional de derecho administrativo*. Primera ed. Colegio de Abogados de Costa Rica.
- ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. *Derecho Administrativo General* (San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia. 2010)
- SOSTO LÓPEZ, Federico. *Una reforma incompleta sobre las competencias de anulación administrativa*, en: AAVV. (2003) *Justicia, liberta y derechos humanos*. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante. Tomo II. Primera ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Costa Rica.

NOTAS SOBRE LA INTERPRETACION JURIDICA

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez (*)
Catedrático
Coordinador de Doctorado en Derecho
Universidad de Costa Rica

(Recibido 17/10/12 • Aceptado 11/11/13)

(*) jorgerp10@gmail.com;
tels. (506) 22591152; (506) 22594849.
P. O. 1264 Y Griega 1011, San José. Costa Rica

RESUMEN: Se hace una breve exposición de los aspectos que desarrollan el tema de la interpretación jurídica.

Hay sectores relevantes en esta tarea de la interpretación del derecho, como son la academia (la doctrina) y la jurisprudencia (del Poder Judicial).

En el campo de los intérpretes, se da una variedad de ellos: académicos, jueces, estudiantes de derecho, políticos, periodistas, funcionarios del sector privado y del público, etc.

PALABRAS CLAVE: doctrina, jurisprudencia, interpretación, principios de derecho, jueces.

ABSTRACT: This article presents a brief discussion on the aspects that build up the topic of legal interpretation.

The interpretation of the law comprises sectors such as the academia (the doctrine) and jurisprudence (the Judiciary).

In this field, there is a variety of interpreters: academicians, judges, law students, politicians, journalists, officers from the private and public sectors, etc.

KEY WORDS: doctrine, jurisprudence, interpretation, principles of law, judges

SUMARIO

Introducción

I Definición

II Objetivo

III Discursos del derecho

IV Actores

V Criterio de interpretación en favor de la parte más débil en la relación jurídica o del aspecto esencial de la vida en sociedad que requiere de una protección especial

VI Interpretación constitucional

VII Papel de los principios, reglas y valores en la interpretación constitucional

VIII Métodos de la interpretación constitucional

IX Técnicas de interpretación

a) Literal, gramatical, textual, semántica, sintáctica

b) Histórica, evolutiva

c) Contextual, adecuadora

d) Sociológica

e) A contrario sensu

f) A fortiori

g) Por analogía, semejanza o similitud

h) Teleológica

i) La norma de superior rango prevalece sobre la de menor jerarquía

j) La norma específica, restringida o concreta prevalece sobre la genérica o amplia

X.- Teorías de la interpretación

- a) Cognitiva
- b) Escéptica

XI.- Modalidades de la interpretación en general

- a) Restringida
- b) Amplia

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCION

El tema de la interpretación jurídica es básico para comprender el funcionamiento del sistema jurídico.

El ordenamiento jurídico está dado, es un hecho que se puede constatar; sin embargo, su lectura por el intérprete es un requisito necesario para su aplicación.

El intérprete es un ser humano, que contiene intereses, creencias, juicios de valor, ideologías religiosas, económicas, políticas, artísticas, sociales; estereotipos, prejuicios, ubicación en una clase social, etc.

Por ello, la interpretación que hace de una situación o de un texto jurídico, está atravesada por ese conjunto de factores o de elementos ya citados.

De ahí que la lectura que el intérprete (académico, juez, burócrata público o privado, etc.) realiza está preñada o “contaminada” de ese conjunto de elementos o factores. De ahí, entonces, que no existe una lectura “químicamente pura”.

I.- DEFINICION

La interpretación jurídica consiste en esclarecer, explicar, describir, descifrar un texto normativo o una situación con relevancia regulatoria.

Así, interpretar implica explicar, esclarecer y descifrar el sentido de alguna cosa, signo, fórmula o suceso; por ello, el intérprete tiene como tarea darle el sentido y el alcance a la interpretación que lleva a cabo (Egla Cirnelio, De regulis juris, en Bravo e islas, p.562).

Hermenéutica: el nombre de *Hermes*, el mensajero de los dioses griegos, dio lugar a *hermeneuein*, “interpretar”, y *hermeneutike*, como el arte de interpretar (Honderich, p. 531); interpretar originalmente, textos bíblicos, luego se extendió a cualquier otro texto (Durozoi y Roussel, p. 168; Audi, p. 377; Clément, p. 153- 154)

II.- OBJETIVO

La interpretación jurídica se refiere a la necesidad de atribuir sentido a la norma para saber si la conducta está (v. gr.) autorizada o prohibida; o, tiene efectos con relevancia jurídica.

Esta actividad consiste en establecer el significado o alcance de las normas jurídicas (Gloria Rojas).

Al llevar a cabo una interpretación, el actor realiza una operación mental de discrecionalidad, en la cual manifiesta su criterio u opinión como sujeto (y, por lo tanto es subjetiva).

III.- DISCURSOS DEL DERECHO

Discurso: en griego *dianoia*- pensamiento, juicio- y en latín *discursus*-proceso razonador-. Es un pensamiento que se expresa en el lenguaje (Blázquez, p. 119); en lingüística, se denomina discurso al área de los procesos de comunicación superiores al anunciado o frase (Marchese y Forradellas, p.103); secuencia de las palabras, símbolos o proposiciones empleados para expresar lo que se razona o siente (De Gortari, p. 152); la etimología de la palabra se remonta al verbo latino *discurrere*: “correr por todas partes”, “recorrer”, “alejarse del rumbo”; en su sentido más amplio y menos técnico de las disciplinas especializadas, discurso significa “charla”, “habla”, “conversación”(Payne, p.141).

1. El derecho consiste, básicamente en discursos
2. El derecho comprende tres clases de discursos- por lo menos-:
 - a) derecho positivo como normas oficiales
 - b) derecho como discurso de los jueces (jurisprudencia)
 - c) derecho como literatura “científica” (doctrina del derecho)
- 3.- El derecho es, esencialmente, una variedad del lenguaje común
4. Características del discurso del derecho positivo:
 - a) es un lenguaje fijado (“congelado”) y que propone un programa de conductas, ubicado en la “letra”.

b) es un lenguaje relativamente técnico, pero débilmente científico.

5. *El derecho requiere de intervenciones mediadoras que realizan los intérpretes.*
6. *El intérprete del derecho utiliza uniformidades lingüísticas.*
7. Es en la cabeza del intérprete donde se resuelve qué sentido imputarle a cada precepto jurídico (Haba, tomo I, pp. 38 a 72).

IV.-ACTORES

Quienes hacen la interpretación y la aplican son los intérpretes- seres humanos- (académicos, jueces, periodistas, gobernantes, administradores públicos, etc.)

Los que realizan la interpretación poseen y expresan, entre otros elementos:

- Valores
- Sentimientos
- Prejuicios
- Estereotipos
- intereses
- Ideologías
- Creencias
- Niveles diversos de educación, socioeconómicos, etc.
- Pertenencia y referencia a una clase social
- Origen étnico, geográfico, etc.

Por ejemplo, el actor-juez (inserto en una organización burocrática, el Poder Judicial) en sus sentencias resuelve casos presentados ante su despacho.

Alejandro Nieto hace sobre este actor- juez las siguientes observaciones:

El desgobierno es consecuencia de la destrucción intencionada del Poder Judicial y, conjuntamente, del mal funcionamiento de su sucedáneo, el servicio público de la administración de justicia (Nieto, p. 32, 2005).

La exactitud de la alegoría de la justicia con los ojos vendados, es a la que ahora podemos dar una nueva interpretación. Porque es ciega en verdad y en la mano no lleva la balanza sino un puñado de cupones de lotería con los que va repartiendo fortuna al azar. El litigante depende del azar para que le toque un juez literalista o principista, progresista o conservador. La “santidad de la cosa juzgada” es un manto que cubre las deformidades más aberrantes y, en consecuencia, debe ejecutarse la sentencia que vaya contra la Constitución, la ley, la costumbre, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y el sentido común (Nieto, p. 62, 2005).

Los jueces: sacerdotes de la ley a funcionarios públicos (Nieto, p. 63, 2005).

Al juez- burócrata no le gusta tramitar autos y dictar sentencias (Nieto, p. 87, 2005)

El juez no es el administrador de la justicia, sino el que malbarata cotidianamente el Derecho y la ley (Nieto, p. 175, 2007)

Huelga recordar que este libro está escrito para aquellos que quieren atenerse al “Estado de hecho” sin dejarse deslumbrar con las lindezas de ese ilusorio “Estado de Derecho”. La sinceridad es, a mi juicio, uno de los primeros deberes éticos del jurista, siendo el segundo la entereza para denunciar la mentira, cueste lo que cueste personalmente (Nieto, p. 131, 2005).

V.- CRITERIO DE INTERPRETACIÓN EN FAVOR DE LA PARTE MÁS DÉBIL EN LA RELACIÓN JURÍDICA O ASPECTO ESENCIAL DE LA VIDA EN SOCIEDAD QUE REQUIERE DE UNA PROTECCIÓN ESPECIAL:

In dubio pro: (en caso de duda, se debe resolver en favor de...)

- reo (encarcelado, prisionero, interno, privado de libertad)
- operario (trabajador, obrero, asalariado, empleado)
- ambiente (lo ecológico)
- derechos fundamentales de las personas (vida, libertad, trabajo, etc.)
- Constitución Política

VI.-INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

Esta interpretación está limitada y condicionada por el Derecho Público y sus parámetros y principios.

En la interpretación constitucional se parte del supuesto que la Carta Magna, Constitución Política, Norma de Normas, Norma Normarum, Carta Fundamental, ordena y regula a la sociedad civil y a la política (Estado), en sus globales aspectos: económicos, sociales, políticos, religiosos, etc.

Actualmente, se caracteriza al Estado con los adjetivos de social, democrático, ecológico, de derechos humanos, electrónico o digital, neoliberal, global.

Esta caracterización se efectúa en el nivel teórico, ya que en el nivel de los hechos, de la realidad, existen una variedad de diferencias, matices, dimensiones y grados.

La Constitución Política de Costa Rica, manda:

Artículo 121, inciso 1) *Le corresponde exclusivamente a la Asamblea legislativa, dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica, salvo lo dicho en el capítulo referente al Tribunal Supremo de Elecciones.*

Artículo 102, inciso 3): *El Tribunal Supremo de Elecciones tiene la función de Interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral.*

En estos numerales constitucionales, se hace referencia a la interpretación auténtica. Esta labor de interpretación la hace el Poder Público, órgano o ente que produjo la norma sujeta a interpretación.

La Sala o Tribunal Constitucional de Costa Rica ha afirmado:

La ley que interpreta auténticamente una norma jurídica no sólo es posible aplicarla retroactivamente, sino que esa es su característica principal, siendo el objetivo de esta interpretación aclarar conceptos oscuros o dudosos de otra legislación, procurando determinar cuál es su verdadero propósito normativo. La norma interpretativa intenta descubrir la verdadera intención del legislador y por eso se incorpora o integra retroactivamente al contenido de la norma interpretada (entre otras, las sentencias Nos.7261 de 1994 y 10553 del 2009)

VII.-PAPEL O ROL DE LOS PRINCIPIOS, LAS REGLAS Y LOS VALORES EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL:

- 1) El derecho constitucional es un derecho de mínimos o de límites, ya que el objetivo fundamental de la Constitución es ordenar el objeto político. La carta Magna sí puede poner límites a la acción política.
- 2) La Carta Fundamental contribuye a delimitar el orden político, económico y el social.
- 3) La Constitución incorpora principios, valores y reglas básicas de la sociedad como un todo.
- 4) Esos principios, valores y reglas son flexibles con el fin de adaptarse a los cambios que se dan en el seno de la sociedad (Francisco Massó, Apuntes para una teoría de la interpretación de los derechos fundamentales, en: Bravo e islas, pp. 307 a 312).

VIII.-MÉTODOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Por ejemplo estos métodos son:

- 1) **Tópico:** pone el acento en el problema que debe resolverse, para posteriormente encontrar la norma constitucional que debe ser aplicada
- 2) **Científico- espiritual:** pone énfasis en la teoría de la Constitución que (se interpreta) está en el texto constitucional
- 3) **Hermenéutico de la concreción:** enfatiza el texto constitucional (Francisco Massó, Apuntes para una teoría de la interpretación de los derechos fundamentales, en: Bravo e islas, pp. 315 a 317).

Ley de hierro de la interpretación constitucional

Se dice que se da este fenómeno cuando se comparan dos aspectos de la Constitución:

- a- No se puede ver el texto de la Carta Fundamental con la particular concepción o expectativas de la generación de los que la crearon, ya que ello equivale a una visión estática, fijada en el momento de su origen;
- b- Tampoco se puede interpretar el contenido de la Constitución, haciendo a un lado la ideología de los constituyentes originarios

y el “espíritu” que en ese momento primigenio tuvo la Carta, ya que esto provocaría una debilidad congénita de la propia Constitución (Freddy Domínguez, Constitución, interpretación y jurisprudencia constitucional, en: Bravo e islas, pp. 338 a 338).

Claro está que a pesar de esta “ley de hierro”, la Constitución está sujeta a ser interpretada por los actores respectivos.

Por ejemplo, se dice que la Carta Magna afirma lo que los jueces constitucionales (integrantes de la Sala Constitucional del Poder Judicial) dicen que dice. Por supuesto, que en el Poder Jurisdiccional, todos los jueces realizan una tarea de interpretación del derecho y con ello las correspondientes normas dicen lo que esos jueces afirman en sus respectivas sentencias.

Por ello, se ha divulgado que el derecho efectivo, real y vivo está en las sentencias generadas en el Poder Judicial.

IX.-LAS TECNICAS DE INTERPRETACION

El Código Civil de Costa Rica, en su artículo 10, manda:

(normativa de Derecho Privado)

Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos; y, la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas.

En el desglose de estas técnicas que realizaremos a continuación, se hace un breve detalle de lo que enuncia este numeral 10.

Las técnicas de la interpretación jurídica, son por ejemplo:

a)Literal , gramatical, semántica, textual, sintáctica

Se le atribuye a las normas su significado que se supone “propio”.

Esta técnica parte del supuesto del argumento del lenguaje “ordinario” “cotidiano” o “común”; “el habla de la gente “ o “lenguaje popular” (aquí se hace a un lado el hecho de que existen “lenguajes populares” por región, clase social, actividades deportivas, laborales... las conocidas “jergas”).

En esta técnica, puede darse *el criterio de la disociación*, que consiste en introducir en la norma interpretada una distinción que de acuerdo a una interpretación literal, el autor de la norma no hizo.

También, se usa el criterio *prima facie*, en el terreno de la interpretación literal, cuando el intérprete, afirma que a primera vista la lectura de la norma dice algo determinado.

b) Histórica o evolutiva

El lenguaje, como producto cultural está sujeto al proceso histórico o evolutivo; y, en este sentido, al realizar una tarea de interpretación jurídica, se debe contextualizar el objeto interpretado en ese proceso de origen y de evolución.

La cultura es todo complejo que integra saber, creencia, arte, moral, ley, costumbre y cualquier otra capacidad y hábito adquiridos por el ser humano como miembro de una sociedad, de acuerdo a la definición clásica del antropólogo inglés Tylor, Edward Burnett, 1832- 1917, en su obra *Cultura primitiva*, 1871 (también, Herskovits, Melville *El hombre y sus obras. La ciencia de la antropología cultural* (México: Fondo de Cultura Económica, 1964).

c) Contextual, adecuadora

El intérprete afirma que utiliza la adecuación para modular la norma interpretada a otra de rango superior o a un principio de mayor jerarquía.

d) Sociológica

Importa aquí el contexto social, en sentido amplio, en el cual se inserta y se aplica la norma jurídica: la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (artículo 10 del Código Civil, citado).

e) A contrario sensu

El intérprete señala que la norma puede ser leída en un sentido contrario o inverso, para resolver el tema bajo análisis.

Cuando se aplica este criterio, se parte del supuesto de que existe una laguna que hay que llenar. Esta es una forma de crear artificialmente supuestas lagunas, para aplicar una norma o un principio general del derecho, bajo el criterio de otro supuesto:

La plenitud hermética del derecho o cerrazón lógica del sistema jurídico.

Mediante este supuesto se dice que todo asunto, conflicto o debate, tiene que ser resuelto por el sistema jurídico.

Se puede relacionar este tema de la plenitud hermética del derecho con el concepto de autopoiesis, que es la aptitud de los sistemas de constituir los propios elementos que lo integran. Estamos ante la capacidad de los sistemas que se producen y se mantienen por sí mismos (se autoreproducen), mediante sus elementos intrínsecos.

Este concepto de autopoiesis fue propuesto en 1971 por los biólogos chilenos Humberto Maturana Romesin (1928-) y Francisco Varela García (1946-), en 1972 para definir la química de auto-mantenimiento de las células vivas. Una descripción breve sería decir que la autopoiesis es la condición de existencia de los seres vivos en la continua producción de sí mismos.

Según Maturana y Varela son *autopoieticos* los sistemas que presentan una red de procesos u operaciones (que los definen como tales y lo hacen distinguibles de los demás sistemas), y que pueden crear o destruir elementos del mismo sistema, como respuesta a las perturbaciones del medio. Aunque el sistema cambie estructuralmente, dicha red permanece invariante durante toda su existencia, manteniendo la identidad de este.

El sociólogo alemán Niklas Luhmann (1927- 1998) utilizó la *autopoiesis* para presentar un nuevo paradigma teórico: el de los *sistemas autopoieticos*, como producto de una reflexión interdisciplinaria sobre los exitosos desarrollos de otras disciplinas. La aplicación del concepto de autopoiesis a los sistemas sociales implica que el carácter autorreferencial de estos sistemas no se restringe al plano de sus estructuras sino que incluyen sus elementos y sus componentes es decir, que él mismo construye los elementos de los que consiste.

Varela, Francisco ; Maturana, Humberto R. (1973). *De Máquinas y Seres Vivos: Una teoría sobre la organización biológica*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria. Hay edición revisada de 1995 y 1997.

Luhmann, Niklas *Organización y decisión, autopoiesis y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Anthropos, 1997. - *Sistemas sociales*, Barcelona: Anthropos, 1998 (Fuente: www.wikipedia.org. Consultado: 24 de octubre del 2013).

En su enfoque del sistema social, el sociólogo estadounidense Talcott Parsons (1902- 1979), utilizó el mismo criterio de la *autofuncionalidad de la sociedad* (El sistema social, Madrid: Revista de Occidente, 1976) .

Código Civil de Costa Rica:

artículo 4.- *Los principios generales del derecho, se aplicarán en defecto de norma escrita, uso o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico;*

artículo 6.- *Los Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver, en todo caso, los asuntos que conozcan, para lo que se atenderán al sistema de fuentes establecido.*

Cuando se trata el tema de la *plenitud hermética, cerrazón o clausura lógica del derecho*, se relaciona con el de las *lagunas del derecho*.

Estas lagunas, vacíos o ausencias, pueden ser llenadas por el intérprete utilizando, por ejemplo, la costumbre, el uso, los principios generales del derecho, la analogía, el *criterio a fortiori*.

Con este supuesto “lógico” se pretende resolver el problema que plantean las *lagunas o vacíos del ordenamiento jurídico*; y, al suponer que el derecho es completo, cerrado y totalizante, todos los casos o situaciones que se presentan ante el Poder judicial para ser resueltas, tienen que encontrar la solución respectiva (Alvarez, pp. 479, 480).

Código Civil de Costa Rica: artículo 1 *Las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son: la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley. La costumbre, los usos y los principios generales del derecho, son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico.*

En este tema de la *plenitud hermética* del derecho, también es relevante mencionar el aspecto de las *antinomias jurídicas*. Estas se refieren a las incongruencias o contradicciones reales o aparentes de las normas que componen el sistema jurídico. Estas incongruencias o contradicciones, deberán ser resueltas, con el fin de hacer prevalecer esa *plenitud hermética* del derecho. Por ello, la forma de resolver estas *antinomias*, es aplicando una determinada norma y dejando la otra que se supone contradice o es incongruente con aquella que el intérprete selecciona como válida y aplicable (Guastini, pp. 68 y 69).

f) A fortiori

El intérprete argumenta que la norma puede ser leída bajo el supuesto de que en la situación analizada, se aplica con el rigor debido, con mayor motivo o fuerza otra norma conocida. Es una forma de analogía, aplicando una norma, en una situación en la que según el intérprete cabe por el exceso del motivo.

Recuerda el principio del que puede lo más, puede lo menos (*majori ad minus*) (Alvarez, pp. 405, 406).

g) Por analogía, similitud o semejanza

Se aplica una norma, bajo el criterio de que la semejanza o la similitud que presenta la situación bajo análisis.

Código Civil de Costa Rica: artículo 12 *Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante en el que se aprecie identidad de razón, salvo cuando alguna norma prohíba esa aplicación.*

h) Teleológico

De acuerdo a la finalidad o sentido último de la norma: *atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas (de las normas), (artículo 10 del Código Civil).*

i) La norma superior prevalece sobre la inferior

En una situación de duda o conflicto, el intérprete afirma que una norma superior debe prevalecer sobre una de inferior rango. Por ejemplo, la ley respecto del reglamento.

j) La norma específica o concreta prevalece sobre la genérica o amplia

En una situación de duda o conflicto, el intérprete afirma que una norma general o amplia, cede frente a una disposición específica o concreta (Guastini, pp. 25 a 50).

Ley general de la Administración Pública

(normativa de Derecho Público)

Artículo 7.-

1. *Las normas no escritas - como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho - servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan.*
2. *Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.*
3. *Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior.*

Artículo 8.

El ordenamiento administrativo se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo.

Artículo 9.-

1. *El ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otros ramos del derecho. Solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios.*
2. *Caso de integración, por laguna del ordenamiento administrativo escrito, se aplicarán, por su orden, la jurisprudencia, los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios.*

Artículo 10.-

1. *La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular.*
2. *Deberá interpretarse e integrarse tomando en cuenta las otras normas conexas y la naturaleza y valor de la conducta y hechos a que se refiere.*

En estas normas de derecho público, se establece lo relativo a la interpretación e integración del ordenamiento jurídico público, el cual también se le considera cerrado lógicamente y sin lagunas (como parte del entero o total sistema jurídico), pues debe responder a los fines y objetivos de este ordenamiento, como son, por ejemplo, el interés público, el bienestar de la sociedad y el bien común (sentencia 89 de 1995 del Tribunal Superior Contencioso Administrativo).

X.-TEORIAS DE LA INTERPRETACION

Por ejemplo, en esta materia de la interpretación, se dice que pueden existir- al menos- dos teorías:

a) Cognitiva

Se verifica, mediante una actividad cognoscitiva, el significado objetivo de los textos normativos; o, la intención subjetiva de sus autores.

b) Escéptica

La interpretación es una actividad no de conocimiento, sino de valoración y de decisión. No hay una interpretación propia desprendida de las palabras del texto, sino originada en el autor de la norma o en el que la utiliza (Gloria Rojas).

XI.-MODALIDADES DE LA INTERPRETACION

a)Restringida

Se atribuye de significado a una formulación normativa, en el caso de que existan dudas o controversias.

b)Amplia

Se atribuye de significado a una formulación normativa en cualquier texto o situación que requiera interpretación.

Conclusión

La interpretación jurídica se lleva a cabo por los actores que la realizan.

Estos actores- intérpretes son seres humanos, por consiguiente, sujetos que realizan esa tarea o actividad. Y, por lo tanto manifiestan o expresan versiones subjetivas en esa labor de interpretación. La afirmación de que se puede realizar una labor objetiva, no es cierta. Lo que sí es cierto es que el sujeto puede hacer el intento orientado en el sentido de que sus creencias, estereotipos, ideologías, intereses, etc., pesen lo menos que pueda (autocontrol) al momento de verter su decisión, opinión o criterio en ese documento llamado dictamen, sentencia, informes, etc.

La organización burocrática (cubre toda la vida de las personas, desde el nacimiento hasta la muerte) en la cual se encuentra inserto el intérprete gravita sobre él y modula su visión e interpretación.

Por ello, la labor del intérprete debe ser sometida a escrutinio, examen, crítica y análisis.

Esto significa separarse del texto (físico o digital) en el cual está materializada la interpretación, en una relación dialéctica sujeto-objeto- sujeto.

Sin duda la problemática de la interpretación es compleja, multidisciplinaria y nada fácil. Una de las tareas que ayuda a comprender esta labor, es el análisis crítico de las sentencias del Poder Judicial. Así, la jurisprudencia es un objeto analítico muy rico y fértil para entender el “derecho vivo”, por ejemplo, frente a la reflexión teórica de la academia (doctrina).

El material publicado (tanto en el plano del papel físico como en el digital) en este campo de la interpretación jurídica, es extenso y vasto, de tal modo que este breve ensayo se pierde en ese mar de publicaciones. Sin embargo, consideré necesario personalmente, escribirlo y con ello dejar redactadas algunas líneas sobre este tema.

BIBLIOGRAFIA

- Anónimo *Investigación jurídica*
(www.wikipedia.com.- Accesado 05/10/13)
- Anchondo, Víctor *Métodos de interpretación jurídica*
(www.juridicas.UNAM.Mx.- Accesado 10/12/13)
- Audi, Robert (general editor) *The Cambridge Dictionary of Philosophy*
(New York: Cambridge University Press, 1999)
- Barfield, Thomas *Diccionario de antropología*
(Barcelona: Bellaterra, 2001)
- Blázquez, Feliciano *Diccionario de las ciencias humanas*
(Navarra, España: Verbo Divino, 1997)
- Bravo, Virgilio; Alfredo Islas (coordinadores)
Argumentación e interpretación jurídica para juicios orales y la protección de derechos humanos (México: Porrúa- Tecnológico de Monterey, 2012)
- Cáceres, Enrique *Lenguaje y derecho* (México: UNAM, 2002)
- Calvo, José *Derecho y narración* (Barcelona: Ariel, 1996)
- Calvo, Manuel *Los fundamentos del método jurídico* (Madrid: Tecnos, 1994)
- Carnap, Rudolf *Filosofía y sintaxis lógica*
(México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas)
- Clément, Elisabeth et al *La Philosophie de A a Z* (Paris: Hatier, 1994)

- Cornu, Gerard et al *El nuevo título preliminar del Código Civil de Costa Rica*
(San José: Editorial Juricentro, 2000)
- Carrio, Genaro *Notas sobre derecho y lenguaje*
(Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973)
- Dehesa, Gerardo *Etimología jurídica* (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011)
- De Gortari, Elí *Diccionario de la lógica*
(México: Plaza y Valdés, 1988)
- Durozoi, Gérard ; André Roussel *Dictionnaire de Philosophie*
(Paris: Nathan, 2009)
- Fernández –Ruiz, Graciela *Argumentación y lenguaje jurídico*
(México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011)
- Franco, Miguel *Interpretación de la norma jurídica*
(www.el prisma.com. - Accesado 22/12/13)
- Freund, Max *Lógica jurídica*
(Cartago, Costa Rica: Editorial Tecnológica de Costa Rica)
- Frosini, Vittorio *La letra y el espíritu de la ley* (Barcelona: Ariel, 1995)
- García de Enterría, Eduardo *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa* (Madrid: Alianza, 1994)
- González, Gustavo *Principios de metodología jurídica*
(San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 2007)
Semiótica jurídica (San José: IJSA, 2002)
- Guastini, Riccardo *Estudios sobre la interpretación jurídica*
(México: Porrúa, 2003)
- Teoría e ideología de la interpretación constitucional*
(México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Trotta, 2008)

- Haba, Enrique *Metodología (realista) del derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica* (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, dos tomos, 2012)
- Los juicios de valor. Elementos básicos de axiología general*
(San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 2010)
- Hallivis, Manuel *Teoría general de la interpretación*
(México: Porrúa, 2009)
- Herskovits, Melville *El hombre y sus obras. La ciencia de la antropología cultural* (México: Fondo de Cultura Económica, 1964)
- Honderich, Ted (editor) *Enciclopedia Oxford de Filosofía*
(Madrid: Tecnos, 2008)
- Hoyos, Arturo *La interpretación constitucional* (Bogotá: Temis, 1993)
- Larios, Rogelio; Lucila Caballero *Las directivas de la interpretación jurídica* (México: Fontamara, 2011)
- Lifante, Isabel *¿Qué hacen los jueces? Dos concepciones de la actividad judicial* (En: *Disertaciones de Filosofía del Derecho*, México: UNAM- Posgrado en Derecho, Jorge Fernández Ruiz, Coordinador, 2013)
- Llinás, Marco *Lenguaje jurídico* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2002)
- Luhmann, Niklas *Organización y decisión, autopoiesis y entendimiento comunicativo*. (Barcelona: Anthropos, 1997).
Sistemas sociales (Barcelona: Anthropos, 1998)
Sistema jurídico y dogmática jurídica (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983)
- Kalinowski, Georges *Introducción a la lógica jurídica* (Buenos Aires: EUDEBA, 1973)
- Marchese, Angelo; Joaquín Forradellas *Diccionario de retórica, crítica y terminología literaria* (Barcelona: Ariel, 1998)

- Martínez, Constantino; Mauro Rivera *Elementos de lingüística jurídica*
(México: Fontamara, 2010)
- Mejías, Grisel *et al Modelos de interpretación jurídica*
(www.monografias.com.- Accesado 08/11/13)
- Nieto, Alejandro *El desgobierno judicial* (Madrid: Trotta, 2005)
Crítica de la razón jurídica (Madrid: Trotta, 2007)
El malestar de los jueces y el modelo judicial (Madrid:Trotta, 2010)
- Nino, Carlos *Introducción al análisis del derecho*
(Buenos Aires: Astrea, 2003)
Algunos modelos metodológicos de la “ciencia” jurídica
(México: Fontamara, 2007)
- Núñez, Luis *Lenguaje jurídico y ciencia social*
(Madrid: Akal, 1977)
- Payne, Michael, (compilador) *Diccionario de teoría crítica y estudios culturales* (Buenos Aires: Paidós, 2002)
- Quesada, Jorge *El texto jurídico: alteración textual y contextual*
(San José: EUNED , 2000)
- Quintana, Fernando *Interpretación jurídica, conjetura y validación*
(En: Estudios de Filosofía del Derecho, México: UNAM-Posgrado en Derecho, UNAM, ed. Novum; Jorge Fernández Ruiz, Coordinador, 2012)
- Parsons, Talcott *El sistema social*
(Madrid: Revista de Occidente,1976) .
- Portalis, Jean Etienne *Discurso preliminar al Código Civil Francés*
(Guadalajara, México: Instituto Jalisciense de Investigaciones Jurídicas, 2004)
- Prieto, Jesús *Lenguas, lenguaje y derecho* (Madrid: Cívitas, 1991)
- Rivero, Juan Marcos *Episteme y derecho.*
(Granada, España: Comares, 2004)

- Rojas, Gloria *La interpretación jurídica*
(www.monografias.com.- Accesado 09/11/13)
- Romero-Pérez, Jorge Enrique *La sociología jurídica en Max Weber*
(San José: Universidad de Costa Rica, 1980)
- Salas, Minor *Los rostros de la justicia penal.* (San José: Isolma, 2012)
Yo me engaño, tú te engañas, él se... Repertorio de sofismas corrientes en las ciencias sociales (San José: Isolma, 2011)
- Sánchez, Augusto *Epistemologías y sociología jurídica del poder*
(México: UNAM-Fes Acatlan, 2012)
- Sánchez, Roxana *El título preliminar del Código Civil. Antecedentes y nueva normativa* (San José: en Temas de Derecho Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Costa Rica, 1997)
- Sánchez, Claudia *Investigación jurídica*
(www.monografias.com.- Accesado 07/11/13)
- Savigny, Friedrich *Metodología jurídica*
(Buenos Aires: Depalma, 1979)
- Varela, Francisco; Maturana, Humberto *De Máquinas y Seres Vivos: Una teoría sobre la organización biológica.*
(Santiago de Chile, 1973, Editorial Universitaria, edición revisada de 1995 y 1997).
- Valadés, Diego *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*
(México: UNAM- Academia Mexicana de la Lengua, 2005)
- Vermejo, Rodolfo *La interpretación jurídica*
(México: UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977)

DIVERSOS TEMAS DE INCONSTITUCIONALIDAD LABORAL

Dr. Eric Briones Briones.(*)
Abogado y Profesor Laboralista

(Recibido 07/11/12 • Aceptado 11/11/13)

(*) Abogado y Notario, cuenta con una Maestría; y, un Doctorado en Derecho, por la Universidad Estatal a Distancia, con énfasis en material laboral en este último grado. Ocupa el cargo de Jefe del Departamento Legal de la Inspección de Trabajo, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Profesor Universitario en pregrado y postgrado de derecho laboral, en distintas universidades públicas como privadas. Autor de diversos estudios de derecho laboral, tanto en revistas nacionales como internacionales. Hasta ahora tiene publicado a su haber, seis libros sobre su especialidad.

E-mail: www.erickbriones18@gmail.com / www.yahoo.com

Tel: 8383-5546

Resumen: Con ocasión de la celebración del natalicio número 25, de la Sala Constitucional y el cumplimiento del 70 aniversario por parte de la legislación social, se pretende dentro del presente aporte, pasar a discernir algunos de los votos que ha emitido en materia laboral, resolviendo acciones o consultas de constitucionalidad la propia Sala Constitucional. Para ello, se propone el abordaje de cuatro áreas del derecho laboral: el individual, el colectivo, el procesal y el de seguridad social, con el fin de dar a conocer dentro de la introducción la justificación del temario, haciéndose alusión a la necesidad de averiguar, si las construcciones que hoy se dan, están satisfaciendo los intereses y necesidades de la Sociedad Costarricense; para finalmente hacer las respectivas conclusiones. El mismo pretende ser un marco de referencia teórico, que le sirva de guía al lector en el conocimiento de la temática tratada.

Palabras Claves: La legislación laboral, la Corte Constitucional, la sociedad costarricense, la jurisprudencia, la seguridad social.

Abstract: On the occasion of the 25th anniversary of the establishment of the Constitutional Court and the 70th anniversary of social laws, this article seeks to distinguish some of the votes issued by the Constitutional Court on labor matters related to constitutional actions or queries.

To this end, we intend to approach four areas of labor law: individual, collective, procedural and social security. In the introduction, we intent to raise awareness on the justification of the topic by referring to the need to find out whether or not current constructs meet the needs and interests of the Costa Rican society; and finally, we present some conclusions. This study intends to be a theoretical framework, which will guide the reader in understanding of the analyzed subject.

Keywords: labor law, Constitutional Court, Costa Rican society, jurisprudence, social security.

Sumario:

Introducción

1. Derecho individual.

1.1 Parentesco laboral.

1.2. Tope al pago de la cesantía.

1.3. Discriminación por razón de nacionalidad.

1.4. Tope de anualidades.

2. Derecho Colectivo.

2.1 Potestad disciplinaria de las Juntas de Relaciones Laborales.

2.2 Sobre la legalidad de las huelgas.

2.3. Beneficio tarifario eléctrico derivado de Convención Colectiva.

2.4 Privilegio de Bono Vacacional derivado de Convención Colectiva.

3. Derecho Procesal.

3.1 Del agotamiento de la vía administrativa.

3.2 Ante sanciones patronales, posibilidad de apelación.

3.3 Competencia procesal laboral, en la anulación de los actos administrativos, con ocasión del Empleo Público.

3.4 Suspensión como medida cautelar.

4. Seguridad Social.

4.1 Sobre el plazo de las incapacidades.

4.2 La pensión ante un nuevo matrimonio.

4.3 Imposibilidad de percibir salario y pensión dentro del sector público.

4.4 El pago del subsidio dentro del régimen voluntario.

Conclusiones.

Bibliografía.

1. Introducción

La Sala Constitucional está de manteles largos, celebra próximamente veinticinco años de existencia (septiembre, 2014), y es que como refirió el Dr. Rodolfo Piza Escalante -con ocasión de la primera Conferencia de Tribunales Constitucionales celebrada en Iberoamérica, Portugal y España- precisamente con la creación de un órgano especializado en materia constitucional, es que se ven obligados jueces y abogados a buscar la constitución entre sus *“semio olvidados libros de universidad, y ponerla por primera vez entre los Códigos de sus Despachos (...) e incluso en el vademécum de los demás profesionales, empresarios, educadores, políticos y ciudadanos en general”* (Briones, 2013: Reflexiones... p. 152).

Por su parte y en igual sentido, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, está en conmemoración de un aniversario más, caracterizado a través de su historia ente vigilante y promotor de la paz laboral en el país. Ideado mediante Ley no. 33 como una Secretaría adscrita al Ministerio de Gobernación, que se encargaría de la previsión social-laboral y que vendría a constituirse como un antecedente principal, que posibilitaría más tarde una legislación de carácter pública, inmersa por los principios cristianos de justicia social (Briones, 2013: Tesis doctoral... p. 77).

Sin obviar, la existencia del septuagenario Código de Trabajo, el cual, si bien ha sido una herramienta indispensable para resolver miles de conflictos suscitados dentro del orden jurídico nacional, es preciso ir pensando en su remozamiento, sin cercenarle sus principios, los cuales han llevado esperanza a muchos hogares costarricenses.

Sirva el presente como un gesto de reconocimiento a todos los cumpleaños, los cuales de una y otra manera han fortalecido y seguirán fortaleciendo cada vez más la institucionalidad nacional, dentro de un ambiente de paz y progresividad de los mismos.

Valga decir, que la información recabada, es merced al trabajo que hizo de manera oportuna y sistemática el Centro de Jurisprudencia Constitucional, realizando un registro de todas las acciones tanto de constitucionalidad como de inconstitucionalidad, que se han dado en materia laboral, durante sus más de dos decenios de creación. Siendo

que a la fecha se han resuelto 487 asuntos en esta materia, declarándose de éstos 139 inconstitucionalidades¹. Importante es recordar la vinculatoriedad de las mismas, no solo para los jueces y operadores del derecho, sino para todo habitante de la República, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, la cual en lo que interesa dispone: “*La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma*”.

Se pretende tomar de lo facilitado una serie de temas puntuales² del derecho laboral tanto individual, colectivo, procesal, como de seguridad social y referir lo que ha sido declarado inconstitucional³ (por vía de consulta o interposición de acción) a partir del nacimiento de la Sala. Ya que si bien, dicha normativa -desde un análisis sociojurídico- pudo ser oportuna para la época, hoy la Sala ha determinado que no calza dentro pensamiento costarricense. Definitivamente, como refirió el sociólogo francés Pierre Felix Bourdieu, para que toda ciencia avance, es necesario estar averiguando, si las construcciones que actualmente rigen a una sociedad, desempeñan su papel, esto con el fin de satisfacer los intereses y necesidades tanto a lo interno, como hacia lo externo del conglomerado humano. Esta posición dentro de un concepto de respeto a la constitución de un país, junto con sus principios generales.

¹ Reseñando que lo laboral, ostenta un 15% de los casos analizados, superado solo por la materia penal, para un 17% (Recuperado el 16 de agosto de 2013. Desde <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Centro%20de%20Jurisprudencia/Normas%20declaradas%20Constitucionales%20e%20Inconstitucionales%20por%20tema%201989-2012.htm>).

² Se advierte que no es de interés referir todos y cada uno de los mismos, por lo que a criterio del escritor, se incluirán los que más -desde su punto de vista- pudieran generar mayor atención.

³ Se parte de manera general, que una disposición legal, jurisprudencia o acto originado por sujeto privado, son inconstitucionales cuando y como lo indica el artículo 73 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, infrinjan por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional. Cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.

2. Derecho individual

Es oportuno traer a colación que en general el derecho del trabajo como ciencia jurídica o conjunto de principios sistemáticos, es muy nueva, apenas tiene poco más de cien años de existencia y va en evolución. Dado lo anterior, ha explicado el profesor francés Alain Supiot (2008) que su aparición, ha venido aparejada con el avance del capitalismo, del siglo XIX:

Su desarrollo está relacionado con el nacimiento y el desarrollo del trabajo remunerado en los países denominados capitalistas, cuya economía reposa en la libertad del comercio y de la industria. Hizo su aparición, primero en Alemania, a fines del siglo XIX, y se extendió lentamente. Aún en el presente, algunos juristas ingleses prefieren a esta noción aquella de industrial relations. En Francia, hasta la Segunda Guerra Mundial, los juristas asimilaban el trabajo remunerado al trabajo obrero y veían fácilmente en las leyes que lo regían un derecho de clase, denominado en los manuales de derecho con el nombre de legislación industrial y por algunos como derecho obrero... Abí donde el Código Civil veía solamente en la sociedad una serie de individuos libres e iguales, la idea del derecho social permitía tomar en cuenta los lazos de dependencia y de pertenencia a las colectividades que teje toda sociedad humana. Al confirmar lo bien fundado de este análisis, la irresistible extensión del salariado (en la actualidad, alrededor del 80% de la población activa es asalariada) y la generalización de los seguros sociales (con la creación de la Seguridad Social en 1945) impusieron la terminología actual que reúne bajo la denominación de derecho social, por un lado el derecho del trabajo y, por otro lado, el derecho de la Seguridad Social (pp. 9-10).

Las disposiciones que hasta ese entonces se habían dictado, para regular las relaciones en el trabajo, eran de forma aislada, sin constituir, como, en la actualidad, un conjunto organizado de principios, métodos, bases y soluciones. La aparición del derecho del trabajo como rama diferenciada del derecho en general, se debe, principalmente, al desarrollo de la industria manufacturera, que fue, a su vez, consecuencia de la Revolución Industrial; surgiendo así la división del derecho individual, colectivo, procesal y de seguridad social, entre los que interesan destacar en el presente trabajo.

Ahora bien, se entiende por derecho individual, como el conjunto de regulaciones individuales contractuales entre trabajador y empleador,

sea éste último una persona física, jurídica o colectiva. En donde ambas partes han contraído obligaciones recíprocas, uno de prestar de manera personal sus servicios y el otro de remunerarlos como contrapartida. Para ello, se han dado un conjunto de normas jurídicas –de orden público- que fijan las bases (códigos, leyes, reglamentaciones administrativas, etc.) por las que deben regularse las prestaciones individuales, entre los contratantes, a efecto de asegurar al empleado, un trabajo decente.

Otra de las particularidades es que cuando se suscitan conflictos dentro del derecho individual, la tutela se refiere a un interés concreto de un trabajador y en última instancia la resolución recae en la judicatura nacional, con efectos solo entre las partes contendientes. Refiere, el profesor Amadeo Allocati, acerca del derecho individual, lo siguiente:

No obsta al objeto del conflicto individual el hecho de que sean varios los trabajadores que actúen contemporánea o conjuntamente contra el mismo patrono; en tal caso, expresa Jaeger, habría un proceso acumulativo en cuanto al juez se le pide la tutela del interés concreto de los individuos singulares, cuya eventual coincidencia tiene un valor solamente relativo” (De la Cueva, De Ferrari, et al. 1973: p. 16).

Significando lo anterior, que la esencia del carácter individual, no varía por el número de trabajadores que lo promuevan, sino por el tipo de interés que esté en juego, siendo para el caso individual, de interpretación normativa y no de creación o modificación de un derecho, con carácter general, como se verán los casos del derecho colectivo laboral.

Una vez hecha la presente introducción, se pasará -al igual que en el resto de los puntos- al desarrollo de cada tema particular, para lo que es escogen cuatro específicos.

2.1 Parentesco laboral

Tanto el trabajo, como derecho primordial del individuo, bajo condiciones dignas y libres; así como la familia como núcleo esencial de la sociedad, con especial protección de la mujer, el niño, el anciano y el desvalido, junto con el reconocimiento del matrimonio como base esencial familiar, en igualdad de derechos, están reconocidos por la constitución política, desde el año 1949.

En este entendido, se ha procedido a amparar a los ciudadanos dentro de las relaciones laborales públicas, que por una u otra razón les corresponde estar dentro de un mismo ente o aplicar para él y medie un lazo de consanguinidad o de legalidad parental, entre ellos.

Instituciones del Estado, han regulado el parentesco -en referencia al parentesco- como causal de impedimento para reclutar personal. Precisamente el hecho de la existencia de un funcionario o empleado dentro de la dependencia, con lazo consanguíneo similar al del oferente, ha provocado controversia. Si bien, esto puede considerarse como una limitación desproporcionada que obstaculiza el ejercicio del derecho fundamental del trabajo, la Sala de lo constitucional, sin embargo, ha prolijado por la constitucionalidad de las normas que establecen como causal de incompatibilidad para ingresar a laborar a una institución, la existencia de relaciones de parentesco entre funcionarios. Así en el tanto la circunstancia de que personas que son parientes laboren en una misma unidad, podría generar un sinnúmero de inconvenientes que podrían afectar la prestación del servicio. De allí que una limitación en tal sentido, realmente posee un fin preventivo, de protección al interés general de la ciudadanía, bajo los principios de eficiencia, transparencia y objetividad, entre otros:

Los principios de idoneidad y eficiencia que informan la función pública, contenidos y derivados del artículo 192 de la Constitución Política, justifican que puedan establecerse algunos límites que garanticen una adecuada prestación del servicio público dentro del marco de transparencia, objetividad y honestidad en la organización administrativa (Voto Constitucional no. 10.813-2013).

A pesar de lo anterior, también se ha reconocido y de modo excepcional, la existencia de ciertas regulaciones, que van en contra de los preceptos constitucionales, entre las cuales destacan: 1) Cuando la norma no establece una causal de incompatibilidad, sino una causal de despido, lo que conlleva a la destitución de uno de los funcionarios, que ya estaba laborando (por ejemplo, como consecuencia de contraer nupcias); 2) Cuando el contenido restrictivo de la norma, vaya más allá de los parámetros de razonabilidad, proporcionalidad y pro libertates, como sería limitar la contratación, a “solo un” pariente consanguíneo de primer grado⁴.

⁴ Incluso y a pesar de ser un impedimento de ingreso al régimen del servicio civil, tener hasta el tercer grado consanguíneo directo con el jefe inmediato

De lo anterior, se desprende la necesidad - en aras de tener una administración que cumpla con sus fines de manera diáfana y compatible- de conjurar mediante las normas restrictivas -con ocasión de los lazos consanguíneos, que pueden surgir dentro del ámbito laboral público-, los probables conflictos laborales, la falta de credibilidad y el nepotismo, entre otros.

Eso sí, la interpretación debería ser restrictiva en el ámbito de la eventual afectación al derecho fundamental, como lo es el trabajo.

2.2 Tope al pago de cesantía

El auxilio de cesantía o cesantía, viene a significar, el reconocimiento que hizo el Estado, para que el patrono, le cancele a título de indemnización al trabajador -que es cesado por una causa no justificada o ajena a él⁵ - una suma de dinero legal, por su desempeño, basada en la antigüedad laboral y bajo el acuerdo de una contratación indefinida. Por su parte la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, lo ha visto como:

...una sanción económica para una parte del contrato de trabajo -la patronal- por un hecho que le era imputable, de modo exclusivo, ante su voluntad unilateral. Hoy se puede afirmar, con bastante certeza, que se ha convertido en una prima de antigüedad... el auxilio de cesantía es un derecho que surge a favor de los trabajadores contratados, por plazo indefinido, cuando existe un despido injustificado, o cuando finaliza la relación laboral, debido a alguna de las causales establecidas en el ordinal 83 ídem, o en los supuestos del artículo 85 del mismo o por alguna otra razón ajena a la voluntad del trabajador. Se trata de un derecho que no puede ser vendido, cedido, embargado -excepto por pensión alimentaria- ni puede ser objeto de compensación (artículo 30 íbidem). El auxilio de cesantía, desde la concepción de la Sala Constitucional

o superiores inmediatos de éste, dentro del respectivo Departamento, Oficina o Ministerio (Art. 9 del Reglamento al Estatuto del Servicio Civil concordado con el art. 20 de su Estatuto), la Sala Constitucional ha atenuado dicha restricción, bajo la consideración de realizar un análisis de cada caso en concreto, entre la valoración oportuna de la restricción al derecho al trabajo y el fin que se pretenda -de manera proporcional- lograr con tales medidas legales (Voto Constitucional no. 7283-13).

⁵ Este presupuesto se ha atenuado, mediante el fondo de reserva, diseñado por la Ley de Asociaciones Solidaristas (No. 6970).

(Voto N° 8232, de las 15:04 horas, del 19 de setiembre del año 2000) es una expectativa de derecho, en el sentido de que sólo tiene acceso al mismo, quien ha sido despedido sin justa causa, el que se vea obligado a romper su contrato de trabajo por causas imputables al empleador, aquél que se pensione o que se jubile, el que fallezca o, en caso de quiebra o insolvencia del empleador; no reconociéndose suma alguna en caso de renuncia o de despido justificado; siempre salvo norma interna o pacto en contrario (Voto no. 00121-2006).

A nivel constitucional, se dispone como garantía social, la existencia del derecho de los trabajadores a ser indemnizados en caso de ser despedidos sin motivo justo, en tanto no exista en el país un seguro de desocupación, estipulándose lo siguiente:

Artículo 63.- Los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho a una indemnización cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación.

Como normas generales sobre la cesantía, están básicamente las estipuladas en el Código de Trabajo para el sector privado y para el público las regulaciones del Estatuto del Servicio Civil, esto sin perjuicio de otros instrumentos -que bien pueden indemnizar más allá de los límites legales- tales como las Convenciones Colectivas, Arreglos Directos y cualquier otra reglamentación posible y reconocida por el ordenamiento jurídico.

Así el Código de Trabajo, reconoce en lo que interesa lo siguiente:

ARTÍCULO 29.- Si el contrato de trabajo por tiempo indeterminado concluye por despido injustificado, o algunas de las causas previstas en el artículo 83 u otra ajena a la voluntad del trabajador, el patrono deberá pagarle un auxilio de cesantía de acuerdo con las siguientes reglas: 1.Después de un trabajo continuo no menor de tres meses ni mayor de seis, un importe igual a siete días de salario. 2. Después de un trabajo continuo mayor de seis meses pero menor de un año, un importe igual a catorce días de salario. 3. Después de un trabajo continuo mayor de un año, con el importe de días de salario indicado en la siguiente tabla: a) AÑO 1: 19,5 días por año laborado. b) AÑO 2: 20 días por año laborado o fracción superior a seis meses...

Por su parte el Estatuto del Servicio Civil, estipula:

Artículo 37.- Los servidores del Poder Ejecutivo protegidos por esta ley gozarán de los siguientes derechos: ...f) Si cesaren en sus funciones por supresión del empleo, tendrán derecho a una indemnización de un mes por cada año o fracción de seis o más meses de servicios prestados.

Con la reforma de la ley de protección al trabajador, se cambió el porcentaje a pagar (8,33%), pues el mismo se adelanta como derecho adquirido (3,00%) para fortalecer los fondos creados en dicha ley, quedando un reconocimiento discutible de un 5,33%, y, por otro lado, se vino a reiterar que en ningún caso podrá indemnizarse, más que los últimos ocho años de la relación laboral.

Bajo el principio de progresividad⁶, se puede sustentar el rompimiento del tope del instituto; eso sí, siempre y cuando dicha ruptura, sea razonable y proporcional. Así convenciones colectivas del sector público, han sido declaradas contrarias a los principios constitucionales que informan la Constitución Política, por cuanto la mayoría de los integrantes de Sala Constitucional⁷, han considerado que

⁶ El que significa no regresividad, abstención de adoptarse políticas y medidas que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales vigentes. Es una línea evolutiva ascendente que se presenta dentro de la doctrina de los derechos humanos y se erige en guía inestimable para la interpretación y aplicación del derecho laboral. Visto por la sentencia constitucional no.10533- 2009, como la vocación de irreversibilidad “constantemente enfocada hacia la superación de los umbrales de la protección...”.- *En igual sentido, el principio de progresividad “exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos. En teoría, la idea es que, entre más recursos tenga un Estado, mayor será su capacidad para brindar servicios que garanticen los derechos. La obligación de implementación progresiva contiene la prohibición de no regresividad que puede ser sometida a control judicial en caso de incumplimiento. Cuando un Estado reconoce, respeta y satisface algún derecho fundamental, tiene prohibido reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o suprimir los ya existentes... Ahora bien, para que pueda señalarse que existe una lesión al principio de progresividad y no regresividad, se requiere que exista un derecho fundamental que se hubiera reconocido y que el mismo sea limitado o restringido sin justificación razonable alguna”* (Voto no. 11088-2013).

⁷ Una minoría ha realizado el rechazo de plano al considerar que no existe competencia para ver -vía acción de inconstitucionalidad- las Convenciones Colectivas, al tener un carácter distinto a la ley formal, y por ende estar fuera de los supuestos del artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Siendo que la jurisdicción competente es la

excederse o sobrepasarse de veinte años, atenta contra la razonabilidad, economía y eficiencia, en uso abusivo de fondos públicos, de allí la necesidad de estar dentro de dichos parámetros:

... el Código de Trabajo establece reglas mínimas que pueden ser superadas siempre y cuando se haga dentro de parámetros de razonabilidad y proporcionalidad. Es por esta razón, que la Sala ha avalado la existencia de topes de cesantía mayores de los ocho años, pero inferiores a los veinte años, por estimar que no existe inconstitucionalidad alguna en los casos en que sí existe un límite o techo razonable (Voto Constitucional no. 11087-2013).

Entonces sobrepasar dicho tope constitucional o incluso no ponerle límite de tiempo, refleja según la sala mencionada, un uso indebido de fondos públicos, en detrimento de los servicios públicos, que se prestan por parte de los administradores.

2.3 Discriminación por razón de la nacionalidad

Es oportuno recordar que la Carta Magna, en sus artículos 7 y 48, le han conferido a los instrumentos internacionales aplicables en el país, un rango de eficacia superior al de la propia legislación interna. Incluso la Sala Constitucional, ha venido a establecer que los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos poseen pleno valor y que, en tratándose de Derechos Humanos, los instrumentos internacionales, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre ella, de conformidad con los Votos Constitucionales, nos.1147-1990 y 9685-2000. En igual sentido, se ha referido:

Debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre

de la legalidad, en donde debe ponderarse el momento histórico junto con las necesidades sociales y económicas que propiciaron determinado acuerdo. Asimismo por el hecho de que una fiscalización a posteriori sobre criterios de proporcionalidad y razonabilidad, constituiría una injerencia externa que afecta el equilibrio interno del convenio colectivo concertado, pudiendo provocar serias dislocaciones o distorsiones de la seguridad, la paz social y de las relaciones laborales, que no resultan congruentes con el Derecho de la Constitución.

Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido (Voto no. 2313-1995).

Bajo esta tesis y con base en los casos resueltos, como “La Cantuta vs. Perú”; “Cabrera García y Montiel Flores vs. México” y; específicamente “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, se ha dado una preponderancia a los mandatos internacionales (instrumentos jurídicos internacionales), dentro de la teoría de las fuentes del derecho, fijándosele a la jurisdicción interna de cada país, el deber de acatar en primera instancia el derecho convencional:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de la disposición de la convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin y que y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos (Briones, 2013: Tesis doctoral... p.148-149).

En consonancia con lo anterior, Jinesta Lobo (2012), ha señalado que a partir de las anteriores sentencias, se ha clarificado que el parámetro de control por el cual el juez nacional juzga el derecho local, lo debe realizar con base en los mandatos internacionales que están debidamente incorporados mediante instrumentos jurídicos:

A partir de las sentencias “Almonacid Arellanos y otros c/. Chile” y “Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú”, queda claro que el parámetro de control a partir del cual el juez o tribunal ordinario interno juzga el derecho interno o local, lo son la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda otra Convención o Declaración del sistema interamericano (v. gr. “Protocolo de San Salvador” sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre Desaparición Forzada, etc.), así como las sentencias y opiniones

consultivas de la Corte Interamericana. A partir de ese referente, el juez o Tribunal interno debe revisar si la normativa o el ordenamiento jurídico interno es contrario u opuesto a los objetivos, fines y tenor literal de ese "corpus iuris" de orden regional o interamericano, entendido como un estándar mínimo de protección (Recuperado el 30 de agosto de 2013, de <http://www.ernestojinesta.com/pp.9-10>).

De conformidad con esta tesis, es necesario tomar en cuenta en el presente aparte, lo regulado tanto por la Declaración Universal de Derechos Humanos, como por el Convenio no. 111 OIT. En este sentido, el primer instrumento, viene a estipular que no debe hacerse distinción alguna por razón de raza, origen nacional o por condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona (art. 2). Igualmente el Convenio OIT, señala que se entiende por discriminación en el empleo y ocupación⁸, cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades (art.1, inc. a).

Con base en las diferencias, todo miembro que haya adoptado dichos instrumentos, se ve compelido a derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dichos presupuestos.

Bajo dicho entendimiento y siendo que el país, ratificó el Convenio 111, muy posterior a la entrada en vigencia del Código de Trabajo y del Estatuto del Servicio Civil, como de su reglamento, es que dentro del ámbito laboral tanto privado como público, existían respectivamente los artículos 9, 5, 55, los cuales restringían expresamente el acceso al régimen estatutario, sino se era costarricense. Y por otra parte, el artículo 13 del Código de Trabajo, para el sector privado, estipulaba lo siguiente:

Artículo 13.- Queda prohibido a todo patrono emplear en su

⁸ Los términos empleo y ocupación, incluyen el acceso a los medios de formación profesional, así como a la admisión en el empleo, como también a las condiciones propias del desempeño en el trabajo.

empresa, de cualquier clase que ésta sea, menos de un noventa por ciento de trabajadores costarricenses; y pagar a los trabajadores nacionales menos del ochenta y cinco por ciento del total anual de los salarios que en dicha empresa se devenguen. Ambas proporciones pueden ser aumentadas o disminuidas, durante un lapso no mayor de cinco años, hasta en un diez por ciento cada una, cuando el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social lo juzgue indispensable por exigirlo así perentorias razones de técnica, que deberán consignarse en la resolución respectiva.

No obstante, en casos de inmigración autorizada y controlada por el Poder Ejecutivo o contratada por el mismo y que ingrese al país para trabajar en instituciones de beneficencia, de educación u otras de indudable interés social; o cuando se trate de centroamericanos de origen o de extranjeros nacidos y radicados en el país, podrán dictarse resoluciones razonadas especiales que modifiquen lo anteriormente dispuesto.

Para el cómputo de lo dicho en el párrafo primero de este artículo, se hará caso omiso de fracciones, y cuando el número total de trabajadores no exceda de cinco, sólo se exigirá la calidad de costarricense a cuatro de ellos.

No es aplicable lo dispuesto por este artículo a los gerentes, directores, administradores, superintendentes y jefes generales de las empresas, siempre que su número no exceda de dos en cada una de ellas.

Toda simulación de sociedad u otra similar, tendiente a burlar estas disposiciones dará lugar a nulidad absoluta del acto o contrato en que se realizó, y será sancionada con arreglo a lo ordenado por el artículo 426 del Código Penal.

Entonces no solo se prohibía la contratación de extranjeros -más allá de lo autorizado por ley o de lo convenido por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con las necesidades del país, en cuanto a la contratación de mano de obra no nacional- sino que la misma era vigilada por el cuerpo de Inspectores de Trabajo, como norma prohibitiva, constituyéndose el irrespeto a la normativa en una conducta delictuosa.

Ante esta situación y por considerarse en discordancia con la Constitución Política y la normativa internacional⁹, la Sala Constitucional mediante voto no. 616-99, declaró por cuatro votos a favor, la

inconstitucionalidad del artículo 13 antes citado¹⁰, mediante el alcance del derecho al trabajo, como cuestión fundamental que debe el Estado Costarricense, procurar para que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada. Así no solamente los nacionales, pues los extranjeros que tienen, según el régimen legal, una categoría migratoria que los habilite para laborar, deben ser tratados en igualdad de condiciones:

... VII. La inconstitucionalidad del artículo 13. Expuesto el artículo 13 del Código de Trabajo al régimen constitucional de los extranjeros, y a los alcances que en relación con estos tiene el derecho fundamental al trabajo, esa disposición es inconstitucional. Esa norma no consiste en una habilitación para preferir a los trabajadores costarricenses, en igualdad de condiciones, en el sentido permisivo del último párrafo del artículo 68 de la Constitución. En realidad, somete a cuotas o magnitudes variables la contratación de trabajadores extranjeros, prohibiéndola por encima de esas cuotas o magnitudes, pero no en consideración a criterios objetivos como serían los de capacitación, aptitud o idoneidad para los puestos de trabajo -en todo caso, a criterios razonables y por ende legítimos que no anulan ni afectan la igualdad de oportunidades-, sino al exclusivo dato de la nacionalidad (Voto no. 2313-1995).

Por su parte, el hecho de que la normativa estatutaria, estipulara para la entrada al sector público, el ser costarricense -salvo que, por falta de condiciones idóneas, se acordara dispensar dicho requisito- se consideró dentro de la misma línea de pensamiento, que no era razonable su vigencia y por el contrario, constituía una evidente lesión al derecho de igualdad, prohijado constitucionalmente:

⁹ Incluso dentro del terreno de la normativa patria, ya se había dictado y previo a la ratificación del convenio internacional no. 111, la ley no. 2694 de 1960, que prohibía toda discriminación por razón de origen social, ascendencia, nacimiento o cualquier otra condición, dejando así cualquier otra circunstancia discriminatoria, de manera amplia a la interpretación, en resguardo de la condición humana.

¹⁰ Los tres Magistrados disidentes, consideraron básicamente como parámetros para sostener dicha normativa, la gravedad social y económica que podría conllevarle al país, el eliminar la misma, máxime el avance desmedido en los medios de transporte y de comunicación, que cada vez facilita la afluencia de otras nacionalidades dentro del territorio nacional. De allí, que la medida de protección, les resultaba proporcional con la necesidad a satisfacer.

la Sala no observa ninguna razón que justifique la exigencia preceptiva de la calidad de costarricense para ingresar al Régimen de Carrera Docente. En efecto, la limitación impuesta por tales normas no sólo es irrazonable, sino que constituye una evidente lesión del Derecho de la Constitución, pues dichas normas sólo tienen en consideración el criterio de la nacionalidad para impedir a los extranjeros la posibilidad de ingresar el régimen de la carrera docente, sin que se encuentre ninguna base objetiva, condición especial o algún otro argumento que justifique dicha restricción (Voto Constitucional no. 5569-2000).

De este modo, la equidad de trato a nacionales y extranjeros en materia de trabajo, entonces ha ido a través del tiempo superando las barreras legales que contravenían tanto la constitución, como la normativa internacional¹¹. Eliminado los requisitos y disposiciones que entraban -en abierta contradicción con el derecho de la Constitución Política- los principios de igualdad y de no discriminación en referencia a los extranjeros, eso sí, con las excepciones y limitaciones propuestas dentro de la misma Carta Magna.

2.4 Tope de anualidades

Precisamente uno de los beneficios individuales de que goza el trabajador del sector público, es el reconocimiento de las anualidades, como una remuneración que se reconoce por cada año laborado y siempre y cuando, haya recibido como calificación mínima anual “un bueno”, en el año anterior. Al respecto la ley no. 2166 de 1957, estipulaba en su artículo 5:

Tendrá aumentos o pasos, hasta un total de treinta, de acuerdo con los montos señalados en el artículo 4° anterior, hasta llegar al sueldo máximo, que será la suma del salario base más los treinta pasos o aumentos anuales de la correspondiente categoría....

En similar sentido, el reglamento a dichos aumentos anuales, estipulaba que los mismos no iban a ser reconocidos, cuando la jornada de trabajo no fuere de tiempo completo (art.2 inc.4, b).

Al llegar a treinta años de servicio público y con jornada ordinaria completa, no podía seguirse pagando la anualidad, aún cuando el

¹¹ Quedando aún pendiente de revisión, el acceso al mismo régimen judicial.

trabajador hubiere obtenido los mismos presupuestos para hacerse acreedor, en vista de que el plazo transcurrido no permitía su disfrute.

Mediante diversas sentencias de constitucionalidad, se han venido a eliminar distintos presupuestos que regulan dicho instituto. En este sentido, vino a descartar el requisito de la jornada ordinaria completa, considerando que vía reglamentaria no se podía establecer una limitación que la misma ley no impusiera:

El principio de reserva de ley implica, en lo que aquí interesa, que los reglamentos ejecutivos pueden desarrollar los preceptos legales pero no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las que no fueron previstas por el legislador; y deben respetar rigurosamente su "contenido esencial" (Voto Constitucional no. 5916-2004).

En este caso, se mandó al Poder Ejecutivo, en uso de sus potestades reglamentarias, a sujetarse a los límites legales, de forma que no pudiese extender o restringir el contenido de la ley. Así, si la ley no. 2166, no impuso limitación al respecto, entonces, no podía la Administración -sin que violentara o usurpara las funciones destinadas exclusivamente al legislador, con base en la división de poderes constitucionales- encomendárselo a un reglamento.

Concluyéndose por parte del Magistrado Carlos Arguedas Ramírez, que hubiere resultado más racional, sino se hubiere optado -vía reglamentaria- por una restricción total, pudiendo al menos haberse ideado una proporcionalidad al tiempo laborado:

...si bien es cierto (sic) la diferencia entre un trabajador a tiempo completo y uno a medio tiempo podría dar lugar a un reconocimiento proporcional de las anualidades, no puede servir de fundamento para privar de ese beneficio a quien no hubiera laborado la jornada completa (Voto Constitucional no. 5916-2004).

Ahora bien, mediante los votos constitucionales nos. 15460 y 5892 respectivamente de los años 2008 y 2010, consideraron que el límite de treinta años presupuestado en la ley -cuando se hacía posible pensionarse a la edad de cincuenta años y treinta de servicio- quebrantaba el deber Estatal de la seguridad social, junto con el principio de proporcionalidad, al darse una limitación, que no era acorde con las nuevas circunstancias, concretamente en cuanto a la

edad de retiro. Sin obviar, por otra parte, el de intangibilidad relativa al patrimonio¹², al haberse aumentado, la edad de retiro de los empleados públicos.

Para esto, que hay que tomar en consideración que el artículo 5° de la Ley No. 2166 de 9 de octubre de 1957, establecía originalmente la posibilidad de obtener hasta cinco aumentos en su salario, los cuales eran reconocidos cada dos años. Posteriormente, el citado numeral fue reformado a través de la Ley No. 5955 de 25 de octubre de 1977, mediante la cual se dispuso un incremento en la cantidad de tales aumentos anuales, elevándose estos a veinte. Ulteriormente, a través de la Ley No. 6408 de 14 de marzo de 1980 se modificó, nuevamente, el precepto bajo estudio, estableciéndose que, en adelante, se tendrían hasta un total de treinta aumentos o pasos, que son lo que se cuestionan en la presente acción de inconstitucionalidad. Reforma última al artículo 5° bajo estudio, que se llevó a cabo, precisamente, con el propósito de adecuarse a las diversas necesidades y circunstancias que imperaban en ese período, entre éstas, la edad establecida para el retiro o la jubilación de los empleados públicos. En otros términos, uno de los fines de tal modificación, era el de ajustar el pago de las denominadas anualidades, de conformidad con los años a los que se encontraba obligado el funcionario a prestar sus servicios para la Administración Pública (...). De este modo, nótese que, actualmente, según las variaciones realizadas en los regímenes de pensiones y lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley No. 2166, el empleado público se ve compelido a laborar más años sin que, consecuentemente, le sea reconocido el correspondiente pago de las anualidades –aquellas que superan el tope de los treinta años–.

Lo que en consideración de la jurisdicción constitucional, constituía un desapoderamiento ilegítimo de los derechos patrimoniales de los

¹² *Este principio lo que determina es que “la administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al cocontratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólume el nivel económico originalmente pactado (reajustes de precios que pueden originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, rebus sic stantibus, hecho del príncipe y sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato)”. (Voto Constitucional no. 831-07).*

funcionarios, al estar prestando efectivamente sus servicios. De allí, que eliminara el tope de las treinta anualidades, como complemento salarial dentro del sector público.

3. Derecho colectivo

No es lo mismo, el sonido del golpe de un dedo, que de una mano completa. Bajo este entendimiento, es que los trabajadores a través de la historia, han entendido que para compensar la inferioridad “per se” entre la mano de obra y el capital, debía haber unidad de grupo, lo que ha dado lugar a distintas organizaciones sociales laborales, que han reivindicado de una u otra manera, los intereses de sus agremiados.

En este sentido, el derecho colectivo resulta ser el que contempla las relaciones colectivas, sin tener en cuenta -de manera directa- al trabajador individual, sino, al grupo de trabajadores, hacia un bien apto para satisfacer una necesidad en común. Reconociendo lo colectivo, como fuente a las convenciones colectivas, al crear derecho. Dentro del mismo se generan conflictos colectivos, con intereses abstractos o de categoría, que en palabras del profesor Allocati, se explican de la siguiente manera:

En el conflicto colectivo están en juego...los intereses de profesión o de la actividad; hay principal y esencialmente intereses económicos a satisfacer, pues el conflicto reside en el hecho de que una de las partes persigue modificar el derecho vigente o crear uno nuevo. Tanto el convenio colectivo de trabajo, es decir, el instrumento de composición pacífica del conflicto, como la decisión que recaiga dictada por el organismo designado para solucionarlo cuando no media solución pacífica, tienen eficacia para toda la categoría profesional comprendida (De la Cueva, De Ferrari, et al. 1973: p. 16).

En decir, a contrario sensu, del individual, la eficacia no es de carácter individual, sino por el contrario de grupos de interés colectivo.

De seguido se pasan a ventilar cuatro institutos del mismo, sean la potestad disciplinaria de las Juntas de Relaciones Laborales; la legalidad de las huelgas; junto con dos beneficios puntuales (vacacional y eléctrico) derivados como consecuencia de la negociación colectiva.

3.1 Potestad disciplinaria de las Juntas de Relaciones Laborales

Dentro de las potestades patronales, están las de poder administrar, dirigir, controlar y sancionar a sus empleados, dentro de los parámetros del respeto a las normas constitucionales, como lo ha referido la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

Si bien, por el contrato de trabajo, el empleador puede ejercer un derecho de control y fiscalización, el ejercicio de ese derecho tiene como límites el derecho fundamental a la intimidad de los trabajadores—de mayor jerarquía—y el respeto de su dignidad (Voto de la Sala Segunda, no. 00344-2004).

Por su parte, dentro del derecho comparado la legislación laboral chilena, señala expresamente dentro de su código laboral y en un sentido similar, en pro del trabajador como Ser Humano, lo siguiente:

Artículo 5. El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos (...).

Así en los Estados Democráticos, se ha entendido que los lineamientos, el control y las sanciones —entonces- no deben contravenir mínimos constitucionales, con el fin de no traspasar los ámbitos propios del trabajador, reconocidos como derechos humanos.

Tanto el patrono privado como el público, en principio no deberían renunciar a dichas potestades¹³ dentro de los límites referidos, no obstante vía convención colectiva, han habido casos en que se negocia el traslado de esa potestad a una Junta de Relaciones Laborales, con carácter obligatorio en la toma de sus decisiones y como órgano superior de la misma, se le otorga la potestad al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, resolviendo en definitiva como superior.

¹³ Entendida la potestad de imperio que ostenta la Administración Pública, como los derechos que tiene con respecto a los administrados (creándole obligaciones o suprimiéndole derechos aún sin consentimiento), pero a su vez —y como límites-los deberes, para cumplir sus fines públicos hacia los mismos.

Desnaturalizándose ambas instituciones, por cuanto las Juntas de Relaciones Laborales, constituyen órganos conciliadores y mediadores dentro de los conflictos individuales y colectivos, sobre todo en los que tienen que ver con el régimen sancionador. Y por su parte las potestades del Ministerio de Trabajo, son de conformidad con su ley:

la dirección, estudio y despacho de todos los asuntos relativos a trabajo y a previsión social; y vigilará por el desarrollo, mejoramiento y aplicación de todas las leyes, decretos, acuerdos y resoluciones referentes a estas materias, principalmente los que tengan por objeto directo fijar y armonizar las relaciones entre patronos y trabajadores, como garantía del buen orden y la justicia social en los vínculos creados por el trabajo y los que tiendan a mejorar las condiciones de vida del pueblo costarricense (Art. 1 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social)¹⁴.

De lo que se desprende, que ninguna de las dos, podrían intervenir dentro de una organización pública (sea de carácter centralizada o descentralizada), en calidad de superior en materia propia sancionadora, pues desnaturalizaría sus propios fines para las que fueron creadas.

Esta situación es evidente que resulta ser contraventora no solo del principio de legalidad, sino de la potestad de imperio que ejerce el patrono público. En tal sentido lo ha referido el Voto Constitucional no. 7085-1998:

¹⁴ Preferentemente, debiendo cumplir con los siguientes cometidos: a) Protección efectiva al trabajo humano y a los derechos de los trabajadores; b) Procurar que las organizaciones profesionales cumplan con su misión social, y, tratándose de los trabajadores, propender a un más alto nivel de la cultura, de la moral y de la economía de éstos; c) Velar por el establecimiento de una política general de protección al trabajador y a su familia, como consecuencia de las relaciones de trabajo o de las situaciones de infortunio en que se encuentren, atendiendo al mismo tiempo a los riesgos futuros que les puedan acaecer; d) Estudio y solución de todos los problemas resultantes de las relaciones entre el capital y el trabajo; e) Formular y dirigir la política nacional en el campo del bienestar social a fin de garantizar la efectividad de la legislación y de la asistencia al costarricense, su familia y la comunidad; f) Organizar y administrar los servicios públicos de bienestar social; g) Coordinar los esfuerzos públicos y particulares en el campo de bienestar social; y h) Garantizar la aplicación de las leyes sociales (art. 2 *Ibidem*).

...de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 de la Constitución Política, las leyes son obligatorias y solo pueden ser derogadas por otra posterior; que la norma de una convención colectiva no puede quitar vigencia a las leyes ordinarias, sino que, en tratándose de relaciones laborales, se pueden superar los mínimos existentes, pero solo para el caso concreto, manteniendo la ley su vigencia; que las disposiciones normativas de las convenciones colectivas deben ajustarse a las normas laborales existentes, las que pueden superar cuando se trata de conceder beneficios a los trabajadores, siempre y cuando no se afecten o deroguen disposiciones de carácter imperativo;

Entonces, las convenciones colectivas de trabajo, están supeditadas a la legislación ordinaria y solo pueden conceder beneficios que superen los mínimos previstos por el legislador originario, sin que puedan restringir potestades propias y destinadas al patrono público.

No pudiendo un acuerdo de voluntades, infringir normas de carácter imperativo, como son las del poder disciplinario o *ius puniendi*.

3.2 Sobre la legalidad de las huelgas

De una manera muy llana y general, explica el argentino Ossorio, a la huelga como un medio de lucha directa empleada por los trabajadores en defensa de sus intereses y sus reivindicaciones, conllevando el abandono colectivo del trabajo (2004: p.356). Medio que en el país, está reconocido a nivel constitucional, como un derecho de los trabajadores, salvo en los servicios públicos¹⁵, de acuerdo con la determinación que de éstos realice la ley.

¹⁵ Se prohíbe de conformidad con el artículo 376 inciso d), a los trabajadores del sector público que desempeñen labores que sean absolutamente indispensables para mantener el funcionamiento de las empresas privadas y que no puedan suspender sus servicios sin causar un daño grave e inmediato a la salud o a la economía pública, como son las clínicas y hospitales, la higiene, el aseo y el alumbrado en las poblaciones. Al respecto la OIT, sin embargo, ha introducido dentro de dicho sector el hecho de que además sean servicios esenciales, entendidos como aquéllos en donde una interrupción podría poner en peligro la salud y seguridad poblacional. Debiendo en estos casos, los Estados procurarle a este sector de trabajadores, una protección adecuada para compensar las restricciones impuestas a la libertad de acción en eventuales conflictos, tales como la creación de conciliaciones y arbitrajes adecuados (ver para mayor abundamiento Votos Constitucionales nos. 01317-1998 y 17660-2011).

Al respecto, el Código de Trabajo, en su artículo 371, viene a valorar la huelga en legal o ilegal, considerándose que se está ante el primer supuesto, en el caso en que ocurra un abandono temporal del trabajo en una empresa, ejecutado pacíficamente por un grupo de tres o más trabajadores, con el exclusivo propósito de mejorar o defender sus intereses económicos y sociales comunes¹⁶. Al darse esta, se le trata como una suspensión de contratos del trabajo, llevada a cabo por una coalición de trabajadores (tres o más) no necesariamente sindicalizados. Sin que pueda perjudicarse las indemnizaciones o salarios acaecidos por accidentes, maternidad, vacaciones o cuestiones análogas, ante dicho estado.

La declaratoria de su legalidad, produce además de su no despido, el pago de los salarios correspondientes a los días en que los trabajadores hayan holgado, siempre que haya declaratoria que los motivos de la huelga son imputables al patrono, por incumplimiento de los contratos de trabajo, por negativa injustificada a celebrar una convención colectiva o por maltrato o violencia hacia los trabajadores.

La Sala Constitucional, ha ido más allá en la explicación, de este derecho al señalar:

La protección que deriva de una huelga legal evitando el despido del trabajador, no debe entenderse como sinónimo de un derecho de expresión puro y simple, sino como parte de todo un procedimiento debidamente estructurado en la ley y la costumbre como fuente del Derecho Laboral, del que se ha desarrollado la idea del derecho colectivo de que los trabajadores enfrenten, como grupo, al patrono, para crear mayor fuerza frente a aquél, pero siempre utilizando los medios y formas que la ley les permita (Voto no. 10832-2011).

¹⁶ Se debe hacer la diferencia entre ese tipo de intereses y los jurídicos, los primeros crean o extinguen derechos, mientras los segundos es cuestión de interpretación. Supone el reclamo de un derecho nacido y actual, amparado en un precepto laboral o en una obligación (v. gr. Interpretar, si una persona –que pre avisa- al renunciar por tener un empleo nuevo, no obstante, tendría el derecho al día de asueto semanal). Mientras, los económicos y sociales, por lo general, se configuran como previo a la norma y su finalidad es darle contenido a esta o sea, creando o modificando las existentes (V. gr. superar el tope de cesantía o crear quince días de vacaciones, en vez de lo que dispone el art. 153 del Código de Trabajo).

Al darse dicha declaratoria, la misma autoridad judicial, ordena la clausura del negocio y procede a proteger a las personas y propiedades, que se encuentran dentro del conflicto.

Entonces dentro del ordenamiento jurídico nacional, se hace alusión a nivel conceptual, en la diferencia que conlleva la declaratoria de una huelga legal y una declarada ilegal¹⁷. La legal, amén de ser pacífica y consistir en un abandono del trabajo -que no necesariamente significa irse del centro de trabajo, sino con solo no cumplir con el trabajo dentro del mismo-, el código también estipulaba la necesidad de encontrarse en huelga, al menos el sesenta por ciento de las personas que trabajasen en la empresa, lugar o negocio.

Mediante voto de constitucionalidad no.10.832-2011, se vino a estipular que dicho porcentaje como requisito de un acuerdo de mayoría, constituía en la práctica un imposible cumplimiento, que venía a lesionar el derecho constitucional a la huelga.

Incluso el Comité de Libertad Sindical¹⁸ de la Organización Internacional del Trabajo, ya ha adoptado criterios, en el sentido de que imponer por parte de un Estado un porcentaje, realmente no contraviene el Convenio 87; sino que lo que, lo contravendría sería el imposible acatamiento práctico del mismo, como consecuencia de un porcentaje desproporcional.

De conformidad con lo anterior, la Sala Constitucional ha avalado y hecho como suyos, los criterios externados por la OIT.

De manera más general, la OIT ha dicho que la exigencia de la decisión de más de la mitad de los trabajadores concernidos para declarar una huelga es demasiado elevada y podría dificultar excesivamente la

¹⁷ La ilegalidad ocurre, como consecuencia de no cumplirse con los parámetros dados para una declaratoria conforme a la ley, junto con la posibilidad de que se dé, dentro de los servicios públicos (art. 375 del Código de Trabajo).

¹⁸ El comité de libertad sindical es un órgano tripartito (constituido por representantes del Estado, de los trabajadores y empleadores), que examina las alegaciones relativas a violaciones en materia de libertad sindical. En cuanto a sus funciones, son garantizar y promover el derecho de asociación (OIT, Derecho Internacional del Trabajo y Derecho Interno, 2010: p. 81).

posibilidad de efectuarla, sobre todo en grandes empresas, por lo que la mayoría absoluta de trabajadores vinculados en una declaración de huelga puede resultar difícil de alcanzar, particularmente en aquellos sindicatos que agrupan a un gran número de afiliados. Esta disposición, dice el Comité, puede entrañar un riesgo de limitación importante al derecho de huelga (Voto Constitucional no. 10832-2011).

Así el problema que se plantea, no es el de la imposición de un porcentaje, sino de que el mismo resulte ser excesivo, de tal manera que haga impráctica el derecho constitucional de la huelga. Es por ello, que la Sala Constitucional, con base en los principios mencionados a nivel internacional, consideró que la participación mínima de un 60% de los trabajadores, como requisito para la declaratoria de la legalidad de una, venía a atentar contra el ejercicio de dicho derecho.

Debiendo la autoridad judicial -a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 373 Inc. c) del Código de Trabajo, y hasta tanto el legislador, conforme al principio de reserva de ley, no promulgue un porcentaje acorde con la normativa internacional- aplicar los convenios y las recomendaciones de la OIT, para determinar el porcentaje. En el entendido, que exigir el requisito de más de la mitad de los contratados para declarar la legalidad de una huelga, podría dificultar en la práctica el derecho a la misma.

Ahora bien, podría suceder que la declaratoria sea de ilegalidad, como ha sucedido en la mayoría de los casos¹⁹, lo cual implica de conformidad con la legislación nacional vigente, la terminación de los contratos laborales de los huelguistas, sin responsabilidad patronal (no pago de preaviso y auxilio de cesantía) y junto con las sanciones respectivas en otros ámbitos legales en caso de procedencia.

En referencia a lo anterior, no obstante la Sala Constitucional, dentro del referido fallo, interpretó que el artículo 377 del Código de Trabajo, debía entenderse en el sentido de que la terminación de dichos contratos o en su defecto el rebajo salarial, procedería a partir de que se comunicara la declaratoria de ilegalidad de la huelga. Lo contrario,

¹⁹ Según información suministrada por la Rerum Novarum, desde 1967-1996, han habido 397 huelgas, de las cuales sólo 1 ha sido declarada legal (INAVE, en los años 80's).

significaría sancionar la mera participación en una huelga, haciendo ilusorio y amenazante su reconocimiento.

3.3 Beneficio tarifario eléctrico derivado de Convención Colectiva

Debe entenderse por convención colectiva, a aquél instrumento jurídico regulado por el Código de Trabajo y en donde uno o más de un sindicato de trabajadores²⁰, celebra con uno o varios patronos, un acuerdo colectivo para regular las condiciones de trabajo. En el entendido que dichas condiciones deben superar de modo general la legislación vigente. El constituyente ha elevado con rango constitucional a dicho instrumento, disponiendo al efecto en el artículo 62 constitucional, lo siguiente:

Tendrán fuerza de ley las convenciones colectivas de trabajo que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos o sindicatos de patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados.

El ordenamiento jurídico, provee así de carácter de ley profesional, a dicho instituto, el cual constituye una fuente de tipo profesional, al adelantarse a la ley formal.

Dentro del anterior presupuesto de superación a la normativa ordinaria, muchas convenciones colectivas, han tratado de superar los mínimos legales; no obstante, han sido llevadas varias de ellas –dadas con ocasión del empleo público- ante un examen de constitucionalidad. Lo anterior, como consecuencia de la interposición de acciones de inconstitucionalidad, por particulares amparados en intereses difusos, así como de partes legitimadas de conformidad con lo expresado en el artículo 75 de la Ley de Jurisdicción Constitucional²¹.

²⁰ Tratándose de los trabajadores del Sector Público, la Sala Constitucional ha considerado que no pueden negociar sus condiciones de empleo, como si se tratara de un nexo contractual sujeto al derecho laboral (Voto Constitucional no. 4453-00).

²¹ Intereses difusos entendidos como aquéllos *cuya titularidad pertenece a grupos de personas no organizadas formalmente, pero unidas a partir de una determinada necesidad social, una característica física, su origen étnico, una determinada orientación personal o ideológica, el consumo de un cierto producto, etc. El interés, en estos casos, se encuentra difuminado, diluido (difuso) entre una pluralidad no identificada de sujetos. En estos*

Siendo entonces, que en los últimos años, se ha sometido a consideración de la Sala Constitucional, las obligaciones contraídas por las instituciones públicas con sus trabajadores, bajo el análisis específico de la razonabilidad, economía y eficiencia.

En armonía con estos, el Voto no. 6728 del año 2006, vino a reflexionar -con la salvedad de tres Magistrados- la inconstitucionalidad del antiguo artículo 92 de la Convención Colectiva de Trabajo de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A, el que estipulaba:

La Compañía dará a sus trabajadores y pensionados, el 50 por ciento de la tarifa eléctrica. Este derecho lo tendrán los jefes de familia, o aquellos que estén sosteniendo la obligación, aún (sic) no siendo jefes de familia, todo debidamente comprobado ante la Compañía. Se exceptúan a los empleados que viven en propiedad de la Compañía, en cuyo caso el fluido será gratuito.

Esto por cuanto, si bien no se cuestiona el reconocimiento de ciertos incentivos que da la administración a sus trabajadores, estos deben darse dentro de un marco de razonabilidad, evitando que se conviertan en privilegios que no encuentren posteriormente justificación, dentro de un estado de derecho igualitario.

En el ámbito de la relación de servicio, podría considerarse válido que el Estado o la Administración reconocieran a sus trabajadores en forma excepcional e individual, desde un punto de vista económico los denominados pluses como forma de incentivo, pero ello en el tanto se trate de un reconocimiento por una conducta personal que supere el debido cumplimiento de la prestación de trabajo. Cuando ese reconocimiento es general, y no tiene relación alguna con la mayor o mejor prestación del servicio, se podría estar en presencia de un privilegio, que como tal no puede encontrar sustento constitucional. En este caso, el artículo 92 de la Convención Colectiva de Trabajo de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. y el Sindicato Industrial de Trabajadores Eléctricos y

casos, claro, la impugnación que el miembro de uno de estos sectores podría efectuar amparado en el párrafo 2° del artículo 75, deberá estar referida necesariamente a disposiciones que lo afecten en cuanto tal. Esta Sala ha enumerado diversos derechos a los que les ha dado el calificativo de "difusos", tales como el medio ambiente, el patrimonio cultural, la defensa de la integridad territorial del país y del buen manejo del gasto público, entre otros (Voto Constitucional no. 6728-2006).

de Telecomunicaciones (SITEC) establece una prestación que no deriva de ninguna causa derivada de la naturaleza de las labores llevadas a cabo por sus funcionarios, por lo que resulta injustificable y desmedida la disposición, en tanto reduce en un 50% el pago por los servicios eléctricos que presta la Compañía. Desde este punto de vista, estima este Tribunal que tal beneficio es un privilegio injustificado, que resulta irrazonable y desproporcionado, porque únicamente a los trabajadores de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz se les exime del pago de una obligación que los demás usuarios de tales servicios deben cancelar en forma íntegra. Este privilegio ha significado a la fecha para la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, la erogación de millones de colones por parte de una empresa estatal a la cual se le destina el cumplimiento de un importante servicio público de carácter estratégico, como es la distribución de electricidad. Es evidente que los montos que la Compañía deja de percibir para cubrir este "beneficio", deben ser compensados por los demás usuarios de sus servicios, entre los que se incluyen personas con niveles de ingresos inferiores a los beneficiarios (Voto Constitucional no. 6728 del año 2006).

Así el artículo en comentario, vino a establecer una obligación patronal que no derivaba de la naturaleza propia de la prestación de sus funcionarios, como incentivo a su producción; ya que el mismo estaba destinado incluso a los pensionados, sin encontrar un sustento lógico sostenible para dicha deferencia. Concluyendo la Sala Constitucional -al analizar el presente caso- que toda gestión de fondos debe estar sujeta a los principios de legalidad, austeridad y razonabilidad en el gasto público, lo que significa la prohibición de derrochar o administrar los recursos, como si se tratara de fondos privados.

3.4 Privilegio de Bono Vacacional derivado de Convención Colectiva

Dentro del aparte anterior, se refirió que los acuerdos colectivos buscan que se mejoren los mínimos legales. Dentro de dicha concepción, se acordó -vía convención- otorgar por parte de la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE), un auxilio dinerario a sus funcionarios, cuando se incorporaran a su centro de trabajo, después del disfrute legal de sus vacaciones. Basado dicho auxilio, en un monto de acuerdo con el tiempo de servicio, disponiendo así el antiguo artículo 28 convencional, lo siguiente:

La Empresa—RECOPE- abonará a sus trabajadores un auxilio por disfrute de vacaciones, conforme a las siguientes reglas: Un año de servicio: siete días de su salario oficial ordinario. De dos a cuatro años de servicio: catorce días de su salario oficial ordinario. De cinco a nueve años de servicio: veinte días de su salario oficial ordinario. De diez a quince años de servicio: veinticinco días de su salario oficial ordinario. De dieciséis a veinte años de servicio: veintisiete días de su salario oficial ordinario. De veintiún a veinticinco años de servicio: veintinueve días de su salario oficial ordinario. Veintiséis o más años de servicio: treinta días de su salario oficial ordinario. Este auxilio se entregará inmediatamente que el trabajador se reintegre a sus labores.

Esta disposición, junto con otras que ostentaba la convención, fueron impugnadas por considerarse contrarias a los límites racionales, referidos al bloque de constitucionalidad.

Bajo dicha argumentación, es que la Sala Constitucional, pasó a valorar principios fundamentales, entre ellos: a) Razonabilidad y Proporcionalidad: Siendo que el primero implica que el Estado puede limitar o restringir el ejercicio abusivo del derecho, con el fin de conseguir en cualquier situación la adecuación entre el motivo y el fin que se persigue. Y el segundo, referido a la imperiosa necesidad que la ley satisfaga el sentido común jurídico de la comunidad, expresado en los valores que consagra la misma Constitución; b) Legalidad: Este supone que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa, el sometimiento al marco de legalidad nacional como el internacional, debidamente incorporados en el país; c) Igualdad: imposibilidad de otorgar un tratamiento distinto, cuando hay una misma situación.

Para finalmente, acordar mediante resolución no. 7.730 del año 2000, la inconstitucionalidad de la anterior disposición:

En consecuencia, aunque la finalidad perseguida por la cláusula 28 de la Convención Colectiva de RECOPE aparece como legítima, es evidentísimo que el medio empleado no guarda ninguna proporción con dicha finalidad; y también se hace obvio que esta norma mas (sic) bien prohija un indebido manejo de fondos públicos, razón por la que resulta inconstitucional por infringir los principios de proporcionalidad y razonabilidad; y, por ende, los artículos 11, 33, 50, 56, 62 y 68 de la Constitución Política.

Se desprende, la importancia que le ha dado la Sala a estos principios, lo cual es oportuno tomar en cuenta a la hora de una negociación dentro del Sector Público.

4. Derecho procesal

Sobre el proceso y el procedimiento, es necesario aclarar para efectos didácticos la diferencia que existe a nivel de doctrina. Coincidiendo con Guillermo Cabanellas de Torres (2006), se puede decir que el proceso es un conjunto ordenado de actos y actuaciones, cuyo fin está destinado a resolver un caso. Mientras el procedimiento, es el sistema o método de actuación y ejecución; es decir, la actuación que se requiere tanto a nivel judicial, como administrativo, para cumplir con un proceso determinado. El proceso es abstracto (laboral, civil, penal), mientras el procedimiento, es precisamente su desarrollo práctico. Así el proceso es el continente, el procedimiento su contenido, por el cual se desarrolla.

Dentro de la misma tónica que hasta ahora se ha visto, corresponde en lo procesal, ver cuatro temas atinentes a la materia.

4.1 Del agotamiento de la vía administrativa

Rezaba el artículo 402 inc. a del Código de Trabajo, que los juzgados de trabajo conocerían en primera instancia y dentro de sus respectivas jurisdicciones:

a) De todas las diferencias o conflictos individuales o colectivos de carácter jurídico que surjan entre patronos y trabajadores, sólo entre aquéllos o sólo entre éstos, derivados de la aplicación del presente Código, del contrato de trabajo o de hechos íntimamente relacionados con él, siempre que por la cuantía no fueren de conocimiento de los Alcaldes.

Si se tratare de reclamos contra el Estado o contra sus Instituciones, deberá agotarse previamente la vía administrativa. Esta se entenderá agotada cuando hayan transcurrido más de quince días hábiles desde la fecha de la presentación del reclamo, sin que los organismos correspondientes hayan dictado resolución firme.

En este sentido lo subrayado en cursiva atinente al deber del agotamiento administrativo, previo a ventilarse cualquier asunto en

contra del Estado en la vía ordinaria laboral, y, en general la normativa administrativa que prohibaba este requisito, la Sala Constitucional, vino a considerar que era un resabio de los privilegios que gozaba el Estado, bajo el concepto de autotutela declarativa. Lo anterior, resolviendo consultas judiciales facultativas formuladas respectivamente por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José y por el Juzgado de Trabajo del Segundo Circuito Judicial (3.669 y 15.487 respectivamente, ambas del año 2006). Lo que conllevaba a que los entes públicos, podían por sí y ante sí, anular o modificar a su vez, sus propios actos, evitando así la jurisdicción ordinaria. A diferencia de otras ramas jurídicas, en las que opera el concepto de heterotutela, la cual sí es ejercida por un tercero supra partes, como lo es el órgano jurisdiccional; en donde se goza de las garantías constitucionales de imparcialidad, independencia y objetividad, dentro de un proceso previamente constituido.

Bajo este entendimiento, el agotamiento de la vía administrativa, reñía con el derecho fundamental de los trabajadores a obtener una justicia pronta y cumplida (artículos 41 y 49 de la Constitución Política) y con el principio de igualdad, en vista que otros sujetos de derecho, no debían cumplir con dicha imposición, dentro de otras materias.

En definitiva se consideró, que al tener la materia laboral, un alto contenido social, resultaban ilegítimas e inconstitucionales, la existencia de disposiciones que atrasaran o retardaran, el derecho de un individuo de acudir a los tribunales de justicia, en resguardo de derechos de naturaleza humana:

La infracción al derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida deviene de los siguientes aspectos: a) Normalmente, cuando el administrado interpone los recursos ordinarios de revocatoria, apelación o de reposición –entendido este último como el recurso horizontal que cabe contra los actos del jerarca o superior jerárquico supremo–, no logra que el propio órgano o su superior lo modifique o anule, de modo que el agotamiento de la vía administrativa es como sacar agua de un pozo seco, al no lograrse obtener nada de la interposición de los recursos, transformándose así en una pesada carga o especie de vía crucis para el administrado; b) es sabido que el procedimiento administrativo y su etapa recursiva o de revisión, suele prolongarse más allá de los plazos legales y de lo que puede concebirse como un plazo razonable, con lo cual se prolonga

indefinidamente, incluso por años, el acceso a la tutela judicial efectiva, sin tener posibilidad de hacerlo inmediatamente y cuando lo estime oportuno; c) la sumatoria del plazo necesario para agotar la vía administrativa con el requerido por la jurisdicción contencioso-administrativa, provoca que los administrados obtengan una justicia tardía, la cual, eventualmente, puede transformarse –según su prolongación y las circunstancias particulares de los administrados justiciables- en una denegación de justicia; lo anterior constituye una clara y evidente ventaja relativa para los entes públicos de la cual, en ocasiones, se prevalecen, puesto que, el administrado o ciudadano pasa –por su condición ordinaria de persona física- y la administración pública permanece prolongadamente en el tiempo (Voto no. 15487- 2006).

Pero además -como se dijo- significaba una vulneración al principio de igualdad, protegido dentro del artículo 33 constitucional, por cuanto se obligaba al sometimiento previo de los administrados al aparato burocrático estatal, en procura de que reconsiderara su actuación, sin que fuera requisito para otras jurisdicciones:

En lo que atañe a la vulneración del principio de igualdad, debe indicarse que el agotamiento preceptivo de la vía administrativa, derivado del privilegio de la autotutela declarativa, expone al justiciable que litiga contra una administración pública a una situación discriminatoria, puesto que, no existe un motivo objetivo y razonable para someterlo a ese requisito obligatorio, a diferencia del resto de los órdenes jurisdiccionales. Debe tenerse en consideración que, incluso, la libertad de configuración o discrecionalidad legislativa al diseñar los diversos procesos, tiene como límite infranqueable el principio de igualdad. Lo anterior, queda reforzado si se considera que las administraciones públicas son un sujeto de Derecho más que no tienen por qué gozar de tales privilegios o prerrogativas y que el eje central en una administración prestacional o en un Estado Social y Democrático de Derecho lo es la persona, esto es, el usuario o consumidor de los bienes y servicios públicos. En esencia, los intereses públicos y la satisfacción de las necesidades colectivas no pueden tenerse como cláusulas de apoderamiento para enervar los derechos fundamentales de los administrados o, sencillamente, como el altar para ser sacrificados (Voto no. 3669- 2006).

Es por ello, que se declaró contrario a la Carta Magna, la obligación de acudir por parte del trabajador, a agotar todos los recursos ante la

propia sede administrativa, de previo a pedir la interferencia de las autoridades judiciales.

4.2 Ante sanciones patronales, posibilidad de apelación

Cuando se está ante una relación laboral, sea privada o con ocasión del servicio público, existen tres elementos básicos a tomar en cuenta, sea la prestación personal (de allí que solo pueda desempeñar el puesto el contratado y no una tercera persona en su nombre), la remuneración (moneda y/o en especie) y la subordinación (sujeción), la cual -como se ha referido- debe ser razonable y proporcional. Disponiéndose, que el trabajador debe cumplir con lo que se hubiere comprometido o a falta de esto, solo en lo que sea compatible con sus fuerzas, aptitudes y siempre y cuando, sea del mismo género de los que formen el objeto de la actividad patronal. Ello no obstante, para que por medio de la buena fe, eficiencia administrativa, costumbre y lealtad, se pueda colaborar en otros menesteres, cuando sea necesario.

Precisamente la subordinación deviene del poder de organización, de dirección y de sanción que tiene el patrono con respecto al trabajador. La sanción disciplinaria –en nuestro orden jurídico-puede ir desde una llamada de atención verbal hasta la máxima que sería el despido sin responsabilidad del ente empresarial. No obstante, dependiendo del sector para el que se labore, la misma ocurre de manera distinta, según la legislación nacional. Por lo cual se debe partir que en el sector privado, salvo algunas excepciones (fueros legales como el embarazo, denuncias por acoso sexual, discriminación, etc.) se puede despedir sin justificación alguna (art. 85 d, del Código de Trabajo), pagándose los extremos laborales correspondientes. No así en el sector público, en donde por existir estabilidad laboral constitucional para el servidor y con el fin de procurar un servicio continuo a la ciudadanía, lo anterior está vedado.

En doctrina se distingue en referencia a la potestad sancionadora estatal, o sea el llamado *ius puniendi* administrativo, entre la heterotutela y la autotutela (Tesis de Chacón Mata, 2004: pp. 82-84). La primera destinada a sancionar y corregir a los particulares en el ámbito externo cuando infrinjan leyes y reglamentos que regulan el ejercicio de la gestión administrativa; mientras que la segunda, discernida como función para

mantener el cumplimiento fiel a nivel interno de los deberes que le corresponden al funcionario o agente público (disciplinaria).²²

La Procuraduría General de la República, se ha pronunciado sobre la anterior escisión, en el siguiente sentido:

La potestad correctiva se aplica al ámbito externo de la Administración, y por ello en doctrina se ha dado en llamar potestad de protección del orden general o de heterotutela, pues tutela el Orden Público (Ver al respecto, GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, op.cit. p. 400), mientras que la disciplinaria, lo es a lo interno, en relación con diversas circunstancias que se presentan en la relación funcionario-administración y referidas al vínculo de servicio existente, y por esto se le denominada (sic) también como potestad de autoprotección o autotutela, pues protege a la organización y orden administrativo a lo interno...La doctrina ha incluido dentro de la potestad correctiva, el campo fiscal, mientras que ha agrupado dentro de la disciplinaria, entre otros, el régimen de empleo y los servicios públicos (PGR, 2006: p. 208).

La Sala Constitucional desde su creación, vino a emitir sobre el debido proceso para sancionar disciplinariamente en lo público, tanto para la heterotutela como autotutela, el voto 15-1990, ampliándolo

²² La Sala Constitucional, ha considerado que si bien el poder disciplinario es inherente a toda organización que bien puede ser pública o privada, es decir, no es exclusiva de la Administración Pública, por ser un poder imprescindible para la gestión ordenada de la responsabilidad pública y privada, sin embargo, su fundamento es diverso tratándose de uno u otro campo: “Así, el poder disciplinario privado tiene su fundamento en una obligación civil, en virtud de la igualdad jurídica de las partes que informan toda la relación jurídica de derecho privado ... En cambio, el poder disciplinario del sector público es creado en virtud de un acto bilateral, pero en su desenvolvimiento, la actividad del funcionario público queda exclusivamente sujeta a la voluntad de la Administración Pública, desde la creación hasta la extinción de la relación, de manera que el servidor se encuentra en un status de especial dependencia con respecto al Estado. El individuo voluntariamente acepta la designación, pero se sitúa en una esfera de sujeción con respecto a la Administración, reglada por el Derecho Objetivo, donde es incuestionable la situación de desigualdad jurídica de las partes en la relación de empleo público; la Administración Pública asume, en consecuencia, una superioridad o preeminencia que se traduce en el poder jerárquico, cuyo correlativo es el poder disciplinario” (Voto no. 1264-95).

mediante el voto no. 1739-1992; de donde se deducen actuaciones mínimas de defensa para el investigado y a su vez pautas que debe seguir la administración, con el fin de que fructifique su cometido (acto administrativo) bajo el amparo del principio de legalidad. Ahora bien, el voto no. 18.386-2012, vino a reiterar que no toda infracción a las normas procesales se convierte, per se, en una violación de relevancia tutelable.

Así, la utilización del recurso de amparo tan sólo es viable ante violaciones graves, burdas o claras que quebranten o amenacen conculcar, de forma directa y efectiva, el derecho de defensa o el debido proceso, destacándose básicamente las siguientes: a-) la omisión de notificar al interesado del carácter y fines del procedimiento; b-) no ser oído en ninguna instancia, lo cual no significa que ello conlleve a que se le tenga que resolver a su favor las gestiones; c-) el no permitírsele el acceso a la información o de contar con un asesor calificado para su defensa; d-) finalmente la falta de una adecuada notificación en donde medie una decisión administrativa fundada y con la indicación del derecho a recurrir y que la misma, sea en verdad posible.

En referencia a la sancionabilidad -máxime si ésta, se trata de tal trascendencia que pudiere afectar la relación laboral (a nivel salarial o estabilidad de la misma)- se ha considerado, que es necesario, la existencia de un recurso de apelación para ante el superior, dentro de todo procedimiento que se promulgue dentro del sector público en general.

Asimismo, dentro del Ius Puniendi, si bien los patronos, pueden imponer sanciones, las mismas deben estar enmarcadas –según lo ha reiterado el voto constitucional no.6492-1994– dentro de un proceso, apegado a lo preceptuado por el derecho de defensa. De allí, que como antecedente y a modo de ejemplo, mediante dicho voto, se haya declarado la inconstitucional del antiguo artículo 124 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no. 6761, la cual vedaba la posibilidad de recurrir ante el superior, lo resuelto por el Tribunal de la Inspección Judicial. Posibilitando solo el recurso de reconsideración dentro del mismo órgano, que dictó la resolución.

Como se aprecia, si bien existe, la facultad sancionadora patronal, es digno resaltar que dentro de un Estado de derecho, ésta debe realizarse dentro de ciertos límites, que deben ser tomados en cuenta de previo.

4.3 Competencia procesal laboral, en la anulación de los actos administrativos, con ocasión del Empleo Público

Con la promulgación del Código de Trabajo, se trató en los anales de sistematizar de alguna manera al empleo público junto con las regulaciones de sus instituciones, tales como el PANI (art. 577) y el Ministerio de Trabajo y Previsión Social (arts. 580-600)²³, de allí que todavía queden algunos resabios como la regulación acerca del régimen de los servidores del Estado y de sus instituciones. No obstante, la constitución del país, vino posteriormente a diferenciar acerca de un régimen de empleo público, con reglas distintas a las propuestas dentro del Código de Trabajo, para el régimen privado.

Si bien, señala el artículo 14 del código mencionado, que el mismo es de orden público, no significa que vea materia pública, sino que por el interés del Estado de controlar las relaciones labores entre privados, puede por medio de su cuerpo de inspectores, entrar a levantar el velo, con ocasión de lo pactado, cuando considere que se puede estar ante conductas contrarias al cuadro jurídico propuesto u oficiosamente ejercer el control, conferido tanto por la legislación nacional como internacional.

Bajo la anterior lógica, es que se vino a declarar por medio de los votos constitucionales nos. 9928 y 11034 ambos del año 2010²⁴, la inconstitucionalidad del artículo 3 inc. a, del Código Procesal Contencioso Administrativo, el cual señalaba:

ARTÍCULO 3.- La Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda no conocerá las pretensiones siguientes: a) Las relacionadas con la conducta de la Administración Pública en materia de relaciones de empleo público, las cuales serán de conocimiento de la jurisdicción laboral...

Efectivamente la jurisdicción contencioso administrativa, mediante reforma del año 2006, se exoneraba del conocimiento de las relaciones de empleo público, destinándose exclusivamente a la laboral ordinaria.

²³ El articulado corresponde a la promulgación del primer Código de Trabajo.

²⁴ Si bien, sobre el tema existe el voto no.2701 del año 2011, no hubo lugar al mismo, por considerarse que se aclaró lo pretendido, mediante el 11.034 del año 2010.

Sin embargo, se consideró –redacción del Dr. Jinesta Lobo-, que ello atentaba contra el artículo 49 constitucional, el cual dispone por voluntad del constituyente derivado y del poder reformador, la competencia de una jurisdicción contencioso administrativa, encargada de “garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado”, siendo que en el momento en que detectaba una desviación, es la competente para conocer la misma, bajo la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos de sus administrados. Sobre el particular, se refirió lo siguiente:

...la competencia material de la jurisdicción contencioso-administrativa al estatuir que su objeto es “garantizar la legalidad de la función administrativa”, razón por la cual el legislador ordinario, en el ejercicio de su libertad de conformación o configuración, no puede atribuirle esa competencia a otro orden jurisdiccional que no sea el contencioso-administrativo, puesto que, de ser así, estaría vaciando de contenido la garantía institucional y el derecho fundamental que consagra el artículo 49 de la Constitución (Voto Constitucional no. 9928-2010).

Lo que conlleva que cuando deba deducirse una pretensión contra la administración pública, por no estarse conforme con sus actos, deba indefectiblemente ser conocida por dicha jurisdicción. Según lo sigue señalando el voto en mención:

Obviamente, si la pretensión, por su contenido material, aunque esté relacionada con alguna conducta administrativa o manifestación específica de la función administrativa –en la medida en que interviene un ente u órgano público-, se encuentra regida por el régimen jurídico laboral, de familia o agrario, debe ser conocida y resuelta por esos órganos jurisdiccionales, por cuanto, no se cuestiona, propiamente, conformidad o disconformidad sustancial de la función o conducta administrativa con el ordenamiento jurídico-administrativo que es lo que el artículo 49 constitucional le reserva a la jurisdicción contencioso-administrativa. Este Tribunal Constitucional, estima que los criterios determinantes para deslindar el ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa de otros ordenes (sic) jurisdiccionales especializados –que, en adelante, deben tenerse en consideración por la jurisdicción ordinaria- serán, entonces, los siguientes: 1º) El contenido material o sustancial de la pretensión y 2º) el régimen jurídico aplicable; de modo que si se discute la conformidad o disconformidad sustancial de una manifestación específica de la función administrativa con el bloque de legalidad, el conflicto de interés, será, necesariamente, de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Finalmente, se reiteró la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando medien conductas administrativas, relacionadas con el empleo público, dentro del contexto de una relación estatutaria pública. Exceptuándose aquéllas pretensiones y extremos que: “por su contenido material y el régimen jurídico aplicable, deben ser, inevitablemente, ventilados ante la jurisdicción laboral”. Aclarándose que si se tratara “de una pretensión que, por su contenido material y régimen jurídico aplicable, se rige por el Derecho Administrativo, el órgano jurisdiccional laboral deberá aplicarlo” (voto no. 11034-2010).

A modo de ejemplo, se podría pensar que ante un despido por parte de un ente público y cuya pretensión es la reinstalación, ante la consideración que existió nulidad, podría discernirse que es resorte de la jurisdicción contencioso administrativa; no así, una pretensión bajo el anterior presupuesto, pero en donde no interesa la reinstalación, sino cuyo contenido material, es el pago de los extremos laborales, junto con el pago de jornada extraordinaria; la cual en este caso correspondería a la jurisdicción laboral -también con rango constitucional, conforme al artículo 70- y no a lo contencioso, por estar el contenido dentro del régimen jurídico de la materia del trabajo.

4.4 Suspensión como medida cautelar

Dentro de la vida laboral de un contrato, lo que se espera ordinariamente, es que su existencia sea indefinida, con el fin de encontrar satisfacción en todos los ámbitos de la existencia humana mediante los beneficios que genera el trabajo. Es inimaginable pensar en no trabajar, incluso está demostrado que no hacerlo o jubilarse anticipadamente, sin estar preparado para ello, es una causa de insalubridad y a su vez de achique de los telómeros del ADN. Produce algunos marcadores de inflamación y otros de degradación del ADN, o sea, un deterioro progresivo de la vida en general, según estudio realizado por el Dr. escocés Ewan MacDonald (Diario La Vanguardia de España).

Es que definitivamente, la actividad cotidiana con un propósito definido, sin lugar a dudas gratifica a uno como ser humano; por cuanto, no hay nada más deslucido que no hacer nada o sentirse subutilizado. Diezma nuestro tiempo de vida, o, como refirió el citado autor, los indicadores de salud se tienden a deteriorar. Es que un enfermo mejora antes, si sabe que lo espera un trabajo, al que desea reincorporarse.

Así con el trabajo, no solo se obtiene una subsistencia económica, sino también una autoestima. Por su parte el salario o sueldo²⁵, es el elemento más importante para el trabajador, sea dentro del empleo público como del privado, ya que le permite satisfacer sus necesidades propias como de su familia. El mismo es reconocido dentro de la Constitución Política, estipulándose que se tendrá derecho a un mínimo, de fijación periódica, por jornada normal, el cual debe procurar bienestar y existencia digna; siendo que el mismo debe ser igual para trabajo igual.

Entendido lo anterior, se debe considerar que la suspensión de los contratos de todo trabajador, debe ser algo excepcional, en vista de que existe desde mediados del siglo pasado, un principio medular, sea el de continuidad laboral; es decir, lo que se pretende es que toda persona dentro del país tenga trabajo estable y seguro, al considerarse como un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. Debiendo el Estado procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, la cual debe generar bienestar y existencia digna dentro del ámbito social. Impidiéndose a su vez, que se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad, bajo el concepto de trabajo decente y de libre elección.

Por su parte la suspensión, se vino a regular desde la promulgación del Código de Trabajo (arts. 73-80), significando que cuando se decreta ésta por parte de la Inspección de Trabajo y bajo alguna de las causales previstas (falta de materia prima, enfermedad, fuerza mayor, prisión preventiva del trabajador, etc.), el servicio no se da (el trabajador no debe ir al centro de trabajo) y por ende la remuneración tampoco (patrono no paga, al no recibir prestación alguna).

Es importante resaltar que cuando se realiza la apertura de un proceso disciplinario contra un trabajador, este puede venir

²⁵ Para efectos del presente, ambos términos se utilizarán indistintamente. Etimológicamente “salario” deriva del latín *salarium*, de *sal*, en la antigüedad se pagaba con la entrega de sal, el cual ha sido un componente preciado como condimento para la comida, y *sueldo*, proviene de *soldada*, que era la retribución que recibía el soldado (Antecedentes del salario... Briones, 2008: p. 26).

acompañado de medidas cautelares o provisionales²⁶, con el fin de hacer posible la investigación, para que no exista obstáculo alguno o bien ante la inoportunidad de continuar con la normalidad del empleo. Lo que conlleva que dicho trabajador, sea apartado momentáneamente, hasta tanto no se resuelva su situación particular. Siendo en este caso suspendido de su trabajo, pero solo con el efecto de no presentarse, por cuanto el patrono, sí, tiene la obligación de realizar el pago correspondiente durante la suspensión cautelar.

Y esto, porque se ha considerado que de no hacerlo con pago alguno, vendría a atentar contra los principios constitucionales del derecho al trabajo y del estado de inocencia, al que tiene derecho todo ciudadano, hasta que no se le pruebe lo contrario. Pensar lo contrario, sería adelantar un escarnio o sanción sin un debido proceso previo:

Está claro para la Sala, y así lo ha establecido en otras oportunidades, que el patrono puede, en aras del interés y del servicio públicos (sic) y mientras se concluye la investigación judicial, suspender al servidor. Pero, conjugando esa facultad con el principio consagrado por el artículo 39 que otorga al imputado un verdadero estado de inocencia, hasta tanto no se produzca sentencia firme que lo condene, la suspensión solamente puede realizarse con reconocimiento de -los salarios, ya que de lo contrario se produciría una sanción anticipada y por ende, ilegítima (Voto Constitucional no. 1837-1991).

Entonces, la Sala Constitucional, ha aceptado que la suspensión -con goce de salario- es una medida cautelar, mientras se investigan los hechos, constituyendo potestad patronal de parte de la Administración Pública. Sin obviar que el trabajador, sigue protegido por el estado de inocencia que sólo podría terminar, una vez concluida la investigación (Voto Constitucional no. 7033-1996). Lo que debería llevar a razonar a la Administración -bajo el cumplimiento de sus fines y la satisfacción del interés público, mediante una sana administración de los recursos de todos- a realizar en el menor tiempo posible, la debida investigación,

²⁶ Se ha precisado, que esta potestad patronal, no es discrecional, por cuanto debe *existir una motivación, una justificación de la necesidad de suspender al servidor, durante la tramitación de la gestión, sea para que no interfiera con la investigación que se realiza, o bien, para evitar que permaneciendo en su cargo pueda manipular información o documentos (Voto Constitucional no. 0927-1994).*

tanto para no poner en tela de juicio la inocencia del investigado, como para no estar pagando sumas dinerarias, que bien no podrían corresponder eventualmente.

5. Seguridad Social

Entiéndase por esta -en su significado amplio-, la que conlleva no solo lo atinente a seguros, sino también a todas las conductas que velan por la protección de los trabajadores dentro de su centro de trabajo, es decir, a las condiciones por medio del cual se desarrollan las actividades. Tanto en los aspectos de prevención, como de curación ante un eventual accidente y de indemnización en caso de incapacidad, sea esta parcial o total.

Dentro del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se vino a estipular desde el año 1948, el derecho humano, a contar por parte del Estado, con el aseguramiento de un bienestar de vida en condiciones aptas para la subsistencia, no solo de manera individual, sino también familiar:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Así se supone que ante una eventual contingencia, el Estado está en la obligación de conservar la vida de sus habitantes, dentro de un nivel digno y acorde con el pacto de delegación que hicieron sus administrados, de sus libertades. Así los seres humanos, han congeniado en unirse mediante la figura del Estado, debido a su endeble naturaleza, encontrando en éste, el elemento de seguridad (Briones, 2013: Tesis doctoral... p.100).

Seguidamente se pasa a analizar, el plazo máximo, como derecho que ostentaba una persona trabajadora, a estar incapacitada, junto con algunos tópicos que deben de ver con el subsidio y las pensiones.

5.1 Sobre el plazo de las incapacidades

Los antepasados dejaron como herencia dentro de la legislación social incipiente del año 1943, la posibilidad de despedir al trabajador, con el solo pago de las prestaciones patronales, cuando se diera una incapacidad, que sobrepasara el término de tres meses consecutivos. Lo que era entendible dentro de un sistema económico social, basado en la agricultura y bajo la premisa de un clima internacional inestable por las guerras mundiales, en donde la solidaridad humana estaba en entredicho y si acaso –a nivel mundial- la subsistencia era basada en las leyes naturales del más fuerte.

La Sala Constitucional, mediante resolución no. 1573-2008, vino a declarar la inconstitucional del anterior artículo estatutario, al considerar lo siguiente:

VIII.- Por otra parte, el problema que aquí se trata está relacionado, además, con el derecho fundamental a la salud, en el sentido de que tanto hacer trabajar a una persona que física o mentalmente no está en aptitud de laborar, como condenar al enfermo a prescindir de su sustento, lesionan el derecho a la salud (...) Importa también recordar que la jurisprudencia constitucional ha vedado, aún en el campo de las relaciones laborales entre sujetos de derecho privado, que la enfermedad se convierta en un factor de discriminación en contra del empleado, que le haga derivar consecuencias perjudiciales a su situación (sentencias # 2005-13205 de las 15:13 horas del 27 de septiembre del 2005 y #2007-3168 de las 10:30 horas del 9 de marzo de 2007). En síntesis, el despido –aún mediando el pago de prestaciones completas– no es una solución que derive ni comulgue con los principios de justicia social ni de solidaridad. Debe existir una respuesta intermedia entre la incapacidad por enfermedad inferior a los tres meses y la incapacidad o invalidez permanente (Voto Constitucional no. 1.573-2008).

Evidentemente la normativa descrita, atentaba contra el principio constitucional de la continuidad laboral. Además de estar infringiendo para el sector público lo dispuesto por el artículo 192 de la Constitución Política, en el sentido que sólo puede ser removido un servidor público por despido justificado o reducción forzosa por falta de fondos y/o una mejor organización de los mismos.

Asimismo, mediante resolución constitucional, vino a declarar la inconstitucional del artículo 80 del Código de Trabajo, equilibrando

al sector privado con el público, con lo cual ningún trabajador de lo privado, puede hoy en día, ser cesado por el hecho de encontrarse prolongadamente incapacitado. Por cuanto, pensar, lo contrario, significaría atentar contra el derecho a la salud, a la seguridad social, al de igualdad y a los principios de justicia social, solidaridad y protección especial del enfermo desvalido, viniéndose a tomar en consideración y como antecedente, el anterior voto dictado para el sector público:

... el derecho a la salud, al de seguridad social, el de igualdad y los principios de justicia social, solidaridad nacional y protección especial del enfermo desvalido, son derechos que se debe reconocer a toda persona y en particular, a todo trabajador o trabajadora, independientemente, del régimen de empleo en el que se encuentren, pues la propia Constitución Política, no hace distinción alguna en cuanto a estos temas se trate. Incluso, esta norma resulta además de mayor relevancia, en el tanto sirve como base para la producción de otras normas de igual naturaleza tanto en el sector privado, como en el sector público. Es así como, la mayoría de las normas que disponen del despido como remedio ante la incapacidad por enfermedad del trabajador, por un periodo de tres meses o más, encuentran sustento en el artículo 80 del Código de Trabajo, por ser ésta la norma general y especial en materia laboral. Asimismo, cabe resaltar que en el régimen de empleo privado, de conformidad con el artículo 79 del mismo cuerpo normativo, salvo disposiciones especiales, en casos de incapacidad por enfermedad del trabajador, la única obligación del patrono es la de dar licencia al trabajador, hasta su total restablecimiento. En otras palabras, durante el periodo de incapacidad, el patrono no se encuentra obligado al pago de un salario al trabajador, por cuanto no existe una contraprestación por parte de este último, únicamente, el patrono esta (sic) obligado a mantener vigente la relación laboral, hasta que finalice el periodo de incapacidad del empleado y éste pueda reintegrarse a sus labores. Bajo esa inteligencia, se observa que los argumentos utilizados por este Tribunal para anular las normas emitidas en materia de empleo público, con el fin de autorizar el despido del trabajador que permanezca incapacitado por tres meses o más, resultan totalmente aplicable para declarar la inconstitucionalidad del artículo 80 del Código de Trabajo. Es ese sentido, también el trabajador del sector privado, tiene derecho a que se le proteja en los casos en los que por causas involuntarias no pueda obtener los medios para satisfacer sus necesidades básicas y las de sus dependientes, y a que se le garantice su derecho a la salud y a la seguridad social durante el periodo que permanezca en ese estado, ya que precisamente, esa es una de las finalidades que cumple el régimen de seguridad social a través de

los aportes realizados por el propio trabajador, su patrono y el Estado (...) Es contrario al principio de solidaridad, que la enfermedad de una persona legitime su exclusión de la actividad laboral, dejándolo en una condición de abandono económico y social a un trabajador que padece un grave quebranto de su salud, conculcándose de esta forma la protección específica que prevé el artículo 51 de la Constitución respecto del enfermo desvalido. En virtud de lo expuesto, estima esta Sala que el artículo 80 del código de Trabajo es inconstitucional por violación a los derechos a la salud, a la seguridad social, al de igualdad y a los principios de justicia social, solidaridad y protección especial del enfermo desvalido, contenidos en los artículos 21, 33, 50, 51, 72, 73 y 74 de la Constitución Política (Voto Constitucional no. 18.356-2009).

Las anteriores disposiciones significaban que en la práctica el trabajador: a) No se pudiera restablecer del todo (ante una enfermedad prolongada) y tuviera que regresar a su centro de trabajo, con el perjuicio incluso para la parte patronal de que dicho trabajador no diera el rendimiento óptimo; b) Se viera expuesto a un despido con responsabilidad patronal (Briones, 2013: p. 102).

Sin embargo, sí resulta necesario, que se idee un sistema de control (v.gr, rotación médica del paciente) para que esto no venga a significar, un abuso del derecho, en detrimento de los intereses del empleador y de la seguridad social de Costa Rica.

5.2 La pensión ante un nuevo matrimonio

Legalmente existía diversa normativa que prohibaba la eliminación de la pensión a quien ostentara una pensión por viudez y volviera a casarse; supuestamente esto en resguardo del sistema que sostiene al régimen. En este sentido, la ley no. 1922, sobre pensiones e indemnizaciones de Guerra, junto con la normativa Reglamentaria sobre pensiones por Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social, disponían:

Artículo 17.- Las pensiones caducarán: a) Para las viudas, si contraen nupcias, conservándose el 50% de su pensión en favor de los hijos menores del causante. Sin embargo, la recobrarán en caso de enviudar nuevamente y de carecer de bienes para su subsistencia. En el caso de las concubinas se aplicará la parte primera de este inciso. (Así reformado por el artículo 1º de la Ley N° 3117 de 30 de abril de 1963).

b...

c) Por haber cumplido dieciocho años los menores varones y dieciocho las mujeres, siempre que éstas permanezcan solteras (Ley no. 1922).

Artículo 20.—El pago de la pensión termina cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

...

d) El matrimonio o la unión libre de los beneficiarios de pensión en caso de muerte, salvo cuando el beneficiario se encuentre inválido, situación esta última que quedará sujeta a la calificación y comprobación de los hechos que hará la Caja, mediante los cuales se deberá determinar que la pensión otorgada, continúe cubriendo al menos un 50% de las necesidades básicas del beneficiario... (Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez, Muerte de la CCSS) [cursivas añadidas].

Artículo 47.- La viuda o la compañera que contraiga nupcias o entre en unión libre, pierde por este motivo el derecho a continuar disfrutando de la pensión, pero le será reconocida en su lugar una indemnización equivalente a doce mensualidades... Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez, Muerte de la CCSS).

En estos casos, mediante los votos de constitucionalidad nos. 16976-2008, 18965-2010 y 8890-2012, se vinieron respectivamente a declarar la inconstitucionalidad de dichas disposiciones, bajo las siguientes consideraciones:

...VI.- Pues bien, al analizarse el contenido de la norma impugnada frente a los alcances de los derechos protegidos en los artículos 33, 51 y 52 de la Constitución Política, así como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, fácilmente se deduce constituye una discriminación ilegítima e infundada con respecto a las personas que desean contraer matrimonio, quienes pierden de manera completamente ilegítima, por esa circunstancia, el derecho de continuar disfrutando de la pensión de guerra, razón por la cual se debe declarar su inconstitucionalidad (...) la norma impugnada origina una discriminación injustificada con respecto a las personas que desean contraer matrimonio, a quienes por adquirir esa condición les resulta imposible continuar percibiendo el monto que supone la pensión aludida (Voto Constitucional no. 16976-2008).

...VI.- Situación del artículo 20 inciso d) del Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social y conclusión (sic).- Los antecedentes parcialmente transcritos llevan a la

mayoría de esta Sala a concluir que sí existe lesión a los artículos 33, 51 y 52 de la Constitución Política en tanto que la causal recogida en el inciso d) para la “terminación del pago de la pensión” que se dispone la citada norma reglamentaria, afecta indebidamente el ejercicio de los derechos establecidos en las normas constitucionales (sic) mencionadas.- Por ello, y en conclusión, procede acoger el reclamo en contra del artículo 20 del Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense del Seguro Social y declarar con lugar la acción con las consecuencias legalmente establecidas (Voto Constitucional no. 18965-2010).

... V.- Sobre el artículo 47 del reglamento de invalidez, vejez y muerte de la caja costarricense de seguro social que estuvo vigente hasta el 9 de marzo de 1995: De la misma forma en que se consideró en el voto transcrito, sin que hayan elementos de interés público para cambiarla, lo procedente es concluir que el numeral impugnado lesiona igualmente el contenido de los artículos 33, 51 y 52 de la Constitución Política en tanto que es evidente la discriminación ilegítima en la que se ubica a las personas que desean contraer matrimonio en segundas nupcias y mantener su derecho de pensión por viudez. Así las cosas lo procedente es acoger el reclamo en contra del artículo 47 del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social que estuvo vigente hasta el 9 de marzo de 1995 y declarar con lugar la acción con las consecuencias que se detallan en la parte dispositiva de esta resolución (Voto Constitucional no. 8890-2012).

Definitivamente estas normas ya no se acoplaban a la realidad actual, en donde tanto hombres como mujeres son cabeza de hogar, en donde a pesar de una convivencia en común, ambos -debido a la situación económica, cada vez más complicada- deben llevar por igual, el sustento al hogar. Las normativas declaradas contrarias a la Carta Magna, de una u otra forma invitaban a vivir en un concubinato oculto, renunciando así al matrimonio legal, reconocido constitucionalmente como la base de la familia. Es que simplemente el derecho debe adaptarse a la realidad y no quedar rezagado. De allí la necesidad de estar revisando la normativa vigente, como lo refiere el pensamiento Bourdieuniano.

5.3 Imposibilidad de percibir salario y pensión dentro del sector público

Mediante Voto Constitucional no. 15.058-2010, se había considerado que las personas pensionadas podían trabajar dentro del Sector Público,

sin que se les suspendiera la pensión que venían disfrutando, por cuanto se interpretó que el artículo 14 de la Ley General de Pensiones del año 1935, al denegar el disfrute de pensión, en el caso que se optara por un cargo público remunerado, lesionaba el derecho al trabajo y el tener la posibilidad de contar con una vida más digna dentro del ámbito económico. Por lo que dentro de sus considerandos, se reflexiono lo siguiente:

El artículo 14 de la Ley General de Pensiones, en cuanto establece la incompatibilidad a toda persona para gozar simultáneamente de una pensión del Estado, por cualquier concepto, y ser nombrada para desempeñar un empleo o cargo público remunerado, resulta, a todas luces, inconstitucional por las siguientes razones:

a. Obliga, indirectamente, a la una persona que ha obtenido, previamente una pensión del Estado por cualquier concepto –de derecho o de gracia- a mantenerse ociosa o económicamente inactiva, puesto que, si opta por desempeñar un empleo o cargo público remunerado, se le impele a renunciar; expresamente, a la pensión correspondiente, durante el tiempo que lo ocupe o ejerza efectivamente, suspensión equivalente a una supresión temporal. De esta manera se violenta el derecho al trabajo contemplado en el artículo 56 constitucional y de acceder a los cargos públicos establecido en el numeral 192 de la Constitución y cuyo único límite es la comprobación de la idoneidad pertinente, por cuanto, la suspensión de la pensión se transforma en una mecanismo disuasivo para ejercer el empleo o cargo público remunerado.

b. Efectúa una distinción carente de motivos objetivos y razonables y, por consiguiente, una discriminación entre la persona que de manera antecedente goza de una pensión del Estado por cualquier concepto y opta por laborar en el sector privado, en cuyo caso no es compelida legalmente a suspender la percepción de ésta, a diferencia del trato que le brinda la ley a los pensionados del Estado que deciden acceder a un empleo o cargo público remunerado. Consecuentemente, se produce una infracción del principio y derecho a la igualdad (artículos 33 de la Constitución y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

c. Despoja, aunque sea temporalmente, a una persona del goce de una pensión del Estado que, conforme con el ordenamiento jurídico le corresponde por encontrarse dentro de los supuestos de hecho y requisitos previstos, si decide ocupar un empleo o cargo público, con lo que se lesiona directamente, el principio de la intangibilidad del patrimonio

establecido en el artículo 45 constitucional y la interdicción de toda sanción de carácter confiscatorio –aunque sea de carácter temporal– contenida en el ordinal 40 de la Constitución.

d. Se transgreden, también, los principios de razonabilidad o proporcionalidad (desarrollados por este Tribunal Constitucional en los Votos Nos. 3933-1998 de las 9:50 hrs. de 12 de junio y 8858-1998 de las 16:33 hrs. de 15 de diciembre) y de interdicción de la arbitrariedad (precisado en el Voto No. 11155-2007 de las 14:49 hrs. de 1° de agosto de 2007), por cuanto, el medio establecido –incompatibilidad de recibir una pensión y una remuneración por un cargo o empleo público–, resulta desproporcionado para lograr el fin propuesto –redistribución o presunta sostenibilidad del régimen de pensión–, al lesionar, gravemente, derechos fundamentales tales como el trabajo, acceso a la función pública, igualdad, intangibilidad del patrimonio y la no confiscatoriedad, con lo que se incurre en una evidente arbitrariedad legislativa.

e. Con la incompatibilidad de marras, adicionalmente, se impactan, al impedirle a una persona que es beneficiaria de una pensión del Estado y desea acceder a un empleo o cargo público remunerado, los principios de justicia social y de solidaridad enunciados en el artículo 74 constitucional (Voto Constitucional no. 15058-2010).

En general se externó, la viabilidad de que los pensionados, pudieran acceder al aumento de sus ingresos, mediante un trabajo dentro del sector público. Lo cual les permitiría una mejor vida, bajo el sustento de los principios de solidaridad y justicia social; junto con el derecho que tienen los ascendientes de sentirse útiles y a contar el país con su experticia en pro de un desempeño público óptimo.

No obstante y de conformidad con lo estipulado en el artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, el cual posibilita realizar cambios de criterio de los precedentes y jurisprudencia constitucional, es que la Sala, mediante Voto no. 10.513 del año 2011, viene a cambiar de criterio –con ocasión del análisis de la normativa judicial (art. 234 Ley Orgánica)²⁷. Considerando que percibir simultáneamente pensión y salario (con votos salvados de los Magistrados Jinesta, Calzada y

²⁷ *Artículo 234. Al jubilado o pensionado, se le suspenderá del goce del beneficio, durante el tiempo que esté percibiendo cualquier otro sueldo del Estado, de sus bancos, de sus instituciones, de las municipalidades, de las juntas de educación y de las empresas de economía mixta.*

Hernández), vulneraba la estructura lógica del derecho a la jubilación y su carácter solidario; por cuanto el fin es ayudar a quien precisamente ya no puede recibir una remuneración salarial, y no el de permitir que personas puedan recibir una especie de doble pago con fondos públicos. De allí que se considerara viable la vigencia del artículo 234 comentado, bajo la argumentación de la razonabilidad oportuna en el manejo de los fondos estatales:

Asimismo, debe considerarse que la medida legislativa que se pide dejar sin efecto implica un manejo más razonable de fondos públicos y una función que promueve el derecho al trabajo de las nuevas generaciones. En cuanto a lo primero, el restablecimiento de la relación laboral de servicio público con personas que ya han cumplido su ciclo de trabajo para con el Estado incrementa el gasto por concepto de recurso humano, toda vez que la contratación de jubilados es más onerosa al tener que pagarse más por rubros como anualidades y otros pluses salariales que los servidores en retiro acumularon en el transcurso del ciclo completo de su carrera. Así, si se anulara la norma impugnada, la Administración Pública tendría más dificultades para solucionar el problema de déficit que ya le agobia, lo que atenta contra el deber del Estado de un manejo eficiente de los dineros públicos y, por ello, deviene irrazonable. De otro lado, la reinserción de personal que ha concluido su ciclo laboral en el servicio público, tiende a restringir las posibilidades legítimas de acceso al empleo público de quienes aún se encuentran en su ciclo laboral, lo que resulta desproporcionado, máxime que los pensionados mantienen la posibilidad de laborar en el sector privado. En conclusión, la eliminación de esa regla crearía un desequilibrio entre los derechos de ambos grupos que tendería a perjudicar a las nuevas generaciones, quienes ya afrontan problemas importantes de acceso al mercado laboral por la contracción de la economía y disminución de la oferta de empleo (Voto Constitucional no. 10513-2011).

Pensar lo contrario -determina el ente judicial- le posibilitaría a un solo trabajador recibir dos ingresos al mismo tiempo: uno por salario y el otro por pensión, pese a que este último rubro, por razones de solidaridad, solo procede otorgarse a quien ya está en retiro y se supone no recibe remuneración formal.

Con este replanteamiento jurisprudencial, lo que se gana es la protección del reparto público (razonabilidad del gasto) y la protección del trabajo de las generaciones venideras, tratando de adelantarse a atemperar los tiempos de crisis y de desempleo, que pudieren suceder

en el futuro. No así, el poder contar con la experiencia de los jubilados, de allí la necesidad de idearse un nuevo paradigma, con el fin de no lesionar el aspecto económico desde ninguna arista, pero sí, permitir en lo público, contar con personas de vasto conocimiento como consecuencia de sus vivencias, ya que como refirió el filósofo alemán, Arthur Schopenhauer: “*Los primeros cuarenta años de vida nos dan el texto; los siguientes, el comentario*”.

5.4 El pago del subsidio dentro del régimen voluntario

A nivel constitucional, la seguridad social, encuentra asidero dentro de su artículo 73, mediante el reconocimiento de los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado junto con patronos y trabajadores, a fin de proteger a estos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley pudiere determinar.

Para lo cual existen en el país, distintos regímenes de aseguramiento, entre los que destacan el obligatorio del asalariado (por cuenta ajena), el que brinda el Estado por su cuenta y el voluntario²⁸, con el fin de poder obtener cuando corresponda la pensión y el derecho a la asistencia médica, ya sea de carácter preventiva o curativa, según lo dispuesto por el Convenio OIT sobre la seguridad social, número 102, debidamente ratificado.

Por otra parte, es necesario dentro del presente aparte, mencionar lo referente al subsidio, entendido este como la suma de dinero, que debe pagársele al asegurado -por parte del ente asegurador- cuando se encuentre en una situación de incapacidad o de licencia, bajo las regulaciones de la seguridad social anteriormente descritas.

No obstante lo anterior, en 1995, la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, acordó dejar establecido dentro del artículo 10 del Reglamento de Seguro Voluntario, la siguiente disposición:

²⁸ Esta categoría incluye a los trabajadores independientes, que laboran por cuenta propia y obtienen un ingreso, con independencia de que tengan o no personal a su cargo.

El asegurado voluntario tendrá los mismos beneficios que los asegurados obligatorios asalariados, salvo los subsidios en dinero que otorga el Seguro de Enfermedad y Maternidad. El asegurado voluntario tendrá los mismos beneficios en el seguro de IVM.

Lo cual se objetó mediante acción de inconstitucionalidad, al considerarse que con dicha disposición se violentaba -en lo fundamental- el derecho a la igualdad, por cuanto la categoría de asegurados voluntarios, cotizaban al igual que el obligatorio con el seguro de enfermedad y maternidad.

La Sala Constitucional, consideró dicho argumento como válido y por ende eliminó la frase “salvo los subsidios en dinero que otorga el seguro de enfermedad y maternidad”, por cuanto, los asegurados por el régimen voluntario al igual que el obligatorio, en caso de sufrir una enfermedad que les incapacite, deben dejar por un tiempo sus actividades, lo cual va a incidir en la disminución de sus ingresos:

El artículo 10 del Reglamento de Seguro Voluntario excluyó a los asegurados voluntarios del acceso al subsidio en dinero, pese a que, al menos los que tienen una actividad productiva –“asegurado activo no asalariado”, según el Reglamento de Seguro de Salud, “población económicamente activa”, en los términos del Convenio N°102 de la Organización Internacional del Trabajo- ven afectados sus ingresos si a causa de una enfermedad o como consecuencia del período pre y post-parto deben suspender temporalmente sus actividades productivas. Debe tomarse en cuenta que los asegurados voluntarios contribuyen al sostenimiento del régimen y pagan una cuota mensual por el seguro, que es fijada por la Caja Costarricense de Seguro Social en ejercicio de las atribuciones que la Constitución Política y su Ley Orgánica le confieren. A juicio de la Sala excluirllos de la posibilidad de recibir el seguro voluntario, por el sólo hecho de no estar sujetos a una relación laboral, constituye una discriminación que lesiona el artículo 33 de la Constitución Política y el derecho a la seguridad social. La Sala es consciente de que el hecho de que no exista parte patronal torna necesaria la implementación de nuevos instrumentos de supervisión y control, o el refuerzo de los existentes, con el fin de que el beneficio se utilice de acuerdo con los objetivos de la seguridad social (Voto Constitucional no. 2571-2000).

Otorgándosele a la Institución, para la implementación del subsidio, el plazo de un año, a partir de notificada la resolución constitucional.

6. Conclusiones

Concluida esta etapa (solo cuatro sentencias tratadas por cada tema, según escogencia y criterio del autor), se hizo difícil ante tanta producción de relevancia, la discriminación de ciertos tópicos del derecho laboral constitucional; no obstante se tiene la esperanza, que en un futuro estudio, puedan incluirse otros, con el fin de darlos a conocer, en pro de la paz laboral, la que debe reinar dentro de todo ordenamiento jurídico que quiera superar las barreras del analfabetismo jurídico ciudadano, bajo el precepto constitucional que nadie puede alegar ignorancia de la ley formal.

Como se aprecia tras una existencia de veinticinco años, la Sala Constitucional, ha producido todo un derrotero fecundo en pro de mantener actualizada la materia laboral tanto privada como de empleo público. Definitivamente la profusa cantidad de votos emitidos, vienen a constituir todo un derrotero que hay que conocer y tomar en cuenta en cualquier quehacer de la actuación ciudadana. Viniendo a constituir así los principios fundamentales del bloque constitucional (entre los que descollan: razonabilidad, proporcionalidad, legalidad e Igualdad) parámetros oportunos dentro de cualquier negociación colectiva del Sector Público.

Dentro de los ámbitos estudiados (individual, colectivo, procesal y de seguridad social), se puede colegir que los diversos fallos, han ido encaminados a que toda la población nacional, sea cubierta por el sistema internacional de los derechos humanos, con el fin de elevar la calidad de vida y la obtención de un mejoramiento de la economía en general, bajo la protección de la hacienda pública, eliminándose los abusos que se han generado de ella.

Lo anterior, por cuanto, si bien, no se ha cuestionado el reconocimiento de ciertos incentivos que ha concedido la administración a sus trabajadores, los mismos sí han de darse dentro de un marco de razonabilidad y proporcionalidad, evitando que se conviertan en privilegios. Así, una vez sometidos a la valoración constitucional, deben encontrar justificación, dentro de un estado de derecho igualitario.

Definitivamente, como refirió el sociólogo francés Pierre Felix Bourdieu, dentro de ese constante abordaje entre el derecho y la realidad,

los votos constitucionales han venido a constituirse en fuentes sociales. Provocando, ante la falta de modificaciones formales oportunas -como consecuencia de tan dificultosos procedimientos legislativos, producto del sistema democrático- una constante readaptación de los derechos con las necesidades sociales, tanto internas como externas, en pro de los intereses del país.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Amoretti, H. (2007). *Los conflictos colectivos de carácter económico y social y sus medios de solución en el derecho costarricense*. Imprenta Lil, S.A, San José, Costa Rica. Pp.440.
- Bourdieu, P. (2001). *Poder, Derecho y Clases Sociales*, 2da edición. Editorial Desclée de Brouwer, S.A. 2000, pp. 232.
- Bourdieu, P. Chamboredon, J. C. y Passeron, J.C. (2004). *El Oficio de sociólogo. Presupuestos epistemológicos*. Siglo XXI, editores. Impreso en Argentina. Traducción de Fernando Hugo Azcurra. Pp. 372.
- Briones Briones, E. (2008). *Antecedentes del Salario Escolar en Costa Rica*. Editorial Juricentro, S.A. San José, Costa Rica. 1 ed. Pp. 116.
- Briones Briones, E. (2013) *Reflexiones en torno al derecho laboral. En conmemoración del setenta aniversario del Código de Trabajo*. Editorial Isolma. San José, Costa Rica. Pp. 287
- Cabanellas de Torres, G (2006). *Nuevo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta S.R.L. F-K, tomo 4, (29a. ed.). Buenos Aires, Argentina. Pp. 645.
- De la Cueva, De Ferrari, Russomano, Alonso Olea, Ruprecht, Allocati y Otros (1973). *Derecho Colectivo Laboral. Asociaciones profesionales y convenios colectivos*. Edición Depalma. Buenos Aires, Argentina. Pp.658
- OIT, Centro Internacional de Formación (2010). *Derecho Internacional del Trabajo y Derecho Interno*. Segunda edición. Turín, Italia. Pp.248.
- OIT, *Inspección del Trabajo: Lo que es y lo que hace*. Guía para los Empleadores; s. f. Pp. 40.
- Ossorio M. (1984). *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas y Sociales*. Editorial Claridad, S.A. Argentina. Pp. 797.

Procuraduría General de la República (2006). *Manual de Procedimiento Administrativo*. San José, Costa Rica. Pp.239.

Zagrebelsky, G. (2005). *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. (Traducción de Marina Gascón), Editorial Trotta, (5a. ed.). Madrid, Pp. 156.

TESIS CONSULTADAS

Briones Briones, E.A (2013). Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho. *Hacia un cambio de paradigma del régimen sancionatorio costarricense por infraccionalidad laboral. Universidad Estatal a Distancia*. San José, Costa Rica. Pp. 534.

RESOLUCIONES NACIONALES

Sala Constitucional:

- Voto no. 15 de las 16:45 hrs, del 5 de enero del año 1990.
- Voto no. 1837 de las 15:45 hrs, del 18 de setiembre del año 1991.
- Voto no. 1739 de las 11:45 hrs, del 1 de julio del año 1992.
- Voto no. 0642 de las 14:30 hrs, del 2 de febrero del año 1994.
- Voto no. 0927 de las 15:30 hrs, del 15 de febrero del año 1994.
- Voto no. 1264 de las 15:33 hrs, del 7 de marzo del año 1995.
- Voto no. 7033 de las 9:36 hrs, del 24 de diciembre del año 1996.
- Voto no. 01317 de las 10:12 hrs, del 27 de febrero del año 1998.
- Voto no. 7085 de las 11:54 hrs, del 2 de octubre del año 1998.
- Voto no. 616 de las 10:00 hrs, del 29 de enero del año 1999.
- Voto no. 2571 de las 14:38 hrs, del 22 de marzo del año 2000.
- Voto no. 4453 de las 14:56 hrs, del 24 de mayo del año 2000.
- Voto no. 5569 de las 9:04 hrs, del 7 de julio del año 2000.
- Voto no. 7730 de las 14:47 hrs, del 30 de agosto del año 2000.
- Voto no. 5916 de las 15:28 hrs, del 3 de julio del año 2001.
- Voto no. 3669 de las 15:00 hrs, del 15 de marzo del año 2006.
- Voto no. 6728 de las 14:43 hrs, del 17 de mayo del año 2006.
- Voto no. 15487 de las 17:08 hrs, del 25 de octubre del año 2006.
- Voto no. 831 de las 14:49 hrs, del 24 de enero del año 2007.
- Voto no. 1573 de las 14:55 hrs, del 30 de enero del año 2008.
- Voto no. 15460 de las 15:06 hrs, del 15 de octubre del año 2008.
- Voto no. 16976 de las 14:54 hrs, del 12 de noviembre del año 2008.

- Voto no. 10553 de las 14:54 hrs, del 1 de julio del año 2009.
Voto no. 18356 de las 14:29 hrs, del 2 de diciembre del año 2009.
Voto no. 9928 de las 15:00 hrs, del 9 de junio del año 2010.
Voto no. 11034 de las 14:51 hrs, del 23 de junio del año 2010.
Voto no. 15058 de las 14:55 hrs, del 8 de septiembre del año 2010.
Voto no. 18965 de las 13:18 hrs, del 17 de noviembre del año 2010.
Voto no. 10513 de las 15:01 hrs, del 10 de agosto del año 2011.
Voto no. 10832 de las 14:30 hrs, del 12 de agosto del año 2011.
Voto no. 17680 de las 14:51 hrs, del 21 de diciembre del año 2011.
Voto no. 8890 de las 16:01 hrs, del 27 de junio del año 2012.
Voto no. 7283 de las 09:05 hrs, del 31 de mayo del año 2013.
Voto no. 10813 de las 15:00 hrs, del 14 de agosto del año 2013.
Voto no. 11087 de las 15:30 hrs, del 21 de agosto del año 2013.
Voto no. 11088 de las 15:30 hrs, del 21 de agosto del año 2013.

Sala Segunda:

- Voto no. 00344 de las 9:10 hrs, del 12 de mayo del año 2004.
Voto no. 00121 de las 10:15 hrs, del 3 de marzo del año 2006.

LEYES, REGLAMENTOS, DIRECTRICES, DICTAMENES Y CIRCULARES

Código Procesal Contencioso Administrativo. 2006. Versión electrónica.
Recuperado el 19 de agosto del 2013, desde <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/codigoprocesalcontencioso.pdf>

Código de Trabajo de Costa Rica. Administración R.A. CALDERON GUARDIA. Secretaria de Trabajo y Previsión Social. 26 de agosto de 1943. Imprenta Nacional, setiembre de 1943. San José pp. 159.

Código de Trabajo de Costa Rica (versión electrónica). Recuperado el día 18 de julio del 2013, desde <http://admsjoarc19.ccss.sa.cr:82/rhumanos/normativa/C%C3%93DIGO%20DE%20TRABAJO.pdf>.

Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad (1997). Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, Costa Rica. Pp. 240.

Ley no. 1922 Pensiones e indemnizaciones de Guerra (versión electrónica). Recuperada el día 3 de octubre del 2013, desde http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=2455&nVersion=2608&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=NO.

Ley no. 7135. De la Jurisdicción Constitucional (versión electrónica). Recuperada el 18 de julio del año 2013, desde <http://www.cesdepu.com/nbdp/ljc.htm>.

Ley no. 7983. Ley de Protección al trabajador (versión electrónica). Recuperada el 27 de agosto del año 2013, desde http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=43957&nValor3=46322&strTipM=TC

Constitución Política de Costa Rica, 1949 (versión electrónica). Recuperado el 18 de julio del 2013, desde <http://www.tramites.go.cr/manual/espanol/legislacion/ConstitucionPolitica.pdf>.

Ley no. 2166. Salarios de la Administración Pública (versión electrónica). Recuperado el 3 de setiembre del 2013, desde <http://rerumnovarum.or.cr/documentos/SalariosSectorPublico/Ley2166SalariosdelaAdministracionPublica.pdf>

Ley General de la Administración Pública de Costa Rica (versión electrónica). Recuperado el día 17 de octubre del 2010, desde <http://www.cesdepu.com/nbdp/lgap.htm>.

Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social (versión electrónica). Recuperado el 17 de octubre del 2010, desde <http://admsjoarc19.ccss.sa.cr:82/rhumanos/normativa/Ley%20Org%C3%A1nica%20del%20Ministerio%20de%20Trabajo%20y%20Seguridad%20Social.pdf>

Reglamento de Pago Anualidades Adeudadas en Administración Pública (Ley no. 6835) (Versión electrónica). Recuperado el 4 de setiembre del 2013, desde <http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto>.

dll?Texto&nNorma=6661&nVersion=7094&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=NO.

Reglamento de pensiones por invalidez, vejez y muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social (versión electrónica). Recuperado el 3 de octubre del 2013, desde http://portal.ccss.sa.cr/portal/page/portal/Gerencia_de_Pensiones/Organizacion/Reglamento/Nuevo_Regla_IVM.pdf

Dictamen no. C-217 del 29 de mayo del año 2006. Procuraduría General de la República.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Declaración universal de los Derechos Humanos, 1948 (versión electrónica). Recuperada el 5 de agosto del 2013, desde http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml.

Convenio 102 OIT, relativo a la norma mínima de la seguridad social. Recuperado el 1 de octubre del 2013, desde <http://cesdepu.com/instint/oit102.htm>

Convenio 111 sobre la sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (versión digital). Recuperado el 30 de agosto del 2013, desde <http://www.cesdepu.com/instint/oit1119.htm>.

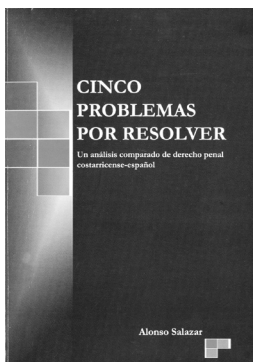
OTRAS FUENTES

Página de la Sala Constitucional Costarricense, <http://sitios.poderjudicial.go.cr/salaconstitucional/Centro%20de%20Jurisprudencia/Normas%20declaradas%20Constitucionales%20e%20Inconstitucionales%20por%20tema%201989-2012.htm>).

Aplazar la edad de jubilación mejora nuestra Salud. Dr. Ewan MacDonald, presidente de la sección de Medicina Laboral de la UE <http://www.lavanguardia.com/lacontra/20130518/54373622383/aplazar-la-edad-de-jubilacion-mejora-nuestra-salud.html>

Artículo de revista: Control de Convencionalidad Ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. Dr. Ernesto Jinesta Lobo. México, Fundap, 2012, p. 28. (Recuperado el 30 de agosto del 2013, de <http://www.ernestojinesta.com/>).

Reseñas bibliográficas a cargo del Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez



Salazar, Alonso **Cinco problemas por resolver.** Un análisis comparado de derecho penal costarricense-español (San José: Isolma, 2012, 367 páginas)

En el *Prólogo*, el autor nos informa que los trabajos que conforman este texto no tienen relación entre sí, cada uno cuenta con las respectivas referencias bibliográficas, amén de sus conclusiones individuales (p. 14).

El contenido de esta obra es el siguiente:

La impugnación de resultados de lesión y/o peligro a supuestos de delitos de omisión en materia penal. Especial referencia a la hipótesis denominada “delitos de omisión impropia”. Un análisis a la luz de la legislación penal costarricense.

La admisibilidad de la analogía favorable al reo.

El momento consumativo en las detenciones ilegales. Especial referencia a las detenciones ilegales cometidas por el funcionario público. Artículos 167, 530 y 531 del código penal español.

El problema de la participación en los delitos de violación. Especial referencia a la cooperación necesaria.

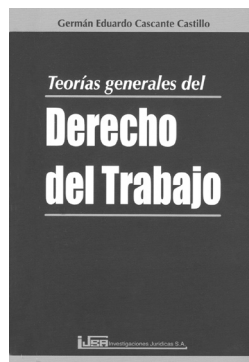
Las falsedades documentales: un análisis comparativo entre el derecho español y el costarricense.

Anexo: Derechos humanos y el proceso penal. La experiencia de Costa Rica.

Cascante Castillo, Germán Eduardo **Teorías generales del Derecho del Trabajo** (San José: Editorial Investigaciones jurídicas S. A, 285 páginas, 2013).

Esta obra está dividida en los siguientes capítulos:

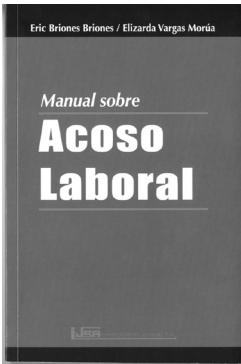
I Nociones preliminares



II La formación histórica del Derecho del trabajo

III Las fuentes del Derecho del Trabajo

IV El caso de Costa Rica



Briones Briones, Eric; Elizarda Vargas Morúa **Manual sobre acoso laboral** (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S A, 174 páginas, 2013)

En la Introducción se informa que el acoso laboral se nombra de muchas maneras: hostigamiento laboral, psicoterror, persecución encubierta, intimidación en el trabajo, entre otros (p. 13).

Esta obra se divide en estos capítulos:

1 Conceptualización

2 Acoso a nivel nacional

3 Jurisprudencia nacional relevante

4 El procedimiento en sede administrativa

5 Procedimiento en sede judicial

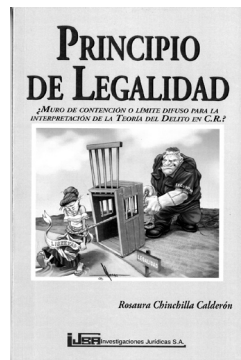
6 Otros actos desleales en las relaciones laborales

7 Prevenir y combatir el acoso

Chinchilla Calderón, Rosaura **Principio de legalidad. ¿Muro de contención o límite difuso para la interpretación de la teoría del delito en Costa Rica?**

(San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S A, 247 páginas, 2010).-

En la Presentación, la autora nos dice que si la dogmática tiene la función de conducir a la ciencia penal dentro de los límites marcados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuestionar los errores legislativos



no implica justificar las acciones de las personas acusadas (ni dejar de ver justificaciones cuando existan) sino obligar al Estado a legislar correctamente, conforme se ha comprometido de cara a los diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes en el país lo que, en mi criterio, no sucede con los temas aquí abordados, sin que puedan ni deban los jueces y juezas, a través de interpretaciones que limitan la libertad personal y atentan contra el precepto legal, enmendarle la página a quienes legislan (p. 27).

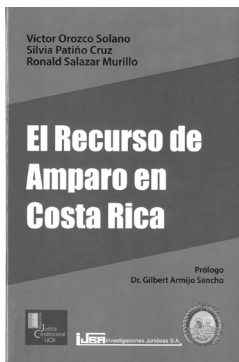
Esta obra indica esta división:

1. El principio de legalidad en el derecho penal costarricense
2. El desistimiento voluntario: causa de atipicidad en Costa Rica
3. ¿Rige en Costa Rica la teoría de la accesoriedad limitada?
4. No hay coautoría por dominio funcional del hecho en delitos con especiales características de autoría
5. El error sobre las circunstancias de hecho de una causa de justificación
6. La imputabilidad disminuida no puede dar lugar, actualmente en Costa Rica, a la imposición de una pena atenuada
7. ¿Debe el legislador definir quién tiene la posición de garante en los delitos de comisión por omisión?
8. Unidad de acción con unidad de infracción jurídica, unidad de acción con pluralidad de infracciones jurídicas o pluralidad de acciones: un debate que apenas inicia

9. Problemas de tipicidad en algunos delitos en particular

Orozco Solano, Víctor; Silvia Patiño Cruz, Ronald Salazar Murillo **El recurso de amparo en Costa Rica** (San José: Maestría en Justicia Constitucional, Universidad de Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S A, 323 páginas, 2013).

En el Prólogo, el Dr. Gilbert Armijo Sancho, afirma que bien se puede afirmar que la manera



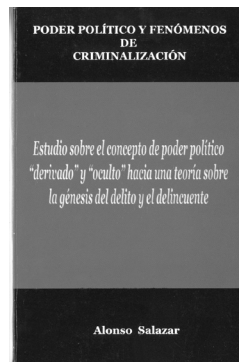
en que ha sido previsto el recurso de amparo en el sistema de justicia constitucional costarricense ha permitido no solo la defensa efectiva de las disposiciones constitucionales, sino también de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en la República, a tal grado que si brindan mayor cobertura de un derecho que la propia Constitución, entonces priman sobre ésta (p. 13).

Este libro presenta esta división:

- I Aspectos generales del amparo
- II Control constitucional y amparo en Costa Rica
- III La ley de amparo y su desarrollo jurisprudencial
- IV La gran reforma del amparo de 1989
- V El amparo en la ley de jurisdicción constitucional
- VI Tipos especiales de amparo
- VII Criterios jurisprudenciales del recurso de amparo
- VIII El amparo de legalidad en sede contencioso administrativa
- IX El recurso de amparo en Centroamérica
- X El recurso de amparo en Europa frente al costarricense: estudio comparado

Salazar, Alonso **Poder político y fenómenos de criminalización. Estudio sobre el concepto de poder político “derivado” y “oculto”, hacia una teoría sobre la génesis del delito y el delincuente** (San José: Isolma, 219 páginas, 2012).

En el *capítulo I*, el autor afirma que el delito es una ficción jurídica; y, por lo tanto, que es un fenómeno social creado de manera ficticia para procurar desde el punto político, las relaciones sociales necesarias que permitan el mantenimiento de los vínculos sociales y orden preestablecido por un determinado colectivo social (p. 20).



El contenido de este libro está dividido en estos capítulos:

- I Planteamiento del problema
- II Concepto de poder político
- III Concepto del fenómeno de la criminalización
- IV Proceso de creación del derecho
- V El delito como un problema o como un conflicto
- VI Primer nivel de criminalización (sistema de selección de conductas delictivas)
- VII Segundo nivel de criminalización (la intervención de las agencias de policía y autoridades administrativas)
- VIII Tercer nivel de criminalización (la intervención del órgano fiscal)
- IX Cuarto nivel de criminalización (la intervención del órgano jurisdiccional)
- X Quinto nivel de criminalización (la ejecución penal)
- XI Conclusión general
- XII Epílogo

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Definición de la revista

- La *Revista de Ciencias Jurídicas* es una publicación científica en el campo del Derecho.
- *Cobertura temática*: los artículos que publica pertenecen a las diversas ramas jurídicas.
- Se *publica* bajo los auspicios del convenio interinstitucional de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados de Costa Rica. Esta revista tiene *nivel* científico.
- Su *objetivo* es divulgar y difundir ensayos en las diferentes disciplinas del saber científico-jurídico, para la asesoría y apoyo logístico de estudiantes y operadores, en general, del Derecho.
- Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. América Central.
- Periodicidad: Cuatrimestral.
- Revista impresa y digitalizada.

REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Los artículos deben ser originales e inéditos.
2. El artículo no sobrepasará las 25 cuartillas tamaño carta y a doble espacio; y, se presentará con el tipo de letra *Times New Roman* en 14 puntos, las notas al pie de página en 12 puntos.
3. De cada artículo se presenta un original en papel y una versión electrónica (disquete o CD).
4. El título responde de manera concreta y específica al contenido del artículo. No extenderlo a más de ocho palabras.
5. El artículo se acompaña con:
 - a) Un resumen de seis líneas en español y en otro idioma.
 - b) Cinco palabras clave en español y en otro idioma.El autor es responsable de este punto 5.
6. Las páginas del artículo deben numerarse.
7. Cada trabajo presentado debe incluir la bibliografía utilizada. Esta se consignará al final y por orden alfabético del autor.
8. La bibliografía incluye los siguientes datos:
 - a) De libro: autor, año de la primera edición si está consignado, título del libro (subrayado), edición utilizada, ciudad, editorial, año, páginas.
 - b) De publicaciones periódicas: autor, título del artículo (entre comillas). Nombre de la publicación (subrayado), año, volumen, número, páginas.
 - c) De textos electrónicos: "Responsable principal. Título [tipo de soporte]. Responsable(s) secundario(s). Edición. Lugar de publicación: editor, fecha de publicación, fecha de actualización/visión. Descripción física. (Colección). Notas. Disponibilidad y acceso [Fecha de consulta]. Número actualizado".
Ejemplo: "Library of Congress. *History and development of the Library of Congress machine-assisted realization of the virtual electronic library* [en línea]. [Washington, D.C.: Library of Congress], 15 June 1993. <gopher://lcmrvel.loc.gov:70/00/about/history> [Consulta: 5 mayo 1997]". (Fragmentos: *Norma ISO690*).
9. El autor del artículo debe indicar brevemente sus datos personales, profesionales, académicos, adscripción laboral, e-mail, teléfono y fax.

Sistema de arbitraje: el Consejo Asesor o Comisión Editorial tiene, además, la función evaluadora o de arbitraje.