

W=47
1982

DIRECTOR

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

No. 47

SAN JOSE, COSTA RICA

MAYO — AGOSTO

1982



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA

DE

CIENCIAS JURIDICAS

No. 47

**JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS**

1983

Presidente:

Lic. Rodrigo Oreamuno Blanco

Vice-Presidente:

Lic. José Miguel Corrales Bolaños

Secretario:

Lic. José Miguel Fonseca Saborío

Prosecretario:

Lic. Rolando Chacón Murillo

Tesorero:

Lic. Hernán Vega Miranda

Fiscal:

Dr. Fernando Cruz Castro

Vocal 1º:

Lic. Luis Fernando Solano Carrera

Vocal 2º:

Lic. Ricardo Vargas Hidalgo

Vocal 3º:

Licda. Efigenia Bustamente Guerrero

Vocal 4º:

Lic. Farid Beirute Brenes

Vocal 5º:

Lic. Rafael Villegas Antillón

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Presidente Consejo Universitario:
Dr. Luis Garita

Rector:
Dr. Fernando Durán

Vice-Rectora de Docencia:
Lcda. Jiannina Del Vecchio

Vice-Rector de Investigación:
Dr. Gabriel Macaya

Vice-Rectora de Acción Social:
Licda. Mireya Hernández

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

Vice-Rector de Administración:
Dr. Alvaro Montoya Chaves

Decana Facultad de Derecho:
Licda. Sonia Picado

Vice-Decano Facultad de Derecho:
Lic. Luis Fernando Solano

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas:
Dr. Diego Baudrit Carrillo

Decano del Sistema de Estudios de
Posgrado:
Dr. Oscar Fernández

Coordinador de la Comisión Editorial:
Dr. José Miguel Jiménez

PRESENTACION

Este número publica varios artículos sobre Derecho laboral, internacional, procesal, administrativo y penal, que esperamos enriquezcan la cultura jurídica del país.

Hacemos la observación que el artículo de la Revista anterior (Nº 46) sobre *La Asistencia Legal Universitaria (Experiencia Costarricense)*, es del Profesor Luis Fernando Solano Carrera, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

j. e. romero p.



Universidad de Costa Rica
Biblioteca Central

Este número publica todos los días los artículos de los autores que se inscribieron en el programa de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

El presente número de la revista "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica" (Nº 10) fue publicado en el mes de mayo de 1973.

- Dr. ALVARO ALVARADO
- Dr. ALVARO ALVARADO
- Dr. ALVARO ALVARADO
- Dr. ALVARO ALVARADO
- Dr. ALVARO ALVARADO
- Dr. ALVARO ALVARADO
- Dr. ALVARO ALVARADO
- Dr. ALVARO ALVARADO
- Dr. ALVARO ALVARADO
- Dr. ALVARO ALVARADO

LIMITES AL DERECHO DE HUELGA EN COSTA RICA ACTUALIDAD Y PERSPECTIVAS

Dr. Bernardo van der Laet Echeverría
Profesor de Derecho del Trabajo
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

El presente artículo trata de los límites al derecho de huelga en Costa Rica, en el marco de la Constitución Política y de la Ley de Huelgas. Se analiza la evolución de este derecho y se discuten las perspectivas futuras.

El derecho de huelga es un derecho fundamental que permite a los trabajadores ejercer su libertad de asociación y de negociación colectiva. Sin embargo, este derecho no es absoluto y puede estar sujeto a ciertas limitaciones, especialmente en aquellos sectores de actividad económica que son esenciales para el funcionamiento normal del país.

En Costa Rica, el derecho de huelga está regulado por la Ley de Huelgas, promulgada en 1971. Esta ley establece los procedimientos para declarar una huelga y define los sectores que están sujetos a ciertas restricciones. Sin embargo, la aplicación de esta ley ha sido objeto de controversias y debates jurídicos.

Una de las principales limitaciones al derecho de huelga en Costa Rica es la prohibición de realizar huelgas en los sectores de actividad económica que son esenciales para el funcionamiento normal del país. Estos sectores incluyen, entre otros, el transporte, la energía eléctrica, el agua potable y los servicios de salud.

La prohibición de huelgas en estos sectores se justifica en base a argumentos de interés público y de necesidad de garantizar el suministro de bienes y servicios esenciales para la población. Sin embargo, esta limitación ha sido criticada por algunos sectores de la sociedad que consideran que vulnera el derecho de huelga y la libertad de asociación de los trabajadores.

En el presente artículo se analizará la constitucionalidad de esta limitación y se discutirán las perspectivas futuras para el derecho de huelga en Costa Rica. Se explorarán las posibilidades de ampliar el alcance del derecho de huelga y de establecer mecanismos más efectivos para resolver los conflictos laborales.

El artículo se divide en tres partes. En primer lugar, se analizará el marco constitucional y legal que regula el derecho de huelga en Costa Rica. En segundo lugar, se discutirán las limitaciones actuales al derecho de huelga y se evaluará su impacto en los trabajadores y en la sociedad en general. En tercer lugar, se explorarán las perspectivas futuras para el derecho de huelga y se discutirán las medidas que podrían adoptarse para fortalecerlo.

340
R

D 30 969
REV 1559 61



1. Introducción

Sin duda, de las diversas instituciones jurídicas, la huelga es la de más difícil aceptación para el jurista. Como lo ha señalado un distinguido profesor¹, este instrumento de lucha representa la quinta esencia de la anormalidad para el estudioso del derecho. No en vano se hace el símil entre la guerra y la huelga². Modifica muchos de los principios del derecho privado, viene a ser, como bien se ha dicho, "una institución soportada más que admitida por el ordenamiento"³ y, por ello, no obstante que se llegó a reconocer como un derecho, se busca limitarla y regularla en forma tal que, en muchas ocasiones, se hace imposible su ejercicio o éste resulta ser casi un privilegio para un sector muy reducido de los trabajadores. Por supuesto, coincidimos con la generalidad de la doctrina que acepta que no existen derechos absolutos y que, por lo tanto, el derecho de huelga está sujeto a ciertos límites⁴ pero es precisamente en la determinación de éstos que surgen los mayores problemas prácticos y también divergencias en la doctrina, toda vez que esta materia es más propensa que cualquier otra de reflejar el sustento ideológico de quienes se ocupan.

Entre los extremos que son, por una parte, la prohibición de la huelga practicada por los sistemas totalitarios, aún aquellos que ejercen su poder reclamando representar a los trabajadores, y el ejercicio del derecho de huelga sin más límites que los que se autoimpongan los mismos trabaja-

- 1 U. NATOLI, "Sullo sciopero per fini contrattuali", *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, 1972, p. 342.
- 2 Sobre esta concepción de la huelga como un estado de guerra, puede consultarse el amplio tratamiento que del tema hace CABANELLAS. "Los conflictos de trabajo y su solución", Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1979, Cap. III, p. 25-31.
- 3 M. RODRIGUEZ PIÑERO en el prólogo a la obra de F. DURAN LOPEZ, "Derecho de huelga y legalización del conflicto de clases", *Anales de la Universidad Hispalense*, U. de Sevilla, Sevilla, 1976, p. 9.
- 4 Vid. G. CABANELLAS, "Derecho de los conflictos laborales", Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1966, p. 90; M. TISSEMBAUM, "La ocupación de establecimientos industriales (nota a fallo)", *Revista Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1964, p. 285-6; M. ALONSO GARCIA, en la obra colectiva "La huelga y el Cierre Empresarial, Instituto de estudios económicos", Madrid, p. 42-69; F. DURAN LOPEZ, ob. cit, p. 54; F. SANTORO PASARELLI, "Nozioni di Diritto del Lavoro", 27 ed. Jovene, Napoli, p. 60; B. SORGE, "Sciopero e dinamica sociale". *Civiltà Cattolica*, Roma, 1969, p. 223-4; E. ALVAREZ DEL CASTILLO, "El derecho de huelga en la solución de los conflictos colectivos de trabajo" en "Contratti Collettivi e Controversie collettive di lavoro. Studi in memoria de Ludovico Barassi", Cedam, Padua, 1965, p. 9.

dores, como pretenden los sindicatos en Italia⁵, en cada momento histórico, las sociedades deben determinar los alcances de la regulación, pero han de tener presente que no deben tener tal amplitud que hagan ineficaz el derecho pues se atentaría contra un derecho elemental e histórico de los trabajadores.⁶

El ordenamiento jurídico costarricense no es la excepción en este campo. Por el contrario, los límites existentes son tan amplios que, en la práctica, el derecho de huelga, reconocido constitucionalmente⁷, es tan limitado que resulta más exacto hablar de una libertad de huelga que de un derecho⁸⁻⁹. Como bien ha señalado el profesor Cabanellas "Cuando la

reglamentación de las huelgas se hace excesivamente restringida, y en los casos en que se produce la prohibición pura y simple de éstas, se corre el riesgo de ver que la norma legal es frecuentemente violada y que la huelga, cual un hecho que resiste el precepto legislativo, se impone como una necesidad"¹⁰. La situación apuntada se ha dado en Costa Rica y en el período comprendido entre 1970 y 1981, ocurrieron en el país 258 huelgas, todas las cuales fueron declaradas ilegales por los Tribunales de Trabajo, con excepción de una¹¹; sin embargo, en casi todas ellas, los trabajadores obtuvieron mejoras¹². Lo que está ocurriendo es grave, pues cuando a los trabajadores se les dice que tienen un derecho y cuando llegan a ejercitarlo, encuentran que el camino está lleno de obstáculos, pierden la fe en el derecho¹³ y buscan las soluciones por las vías de hecho y si triunfan, como usualmente sucede, encontramos que el fijar límites excesivos al ejercicio de la huelga, no las evita, con el agravante de que se desarrollan al margen de las leyes y aún violando éstas, provocando el desprestigio del sistema jurídico porque se muestra incapaz de resolver eficazmente los conflictos que se dan en las relaciones laborales y la pérdida de fe en el régimen de derecho.

Considero por ello impostergable emprender acciones que lleven a reducir los límites existentes al ejercicio del derecho de huelga. Una posi-

5 Véase al respecto el estudio que se hace en la obra colectiva dirigida por M. ALONSO GARCIA, "La huelga y el cierre empresarial", Cit. p. 169-9, especialmente la nota 21.

6 Vid. A. RUPRECHT, *Conflictos Colectivos del Trabajo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 181.

7 El artículo 61 de la Constitución Política de Costa Rica dispone "Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia".

8 Se sigue en este enfoque la clásica distinción hecha por CALAMANDREI ("Significato costituzionale del Diritto di sciopero" Rivista Giuridica del Lavoro, Roma, 1952. I, p. 223), que establece que el Estado puede adoptar tres posiciones frente al fenómeno de la huelga: prohibirla: la huelga-delito; protegerla: la huelga-derecho o asumir una actitud indiferente: la huelga-libertad en la cual cada uno asume las posibilidades que se deriven del ejercicio de esa libertad. En los diversos países puede observarse generalmente que la evolución histórica va de la huelga delito, pasando por la libertad y finalmente el derecho; sin embargo, puede no ser así y pasar directamente de un sistema de prohibición a uno en el que se le reconoce como derecho. En Francia se ha dado la situación primeramente apuntada (vid. J.C. JAVILLIER, "Les conflits du travail", P.U.F., 1976, p. 28-31 y "Droit du Travail", 2 ed. L.G.D.J., París, 1981, p. 524-27). También se ha señalado que en un determinado momento histórico, dentro de un ordenamiento jurídico encontramos simultáneamente las tres figuras señaladas cada una con un ámbito propio (vid. G. PERA, "Serrata E diritto di sciopero", Giuffrè, Milán, 1969, p. 34; en igual sentido G. MAZZONI, "Considerazione sul Diritto di sciopero", cit. por PERA en ob. cit.). Así ocurrió en España durante el período republicano (vid. J.M. ALMANSA PASTOR, "La huelga laboral en España tras la modificación del artículo 222 del Código Penal Español", Revista Política Social, Madrid, 1966, N° 72, p. 53) y también en Costa Rica (vid. B. VAN DER LAAT, "La huelga y el paro en Costa Rica (Los conflictos colectivos de trabajo según la legislación costarricense)", Editorial Juricentro, San José, 1979, p. 37-40).

9 Consúltense respecto mi monografía "La huelga y el Paro en Costa Rica (Los conflictos de trabajo según la Legislación de Costa Rica)" Editorial Juricentro, San José, 1979; —Coincide al respecto I. LEON CALDERON ("Evolución histórica de la legislación social en Costa Rica, Tesis, U. de Costa Rica, 1957, sin numeración de página pero en las conclusiones) al decir "Debe garantizarse debidamente el derecho de huelga dictando normas que conviertan en una verdadera realidad esa conquista de los trabajadores. En la actualidad se oponen muchos obstáculos al ejercicio de ese derecho, entre ellos, la amplia determinación que del concepto de servicios públicos hace la ley, convirtiendo casi en letra muerta la referida garantía".

10 "Los conflictos colectivos de trabajo y su Solución", obra publicada junto con M. V. RUSSOMANO, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, p. 60.

11 FUENTE: Tribunal Superior de Trabajo de San José. Este Tribunal conoce en alza las resoluciones en materia de derecho colectivo que dicten todos los tribunales laborales del país.

12 Se ha dado el caso de que hasta los mismos Poderes del Estado han intervenido en huelgas ilegales y hasta se han emitido leyes para cumplir con las reivindicaciones de los huelgistas; dos casos son estudiados en la obra de C. J. GUTIERREZ "El funcionamiento del sistema jurídico", Editorial Juricentro, San José, 1979, p. 330-2.

13 Es típico del pensamiento de los sindicalistas costarricenses el del Secretario General de la Confederación Costarricense de Trabajadores Democráticos (C.C.T.D.) don Luis Armando Gutiérrez cuando al referirse a los problemas del ejercicio del derecho de huelga manifiesta "Ocurre que el trabajador ha perdido fe en el Código de Trabajo y en sus tribunales. No creemos en la legislación", entrevista incluida en M. A. Mata, "El derecho de libre sindicalización y el derecho de huelga en Centroamérica y Panamá. Su estado actual, tal como lo ven los líderes sindicales y abogados laboralistas del área", San José, 1979, p. 22.

14 La decisión de integrar una comisión técnica que realizara una revisión integral de la legislación laboral a la luz de las modernas corrientes en la materia y la experiencia acumulada en cerca de cuarenta años de vigencia del actual Código de Trabajo, fue tomada por el Poder Ejecutivo, mediante el Decreto Ejecutivo número 10.281 TSS publicado en La Gaceta del 31 de julio de 1979. La Comisión estuvo integrada por el Licenciado Oscar Bejarano Coto, don Antonio Hernández Brenes, el Lic. Alvaro Valerio Sánchez, quien luego se retiró, y el suscrito. En diciembre de 1980 concluyó el citado anteproyecto que comprende 7 títulos, 42 capítulos y 533 artículos y en él se trata únicamente el derecho sustantivo puesto que el derecho procesal será objeto de otro proyecto que debe ser elaborado.

1070 1517-70 SERVICIOS
Incautización 10:12 el 27 febrero 1998

bilidad actual la constituye el proyecto de Código de Trabajo que el Poder Ejecutivo enviará a conocimiento de la Asamblea Legislativa una vez que se conozcan las observaciones de las organizaciones sindicales y patronales y del cual fui co-redactor¹⁴. Creo que es importante tomar conciencia de lo que está mal regulado en el ordenamiento jurídico pero igualmente importante es ofrecer soluciones. Por tal motivo, estimé que si algún aporte podía hacer al presente Congreso sería estudiar, comparándolas, las limitaciones que existen en el Código de Trabajo al derecho de huelga y la regulación propuesta en el proyecto citado. Y a esa tarea me dedicaré.

Sin duda la mayor limitación para el ejercicio del derecho de huelga que tiene la legislación actual, por el número de trabajadores que afecta, es la noción de servicio público, ya que por mandato del artículo 61 de la Constitución Política desarrollado en el artículo 368 del Código de Trabajo¹⁵, está prohibida en los servicios públicos, por lo que a su estudio dedicaremos más atención.

Sin embargo, también haré referencia, aunque en forma más breve, a otras limitaciones, examinando si éstas se mantienen o en qué forma se modifican en el proyecto propuesto.

2. Limitaciones en los servicios públicos

Se ha señalado que probablemente el problema de la huelga en los servicios públicos constituye el más delicado del derecho sindical¹⁶. La tendencia natural a limitar el ejercicio del derecho de huelga, que hemos apuntado, se hace más patente en este campo por la evidente trascendencia que tienen para la comunidad los llamados servicios públicos, importancia que aumenta día con día pues cada vez es mayor la participación del Estado y sus Instituciones en la vida de los pueblos. Existiendo consenso de que no pueden paralizarse una serie de actividades y servicios por las graves consecuencias y molestias que ello ocasiona a la comunidad, no existe este consenso respecto sobre cuáles deben ser esas actividades y servicios y por el contrario en muchos ordenamientos, consciente o inconscientemente, mediante una clasificación muy amplia de actividades como servicios públicos, prácticamente se elimina el derecho de huelga. Tal es el caso de Costa Rica. En efecto, el artículo 369 del Código de Trabajo dispone:

"Para los efectos del artículo anterior, se entienden por servicios públicos:

15 Art. 368.: "No será permitida la huelga en los servicios públicos. Las diferencias que en éstas ocurran entre patronos y trabajadores, así como en todos los demás casos en que se prohíbe la huelga, se someterán obligatoriamente al conocimiento y resolución de los Tribunales de Trabajo".

16 M. DEVEALI, "A propósito de la huelga en los servicios públicos (Nota a fallo)", Revista Derecho del Trabajo, Buenos Aires, 1965, p. 489-90.

- a) Todos los que desempeñen los trabajadores del Estado o de sus instituciones, cuando las actividades de aquél y de éstas no sean también propias de empresas particulares de lucro;
- b) Los que desempeñen los trabajadores ocupados en la siembra, cultivo, atención o recolección de productos agrícolas, pecuarios o forestales, lo mismo que su elaboración, cuando, de no realizarse, su beneficio de inmediato se deterioren dichos productos, ...;
- c) Los que desempeñen los trabajadores de empresas de transportes ferroviario, marítimo y aéreo, los que desempeñen los trabajadores ocupados en labores de carga y descarga en el muelle y atracaderos, y los que desempeñen los trabajadores en viaje de cualquier otra empresa particular de transporte, mientras éste no termine;
- d) Los que desempeñen los trabajadores que sean absolutamente indispensables para mantener el funcionamiento de las empresas particulares 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;
- e) Los que el Poder Ejecutivo declare, así en todo el territorio de la República o en parte de él, una vez que la Asamblea Legislativa haya hecho uso de su facultad constitucional de suspender ciertas garantías individuales".

Si analizamos la estructura sectorial del empleo en Costa Rica¹⁷ en función de las actividades que, en el citado artículo 369 se definen como

17 Según un dato estadístico citado por la Oficina Internacional del Trabajo (Situación y perspectivas del empleo en Costa Rica, Ginebra, 1972, cuadro I-3, p. 155 la estructura sectorial del empleo en Costa Rica, es la siguiente:

| SECTOR | 1950 | 1963 | 1967 |
|---|-------|-------|-------|
| TOTAL | 100.0 | 100.0 | 100.0 |
| Agricultura | 54.7 | 49.7 | 46.3 |
| Minería | 0.3 | 0.3 | 0.5 |
| Manufactura | 11.0 | 11.4 | 13.2 |
| Construcción | 4.3 | 5.5 | 4.0 |
| Electricidad, gas, agua, serv. sanitarios | 0.6 | 1.1 | 1.1 |
| Transporte, almacenaje y comunicaciones | 3.4 | 3.7 | 3.8 |
| Comercio | 7.9 | 9.9 | 10.8 |
| Servicios | 14.8 | 17.8 | 20.1 |
| Actividades no bien especificadas | 3.0 | 0.6 | 0.2 |

La más reciente información estadística disponible, aunque todavía no ha sido publicada, la llamada "encuesta de hogares de noviembre de 1981" realizada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no obstante que contiene variaciones en los diferentes renglones que confirman las tendencias que se aprecian, no modifican, en lo esencial, el porcentaje indicado.

servicios públicos, podemos apreciar que por imprecisas que puedan resultar esas estadísticas en su clasificación de funciones, aproximadamente el 70 por ciento de los trabajadores costarricenses resultan desempeñando una actividad tipificada como servicio público y, consecuentemente, no tienen derecho de huelga debiendo recurrir al arbitraje obligatorio¹⁸. Estudiaré pues, la situación a la luz de las reformas propuestas en el proyecto de Código de Trabajo.

Considero que el proyecto tiene notorias diferencias con la normativa actual. En primer lugar, restringe en forma importante la limitación contenida en el inciso a) del artículo 369 que comprende a todos los trabajadores del Estado o sus Instituciones con la excepción de aquellos que realizan actividades propias de empresas particulares de lucro¹⁹. En el proyecto se mantiene la noción de servicio público únicamente respecto de los que sean necesarios para mantener los servicios esenciales del Estado, entendiéndose por éstos "los que garanticen la continuidad del funcionamiento del Estado, la seguridad y la salud de las personas, así como aquellos servicios mínimos para el mantenimiento de la vida económica del país²⁰; también se determina como servicio público en el proyecto los que presten los trabajadores indispensables para el funcionamiento de los servicios esenciales de las empresas públicas que ofrecen servicios de suministro de electricidad, combustible, aseo de poblaciones, servicios esenciales para la salud de las personas, abastecimiento de productos de primera necesidad y carga y descarga en los muelles y atracaderos²¹. Podemos notar que el elemento que permite definir qué se entiende por servicio público es el de la esencialidad frente al subjetivo que existe actualmente. Se propone pasar de una prohibición total a una relativa pues sólo estarán limitados quienes presten los servicios definidos como esenciales, lo que hace una gran diferencia. Recordemos que el país tiene alguna experiencia al respecto pues durante la huelga que tuvo lugar en el Instituto Costarricense de Electricidad en 1977, no se interrumpieron los servicios telefónicos, eléctricos y cablegráficos y no obstante que la mayoría de los trabajadores participaron en el movimiento de todas formas calificado de ilegal. Se podrá alegar que es peligroso dejar en manos del intérprete la calificación de qué es esencial y que por vía interpretativa pueda restringirse nuevamente y en forma considerable el derecho de la huelga; sin embargo, no son menores los problemas que pueden surgir de una enumeración taxativa muy detallada y es mejor confiar en el criterio de quienes integran la Junta Nacional de Relaciones laborales prevista en el proyecto y en la flexibilidad que ofrece la calificación de ese criterio en cada momento histórico.

18 Art. 368 del Código.

19 Sobre los problemas que plantea esa determinación vid. B. VAN DER LAAT, "La huelga y el Paro..." cit. p. 75.

20 447, inciso a) del proyecto.

21 Art. 447, inciso b) del proyecto.

El ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores que prestan servicios no esenciales al Estado, sus instituciones y empresas públicas, estará sujeto al cumplimiento de determinadas formalidades y requisitos. Algunas son de índole general como la de acudir a la conciliación previa o señalar la duración máxima que tendrá la medida de presión y serán luego analizadas. Otras son específicas como la de dar obligatoriamente al patrono un preaviso de 10 días y la de informar adecuadamente al público usuario sobre las fechas y modalidades del movimiento a fin de que éste pueda prevenir los posibles inconvenientes²². Así se trata de conciliar el ejercicio de un derecho por parte de los trabajadores del Estado, sus instituciones y empresas y el interés del ciudadano de no verse afectado o, al menos, reducir las molestias que la huelga pueda ocasionarle.

El caso de los trabajadores del campo es una de las modificaciones de mayor importancia en la regulación del derecho de huelga²³. El inciso b) del artículo 369 del Código considera como servicio público los que "desempeñen los trabajadores ocupados en la siembra, cultivo, atención o recolección de productos agrícolas, pecuarios, o forestales, lo mismo que su elaboración, cuando de no realizarse su beneficio inmediato se deterioren

22 Art. 448 del proyecto del Código.

23 Respecto al trabajador del campo, el proyecto del Código presenta aspectos muy novedosos, además del indicado. Hay consenso de que el tratamiento para este trabajador en la legislación actual es discriminatorio; se ha señalado que, si no existe expresamente un contrato especial para el trabajo del campo, en la práctica, si lo hay pues prácticamente en cada institución que se regula hay una disposición de excepción respecto de este tipo de trabajador, la mayor parte de las veces, estableciendo un tratamiento favorable para él (vid. R. MARIN, "El régimen jurídico del trabajador agrícola" ponencia presentada al congreso "veinte años de legislación y política agraria en Costa Rica. Perspectivas" San José, 10-14 de agosto de 1981; M. RIOS, "El contrato laboral del trabajador del Agro en Costa Rica", tesis, Fac. de Derecho, U. de Costa Rica, 1980. B. VAN DER LAAT "Consideraciones sobre la regulación del trabajo agrario en Costa Rica", Revista Judicial, San José, N° 21, p. 45-54). En el proyecto, no sólo se eliminan las disposiciones discriminatorias, poniéndole en igual de tratamiento que cualquier otro trabajador (por ejemplo, una norma importante reconoce el derecho de todos los trabajadores al descanso semanal pagado, lo que hasta la fecha disfrutaban únicamente un sector de éstos) sino que se establece un contrato especial de trabajo "de los trabajadores del campo" (Título segundo, capítulo II, Sección III) en el que se toman en consideración características propias de este tipo de relación laboral. Creo que en esta materia el proyecto ha sido consecuente con diversas iniciativas que en otros campos han tomado y se pretenden realizar (por ejemplo, los programas de "trato justo al agricultor" del presente gobierno y "Volvamos a la tierra" del Presidente electo, don Luis Alberto Monge Álvarez) y con los más recientes planteamientos de la doctrina social de la Iglesia Católica como es la Encíclica *Laborem Exercens* del Papa Pablo II ("por consiguiente, en muchas situaciones son necesarios cambios radicales y urgentes para volver a la agricultura —y a los hombres del campo— el justo valor como base de una sana economía, en el conjunto del desarrollo de la comunidad social. Por lo tanto es menester proclamar y promover la dignidad del trabajo, de todo trabajo y, en particular, del trabajo agrícola, en el cual el hombre, de manera tan elocuente "somete" la tierra recibida en por por parte de Dios y "afirma" su "dominio" en el mundo visible", Encíclica cit. párrafo 22 in fine).

dichos productos". Esta determinación que hace el Código constituye una de las mayores limitaciones cuantitativas respecto del número de trabajadores afectados. En efecto, dentro de la composición de la estructura sectorial del empleo en Costa Rica, la agricultura tradicionalmente representa la fuente de cerca del 50% de los puestos de trabajo²⁴. Considerar las labores agrícolas como un servicio público, implica de por sí eliminar el derecho de huelga a la mitad de los trabajadores costarricenses.

En el proyecto se elimina al trabajador del campo de la clasificación de servicio público; sin embargo, pueden dichos trabajadores verse sujetos a dos requisitos para disfrutar del derecho; uno es de índole particular: La Junta Nacional de Relaciones Laborales podrá ordenar la posposición del movimiento hasta por un mes si con la cesación de trabajos se pone en serio peligro la siembra, cultivo, recolección o beneficio de los productos²⁵; en esta forma se trata de conciliar el interés de preservar la producción que, en una economía como la muestra, que sigue un modelo agroexportador, adquiere una enorme trascendencia. La otra limitación, ésta de carácter general, y que también vendrá a atenuar los efectos negativos del movimiento huelguístico, consiste en que la Junta Nacional de Relaciones Laborales, al calificar una huelga como legal y ordenar el cierre de la empresa, centro de trabajo o unidad administrativa, podrá determinar el número, clase y nombre de los trabajadores que permanecerán en la empresa para la ejecución de las labores cuya suspensión pueda perjudicar gravemente o imposibilitan la reanudación oportuna de los trabajos o afectar la seguridad de la empresa²⁶.

En el proyecto se mantiene a los servicios de transporte de cualquier clase dentro de la enumeración de los servicios públicos²⁷. Aparte de consideraciones sobre la importancia de esta actividad para la comunidad no era posible intentar aperturas en este campo ya que la Corte Suprema de Justicia, al resolver un recurso de inconstitucionalidad en relación con esta materia, lo definió como un servicio público por naturaleza y manifestó que ni el legislador tenía libre arbitrio en su determinación²⁸.

24 Vid. Oficina Internacional del Trabajo "Situación y perspectivas del empleo en Costa Rica" cit. p. 155.

25 Art. 350, inciso a) del proyecto.

26 Art. 355, inciso b) del proyecto; el inciso c) prevee como caso de excepción a la prohibición al patrono de contratar nuevos empleados durante la huelga legal, el hecho de que los trabajadores designados por la JNRL se nieguen a trabajar.

27 Art. 447, inciso c) del proyecto.

28 Sentencia de las 8 horas del 7 de noviembre de 1979, en recurso de inconstitucionalidad establecido por Compañía Estiba, S. A.; y Carga y Descarga de Costa Rica, S. A. La Corte manifestó lo siguiente: "III. La actividad genérica del transporte y sus ramificaciones complementarias están ubicadas, por su propia naturaleza, en la esfera de los servicios públicos, como lo reconoce la doctrina y se refleja también en diversas disposiciones legales. Es cierto que el artículo 61 de la Constitución Política, al proscribir la huelga y el pago en los servicios

Se incluye como novedad en nuestro ordenamiento, el definir como servicio público "los servicios informativos o noticiosos de los medios de comunicación social"²⁹. Con esta adición no se afecta a un número importante de trabajadores y quizá ni siquiera constituya tal novedad toda vez que no sería extraño que la jurisprudencia, utilizando las disposiciones del artículo 369, inciso d)³⁰, los calificara como servicio público.

3. Otros tipos de limitaciones

a) Número de trabajadores que deben apoyar la huelga

Los trabajadores que deben apoyar el movimiento de huelga, según disposición del inciso c) del artículo 365 del Código deben representar el 60% de los que trabajen en la empresa, lugar o negocio. El anteproyecto propone reducir esa mayoría calificada a la mayoría absoluta³¹ lo que constituye una situación más favorable para los trabajadores.

b) Titularidad

La titularidad del derecho de huelga según determinación del Código, corresponde a una coalición de trabajadores y ha surgido duda si también puede pretenderla un sindicato. En mi criterio, tal duda es in-

públicos, se remite a la determinación que de esos servicios haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca". Pero se sobreentiende que esas facultades del Poder Legislativo no podrían llevarlo válidamente a negar el carácter público indiscutible de un determinado servicio, que lo es por su esencia y no por otras razones; y ningún motivo habría para suponer que el constituyente estableciera un libre arbitrio del legislador en el artículo 61 de la Constitución".

29 Art. 447, inciso d) del proyecto.

30 "Para los efectos del artículo anterior, se entienden como servicio público: a) ...; b) ...; c) ...; d) los que desempeñen los trabajadores que sean absolutamente indispensables para mantener el funcionamiento de las empresas 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 de las poblaciones".

31 Art. 444: "La declaratoria de legalidad de una huelga corresponde a la Junta Nacional de Relaciones Laborales, la cual verificará si se han cumplido los siguientes requisitos: a) ... b) que la mayoría absoluta de los trabajadores con derecho a voto, según el artículo 348, manifieste su acuerdo con el movimiento, en votación secreta; ..."

32 Ob. cit. en nt. p. 50-2.

33 Vid. la sentencia del Tribunal Superior de Trabajo de San José, número 2144 de las 14:05 horas del 27 de junio de 1977. El considerando que se refiere al punto puede ser consultado en B. VAN DAR LAAT, "Derecho Colectivo del trabajo. Jurisprudencia" Fac. de Derecho, U. de Costa Rica, 1979, doc; mimeografiado, p. 17.

fundada³²; sin embargo, la jurisprudencia al respecto no ha sido clara³³, por lo que considero importante la disposición del artículo 443 del proyecto que reconoce como titulares del derecho de huelga "a los trabajadores organizados en un sindicato o en una coalición". Esta disposición evitará que en un futuro se quiere pretender desconocer este derecho histórico del movimiento sindical.

c) Finalidad

La regulación de la finalidad o propósito de la huelga no ha sufrido mayores modificaciones en el anteproyecto y se mantiene un concepto restringido en cuanto únicamente se permite el recurso a este medio de presión para la promoción o defensa de los intereses económico-sociales y profesionales comunes a los trabajadores³⁴, aclarándose expresamente que no procede la huelga respecto de la promoción o defensa de esos mismos intereses cuando corresponda resolver las peticiones a los Poderes Públicos y no al patrono^{35,36}.

d) Modalidad de la Huelga

El artículo 61 de la Constitución Política al reconocer el derecho de huelga a los trabajadores determinó que ésta debía celebrarse en forma pacífica ya que ordena que la ley que la regule debe desautorizar todo acto de coacción o de violencia; por lo tanto, en el proyecto se ha mantenido en la definición de la huelga la calificación de que la suspensión colectiva y temporal debe ser acordado y ejecutado pacíficamente³⁷ y la tipificación como ilegal de aquella huelga que no se limite a la suspensión pacífica del trabajo.³⁸

Se mantiene en el proyecto la disposición de que la huelga implica la suspensión temporal y el cierre total del establecimiento; sin embargo, se han adicionado algunas normas que hacen más efectivo el cierre de la empresa afectada y también se han establecido expresamente las modalidades de formas de presión que expresamente están prohibidas. Así, aparte de indicar que decretada una huelga legal, debe mantenerse cerrada la empresa, en forma expresa se indica la prohibición al patrono de cele-

brar nuevos contratos de trabajo para la reanudación de los servicios afectados por la huelga, evitándose así la posibilidad de que se recurra a los rompehuelgas o esquirolas³⁹.

Asimismo se detalla la prohibición de recurrir a las llamadas formas anormales de huelga (trabajo o reglamento; intermitentes, rotativas o modalidades semejantes)⁴⁰ a prácticas tales como la ocupación del centro de trabajo o impedir el acceso a éste⁴¹.

e) Conciliación

Los conflictos laborales no se solucionan mediante la represión, sino mediante el diálogo. Esta filosofía está plasmada en numerosas disposiciones del proyecto; es por ello que se mantiene como obligatoria la conciliación aunque ya no en la vía judicial sino en sede administrativa ante la Junta Nacional de Relaciones Laborales; pero el enfoque que se da a ésta es diferente al actual, ya que se busca estimular una efectiva negociación en esta etapa obligando a las partes sociales a actuar de buena fe y desestimulando las prácticas desleales. Así, expresamente está tipificada como práctica laboral desleal la negativa injustificada a negociar con quien tenga la titularidad debidamente acreditada por parte de los patronos⁴² como también por parte de los trabajadores⁴³ sancionándose severamente a quien en ellas incurra.⁴⁴ Como la experiencia ha demostrado que en el sistema actual la etapa conciliatoria no cumple su función ya que se ha interpretado que si el patrono no designa delegados para esta fase ésta se tenga por terminada⁴⁵ se ha declarado en el proyecto como motivo suficiente para que una huelga se tenga por legal, siempre que se trate de una actividad en que está permitida, el que se declare luego que el patrono se haya negado injustificadamente, a juicio de la Junta Nacional de Relaciones Laborales a acreditar una delegación con poderes suficientes para negociar o si bien hace abandono de dichos procedimientos. Sin perjuicio de lo anterior, la Junta ordenará a la Fuerza Pública traer a los representantes de las partes que, habiendo sido citados, no comparecieren a las comparecencias de conciliación y podrá solicitar al respectivo Juez

39 Art. 455 incisos b) y c) del proyecto.

40 Art. 451, inciso a) del proyecto.

41 Art. 451, inciso b) del proyecto.

42 Art. 394, inciso e) del proyecto.

43 Art. 395, inciso e) del proyecto.

44 Dispone el artículo 398 que quien incurra en una práctica desleal será sancionado con multa de mil a diez mil colones y a pagar los daños y perjuicios ocasionados.

45 Así en sentencia del Tribunal Sup. de Trabajo de San José, N° 406 de las 8:05 horas del 7 de febrero de 1977.

34 Artículos 442 y 456, inciso b) del proyecto.

35 Art. 456, inciso b) del proyecto.

36 El Tribunal Superior de Trabajo de San José, ha elaborado una clara posición sobre la finalidad que puede perseguirse en los llamados "conflictos colectivos de carácter económico social" que en el sistema actual constituyen la etapa previa y obligatoria antes de recurrir a la huelga; al respecto puede consultarse las siguientes sentencias: N° 763 de las 8:05 horas del 4 de marzo de 1977; N° 2144 de las 14:05 del 27 de junio de 1977 y N° 4686 de las 8:20 horas del 26 de noviembre de 1976.

37 Art. 442 del proyecto.

38 Art. 456, inciso 3) del proyecto.

de Trabajo que se imponga a dichas personas una multa de hasta *Cinco Mil Colones*⁴⁶.

f) *Protección contra la Represión*

El establecer procedimientos legales para la solución de los conflictos colectivos laborales carece de sentido si no se brinda a quienes recurren a ellos de adecuada protección contra la persecución patronal. Este ha sido un aspecto en el cual el actual sistema ha fallado, toda vez que, si bien las disposiciones legales parecen ofrecer cierta protección frente al despido durante los procedimientos de conciliación⁴⁷ la interpretación judicial que de ellas se ha hecho ha limitado considerablemente sus efectos ya que frente a despidos ilegales efectuados como represalia por la participación en la lucha se ha negado la posibilidad de reinstalación indicándose que únicamente procede el someter al patrono a la vía penal laboral⁴⁸. Si mediante la legislación que se propone se busca evitar que se recurra a las vías de hecho en los conflictos laborales que su solución se busque por los canales que brinda la ley, es imprescindible ofrecer un marco seguro persiguiendo toda acción que sea represiva. Para tal fin se ha tipificado como una práctica laboral desleal los despidos injustificados o ilegales que tiendan a disminuir el apoyo a los movimientos colectivos de los trabajadores o sus sindicatos⁴⁹ y se faculta a la Junta Nacional de Relaciones Laborales a adoptar las medidas preventivas o cautelares que conduzcan al cese inmediato de la práctica desleal y la restitución del derecho violado incluyendo la reinstalación de los trabajadores despedidos⁵⁰; debemos recordar que esas prácticas son sancionadas con fuertes multas y el pago de daños y perjuicios. Todo lo cual nos hace pensar que se va a garantizar un marco seguro a los

46 Art. 415 del proyecto.

47 Así, el art. 507 del Código de Trabajo dispone: "Desde el momento en que se entregue el pliego de peticiones a la autoridad administrativa o al Juez, se entenderá planteado el conflicto, para el solo efecto de que ninguna de las partes pueda tomar la menor represalia en contra de la otra ni impedirle el ejercicio de sus derechos. El que infrinja esta disposición será sancionado con multa de cien a mil colones y con arreglo de uno a diez días según la importancia de las represalias tomadas y el número de personas afectadas por éstas; además deberá reparar inmediatamente el daño causado sin que esto lo exonere de las responsabilidades penales en que haya podido incurrir".

48 La jurisprudencia al respecto está sólidamente establecida desde hace varios años; entre otros fallos pueden consultarse los siguientes, todos del Tribunal Superior de Trabajo de San José; N° 3887 de las 8:25 horas del 9 de octubre de 1975; N° 1963 de las 16:25 horas del 8 de junio de 1977; 1964 de las 16:30 horas del 8 de junio de 1977. El autor del presente trabajo no comparte el criterio de dicho Tribunal por considerar que sí es posible la reinstalación de los trabajadores despedidos sin autorización judicial en la etapa de conciliación; puede verse al respecto "La huelga y el paro en Costa Rica..." citada, p. 141-2.

49 Art. 394, inciso a) del proyecto.

50 Art. 397 del proyecto.

trabajadores en el ejercicio de sus derechos que los desanime a recurrir a las vías puramente de hecho.

g) *Efectos de la huelga*

Dentro del campo de los efectos jurídicos que produce la huelga, se ha tratado de precisar mejor éstos, eliminando una serie de dudas y limitaciones que actualmente se producen. Así, el pago de salarios caídos para los trabajadores que participan en una huelga legal, lo cual es prácticamente inexistente en la actualidad⁵¹ se regula en una forma flexible indicándose que procede dicho pago cuando la Junta Nacional de Relaciones Laborales estime que las causas de la huelga son imputables al patrono⁵². Se limita al patrono la posibilidad de celebrar nuevos contratos de trabajo para reanudación de los servicios⁵³ evitándose así que se pueda recurrir a maniobras que hagan ilusorio el resultado de un movimiento que se realiza de acuerdo con el ordenamiento jurídico y protegiendo la actuación leal y de buena fe que, como hemos indicado, trata de favorecer en forma importante el proyecto.

Se toma en consideración que, por razones de seguridad o de la índole de los procesos productivos, es imposible la paralización total del centro de trabajo en muchos casos, por lo que la Junta Nacional de Relaciones Laborales tendrá atribuciones para autorizar que se presten este tipo de trabajos absolutamente indispensables⁵⁴.

En presencia de una huelga declarada ilegal por los Tribunales, el Código dispone que el patrono puede dar por terminados, sin responsabilidad de su parte, los contratos de trabajo de los huelguistas⁵⁵ y aunque la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por considerar que la facultad no es tan tajante para el patrono⁵⁶ se consideró necesario atenuar esa atribución patronal estableciendo la obligación de dar a los huelguistas un preaviso de veinticuatro horas sobre la reanudación de los trabajos el que se les notificará personalmente o mediante aviso en un diario de circulación nacional y en un radioperiódico⁵⁷.

51 Al respecto consúltese el art. 371 del Código de Trabajo y la crítica que de él hago en "La huelga y el Paro..." ob. cit. 127-30.

52 Art. 455, inciso e) del proyecto.

53 Art. 455, inciso c) del proyecto.

54 Art. 455, inciso b) del proyecto.

55 Art. 370 del Código.

56 Al respecto vid. B. VAN DER LAAT, "La huelga y el Paro..." cit. p. 143-45.

57 Art. 457, inciso a) del proyecto.

h) Alcances de la cláusula de paz

La legislación actual permite establecer en las convenciones colectivas, bajo ciertos supuestos, la renuncia temporal del derecho de huelga⁵⁸. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Trabajo de San José ha ido más allá y, en forma reiterada, ha sostenido que no es posible recurrir a los procedimientos de conciliación, requisito necesario para poder ir a la huelga, estando en vigencia una convención colectiva ya que "ésta tiene como fin primordial mantener la paz social en una empresa dentro de un plazo determinado, con lo que se garantiza la estabilidad e importancia de dichos pactos durante el período que estén vigentes, durante el cual no deben mediar presiones de ningún tipo, pues los propósitos que persiguen los mismos se desnaturalizan, y el que la actual convención no cubra la totalidad de las aspiraciones de los trabajadores, no es motivo para darle trámite al conflicto, pues a los gestionantes les queda el camino de negociar otra convención, cuando venza el plazo respectivo"⁵⁹. Sea, que nuestra jurisprudencia se ha alineado dentro de la concepción de deber absoluto de paz, que implica abstenerse por parte de los trabajadores de plantear medidas de acción directa durante la vigencia del convenio, frente al llamado deber relativo de paz, que limita al recurso de la huelga a aquellas materias expresamente comprendidas en el pacto, pero no en cuanto a las no pactadas⁶⁰. Las convenciones colectivas de trabajo pueden tener una vigencia de hasta tres años⁶¹ por lo que no es realista considerar que en materia tan dinámica y sensible pueda posponerse por largos períodos su solución sin provocar aún mayores tensiones y serios enfrentamientos entre las partes sociales al margen del sistema jurídico; por estas razones se estableció en el proyecto que no es posible renunciar al derecho de huelga respecto de materias no comprendidas en la convención o acuerdo colectivo⁶². Se optó en esta materia por la tesis de la obligación de paz relativa.

4. Consideración final

El estudio realizado mediante la comparación entre el Código de Trabajo vigente y una propuesta de modificación a éste como lo es el

58 Art. 382 del Código.

59 Sent. N° 79 de las 14 horas del 12 de enero de 1976; en igual sentido la N° 2930 de las 14:30 horas del 3 de julio de 1965; la parte dispositiva de ambas puede consultarse en B. VAN DER LAAT, "Derecho Colectivo del Trabajo..." cit. p. 5-6.

60 G. ZANGARI "Obbligo di pace sindacale e diritto di sciopero" Rivista Diritto del Lavoro, Milano 1964, p. 229-30; también sobre esta misma materia en Costa Rica vid. B. VAN DER LAAT, "La huelga y el paro..." cit. p. 172-177.

61 Art. 58, inciso e).

62 Art. 460, del proyecto.

proyecto de reforma integral al Código de Trabajo de noviembre de 1981, ha pretendido poner de relieve los límites actualmente existentes al ejercicio del derecho de huelga para la gran mayoría de los trabajadores. Creo que las modificaciones propuestas son aceptables dentro de la tradición costarricense y la experiencia que la aplicación e interpretación del Código durante cuatro décadas, arrojan. Sin embargo, estimo que lo más importante es tomar conciencia de esas limitaciones y de lo nocivo que resulta para el régimen de derecho, mantener el estado actual de las cosas. Las soluciones contempladas en el proyecto pueden ser una base de discusión y, sin duda, se enriquecerán mucho con los aportes que harán las organizaciones sindicales, las cámaras patronales y los estudiosos del Derecho Laboral. Surgirán quizás planteamientos diferentes, pero lo esencial al final será que se concrete una reforma a la legislación actual flexibilizando los límites que existen para que, cuando sea absolutamente necesario recurrir al medio de presión extremo que es la huelga, la mayoría de los trabajadores costarricenses pueda hacerlo dentro de la protección del ordenamiento jurídico.



HACIA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Dr. Víctor Pérez Vargas

Profesor Asociado Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Director Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia

I. *Comunidad internacional: ¿retórica o necesidad?*

SUMARIO: I.—Comunidad internacional: ¿retórica o necesidad? II.—Sociedad internacional, desorden establecido, reto revolucionario. III.—La revolución global de las estructuras internacionales. A.—Cambio estructural hacia la familia universal. B.—Comunidad y Desarme. C.—Educación para la Paz. IV.—El mundo unido. Factibilidad y necesidad. V.—Bibliografía.

Nuestro tiempo se muestra particularmente tenso y peligroso. La humanidad se encuentra ante el riesgo de su propia aniquilación o, al menos, de su sustancial automutilación. Frente a este panorama "la comunidad internacional" es, en la práctica, una expresión hueca, retórica y a menudo, demagógica; un ejemplo más de prostitución axiológica, entendida como instrumentalización de ideales y valores para causas sectoriales, cuando no para oportunismos políticos.

El término es frecuentemente usado para definir la unión moral y jurídica internacional de los países del mundo, responsables ante sus pueblos por la paz; es una idea que ha surgido del Derecho Internacional y a menudo es expresada también con la fórmula "familia Universal".

Los datos reales revelan otra cosa: desigual distribución de la riqueza mundial, colonialismo político y económico, presión del capital extranjero, gobiernos no representativos de las mayorías, continuas violaciones a los derechos humanos, apoderamiento ilegítimo de territorios (como en los casos de Kampuchea, donde se está dando en estos días una criminal matanza, Namibia, Palestina y hoy Líbano, donde Sharon insiste en mantener presencia militar; años de discusiones en los órganos de Naciones Unidas que son años de masacre y exterminio), transgresiones abiertas de las decisiones de los organismos internacionales, sectores enteros del planeta en condiciones miserables, tres mil desaparecidos en Guinea, veinte mil en Argentina, hambre, falta de vivienda, desnutrición, analfabetismo, apartheid, ausencia de servicios básicos para el hombre de carne y hueso y encima de todo ello el riesgo de que el siglo XXI sea un siglo sin historia humana, un cementerio desértico de desechos militares, por la posibilidad de que la humanidad se desintegre en trozos de carne desgarrada y metal fundido. Esta es la "comunidad" internacional que continúa propiciando la humanidad. No queremos esto ni para nosotros, ni para nuestros hijos.

A lo sumo, el sentido comunitario, connatural al hombre, ha logrado proyectarse en formas asociativas internacionales para la defensa de intereses parciales, como la Comunidad Cultural de América Latina, la Comunidad Económica de África Occidental, la Comunidad de África Oriental, la Comunidad del Caribe, la Comunidad de Naciones (antes Comunidad Británica de Naciones) la Comunidad Económica Europea, la Comunidad Europea de Defensa, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, la Comunidad Financiera Africana, la Comunidad Francesa, la Comunidad Democrática Centroamericana (y más recientemente, el llamado "Foro de Paz", iniciativa apadrinada por los Estados Unidos, mediante la presencia del Subsecretario de Estado Enders) y muchas otras manifestaciones aisladas, inconexas y carentes de perspectiva universalizante, ecuménica.

Estamos muy lejos de una verdadera Comunidad Internacional, la que —en expresión del Concilio Vaticano II— (del que se acaban de cumplir veinte años) “está por edificarse” y en esta tarea todos somos responsables, pues de ella depende la supervivencia misma del género humano. El profesor Lino Rodríguez-Arias ha dicho al respecto: “el futuro siglo XXI se nos vislumbra como el siglo del Amor, puesto que si ello no llegara a acacer así es lo más seguro que se produzca la destrucción de nuestro planeta”.

La eminente dignidad de la persona humana exige la organización de la humanidad en una auténtica comunidad internacional, capaz de garantizar a todo nivel la tutela de los valores fundamentales de que es portador el hombre y de realizar el bien común de la paz, sobre los presupuestos de la igualdad y soberanía de los Estados y de la justicia social internacional.

La unidad de destino del ser humano y las exigencias del bien común universal reclaman la existencia de la comunidad mundial (frase reiterada de Juan XXIII). Para ello las naciones deberán darse un nuevo ordenamiento que responda a las exigencias de la realidad actual, “teniendo particularmente en cuenta las numerosas regiones que se encuentran hoy en un estado de miseria inadmisibles” (Concilio Vaticano II).

La comunidad de los pueblos, sobre la base de la justicia, tiene como propósito el fomento de la paz, mediante la puesta en ejecución de las acciones necesarias para establecer los factores materiales y espirituales, condicionantes del bien común universal, para así poder dar el paso hacia el nuevo orden y dejar atrás el desorden establecido.

II. Sociedad internacional, desorden establecido, reto revolucionario

Un breve vistazo de las condiciones actuales revela su absoluta insuficiencia para el logro del bien común universal; “tiempo de progreso, tiempo de amenazas” (Juan Pablo II) y de “suprema crisis de la familia universal” (Pablo VI).

El último informe general sobre el “desarrollo en el mundo”, preparado por el Banco Mundial, nos muestra esta situación y su incidencia sobre los países más pobres: los precios por importaciones han aumentado, la capacidad de pago ha disminuido, el crecimiento de las exportaciones se ha visto restringido por la recesión continua en los países industrializados las mismas exportaciones japonesas descenderán este año según Hiroshi Seto, portavoz del Ministerio de Comercio Internacional de Japón, por primera vez en treinta años a causa de la recesión en los Estados Unidos), desconcierto en los mercados de capital, continuo aumento de la brecha del ingreso entre países ricos y países pobres, crecimiento excesivo del consumo y del costo de energía, crecimiento de las necesidades crediticias de los países de ingreso medio, al tiempo que la banca comercial internacional y las instituciones financieras internacionales se niegan a escuchar a los de muy bajo ingreso. A todo ello se suma la contaminación ambiental (cuyo ejemplo más reciente es la lluvia ácida en Pittsburg, para no citar más que un caso pues la lista sería interminable), la carrera armamentista

y la desigual participación de los pueblos de la tierra en el derecho a la información.

En América Latina el panorama no es muy alentador. El Consejo Económico-Social de las Naciones Unidas ha observado recientemente que en nuestro continente, bendecido con riquezas naturales envidiables, la tasa de crecimiento económico ha bajado en la mayoría de los países, los déficits en las balanzas de pagos han aumentado, lo mismo que el endeudamiento externo; este déficit externo es todavía más grave en los no productores de petróleo. A todo esto se agregan problemas limítrofes pendientes entre Bolivia y Chile, desacuerdos fronterizos entre Venezuela y Colombia, discusión sobre el Esequibo entre Venezuela y Guayana Británica, litigio sobre el Beagle entre Argentina y Chile, conflictos en Centroamérica, intervencionismo cubano en Nicaragua, intervencionismo norteamericano en Honduras y El Salvador y muchos otros problemas específicos.

Los pronósticos que es posible obtener de estos datos tampoco resultan favorables; son un verdadero reto revolucionario. En su discurso ante la Junta de Gobernadores del Banco Mundial, en setiembre de 1981, A.W. Clausen pronosticó para los primeros años del decenio de 1980: “persistente inflación, demasiado desempleo, insuficiente crecimiento, aumento de inestabilidad de los mercados de capitales, tipos de interés más altos en los mercados de capital privado y escasez de recursos para inversión en los países en desarrollo. La Comisión Norte-Sur, bajo la presidencia de Brandt, nos presenta un sombrío panorama para el año 2000, “a no ser que se cambie el rumbo”.

III. La revolución global de las estructuras internacionales

Frente a esta perspectiva únicamente tenemos dos alternativas: la inercia e indiferencia que llevan al estancamiento y al derrumbe, o la lucha por la construcción de una nueva sociedad mundial “en la lógica concreta de la historia” (Maritain). Creemos con Berdiaeff que gracias a la libertad creadora, el proceso de la historia puede ser una elevación progresiva de la humanidad al mundo del espíritu. Este cambio supone profundas transformaciones reales y no se resuelve solamente con instituciones jurídicas o con recetas monetarias. Se requiere “cimentar la paz en la justicia y el amor” (Concilio Vaticano II) para que pueda ser realidad la profecía de Isaías: “La paz y la justicia se darán la mano”.

Coincidimos con Mounier en que “el servicio de la paz debe golpear el desorden en el corazón”. Para ello hay que determinar la estrategia integral para producir el cambio de rumbo que se requiere. Es preciso conjugar los esfuerzos en lo material y en lo espiritual para que la solución pueda ser global. Es por ello esencial reformar tanto las estructuras económicas y de seguridad, como reformar los corazones y las mentes por medio de la educación para la comunidad, que es educación para la paz.

El 1º de mayo de 1974 surgió en la Asamblea General de las Naciones Unidas el concepto de “nuevo orden económico internacional”, el que, a pesar de ser reiteradamente afirmado en posteriores declaraciones, continúa encontrando graves obstáculos para su realización; la no obligato-

riedad de las resoluciones de Naciones Unidas, que son más bien recomendaciones, coincide muy bien con los intereses fuertes en el desorden establecido y el resultado es el estancamiento. Somos conscientes, sin embargo, de que esta insistencia ha impulsado en muchos casos el funcionamiento de las fuentes formales de Derecho interno e internacional. Pero no basta la respuesta atomística, porque el problema es global y debe ser afrontado con una estrategia integrada y comprometida en la que lo económico marche a la par del desarme y de los esfuerzos educativos.

El Señor Gumaní Corea, Secretario de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, propuso recientemente un plan integrado para la reestructuración del marco económico internacional. Insiste ahí en que "el cambio estructural tendrá que ser el eje en torno al cual gire la estrategia que se formule para el decenio de 1980". La recesión, el desempleo y el crecimiento lento no son fenómenos puramente cíclicos y para resolverlos se requieren cambios fundamentales de naturaleza estructural. Es necesaria la reestructuración de los mercados y del comercio de productos básicos, lo que es posible según el Programa Integrado de la Conferencia de Nairobi de 1976, en particular con la idea del Fondo Común para la financiación compensatoria de las fluctuaciones de los ingresos de exportación. Es necesaria la reestructuración del comercio internacional, con un enfoque global que comprenda inversión, tecnología y recursos en general. Sobre este tema el informe, antes citado, de la Comisión Norte-Sur es claro en el sentido de que "otro peligro para la comunidad mundial reside en la política no controlada de las corporaciones transnacionales" que dominan en varios países a sectores enteros de la economía. Son necesarios "profundos cambios en las estructuras actuales del comercio internacional" (Pablo VI) para la equidad en las relaciones comerciales. Es necesaria también la reestructuración del marco monetario y financiero internacional en varios aspectos como los derechos especiales de giro como activos de reserva, la necesidad de mecanismos que favorezcan procesos de ajuste más rápidos, préstamos proporcionados a las necesidades, créditos a la exportación y transferencia a largo plazo de recursos a los países en desarrollo. La Comisión Norte-Sur también insiste en reformar el Fondo Monetario en particular.

Junto a los esfuerzos por el nuevo orden económico mundial deben desplegarse tareas concretas en pro del desarme, pues la carrera armamentista representa el "obstáculo principal al desarrollo" (Comisión Norte-Sur) por aumentar y agravar las causas de los conflictos (Concilio Vaticano II), "la plaga más grande de la humanidad", "gran crimen de nuestra época" (CELAM). El nivel de inversión industrial de todos los países en desarrollo podría sostenerse durante veinte años, en base a las inversiones militares de uno" (Comisión Norte-Sur). Los gastos de Naciones Unidas para preservar la paz en el mundo al año equivalen a los gastos de tres horas en el campo militar. Vivimos un mundo que contempla pasivamente la destinación de un millón de dólares por minuto para la destrucción, la dilapidación más absurda y grotesca que haya jamás presenciado la humanidad.

Para quienes tenemos la dicha de vivir en un país en el que está constitucionalmente prohibido el ejército, el mundo convertido en una gran fábrica de armas es realmente un espectáculo inadmisibles que parece presagiar el holocausto colectivo.

Las superpotencias, mientras tanto, con el argumento de "balance de poderío" o "correlación de fuerzas", pretenden hacernos creer que la paz es posible sólo gracias a la paridad de armamentos. El Pentágono, sembrando terror insiste en la superioridad nuclear soviética. Uno de los remedios, según el programa de la administración Reagan: mejorar las fuerzas estratégicas y producir bombas de neutrones que no dañan las cosas sino que "sólo destruyen la vida". Sin embargo, "el llamado equilibrio no es la paz auténtica..."; la paz ha de nacer de la mutua confianza de los pueblos y no debe ser impuesta por el terror de las armas (Pablo VI).

El aumento de la crueldad intrínseca de los conflictos bélicos y el riesgo de la destrucción total "nos obligan a hacer un examen de la guerra con mentalidad nueva" (Concilio Vaticano II). En expresión de Mounier, el hombre ha adquirido actualmente un poder único: el de destruir el planeta y con él la humanidad. Esta deberá elegir entre el dominio cada vez mayor de la creación, un salto a la liberación y la locura del suicidio. En frase del Ex-Presidente Carazo "el siglo XXI será pacífico o no será", o, en expresión del Pastor Kruse "la alternativa es entre la no violencia y la no existencia", sin que ello signifique sumisión pasiva al tirano; Sófocles, Tomás de Aquino y Gandhi llegaron a aceptar el derecho de rebelión frente a la violencia sistemática, la forma más cruel de violencia por su carácter permanente y constante, lo mismo que frente a la ley injusta, pero como recurso extremo.

El fracaso de la reciente Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarme (julio de 1982) y el fracaso de múltiples negociaciones parciales, revelan falta de voluntad política auténtica de los que se proclaman paladines del desarme y cuyas propuestas no son más que formas sutiles descaradas de chantaje.

Se ha reanudado el diálogo en Ginebra, pero una estrategia para el desarme no puede ser parcial. No basta reducir los misiles en Europa: el plan debe ser integral.

Los puntos fundamentados que deberán incluirse, faltando cualquiera de los cuales todo sería una farsa son, a nuestro juicio, los siguientes: disolución de alianzas militares; prohibición y destrucción de armas bacteriológicas, infrasonicas, químicas, incendiarias, radiológicas, nucleares y otras de destrucción en masa; reducción, cese de producción y destrucción de armas convencionales; establecimiento del planeta como zona libre de armas nucleares en particular; desmantelamiento de bases militares en el exterior; cese de las investigaciones para el perfeccionamiento de armamentos en general; prohibición de ensayos nucleares, tanto en la atmósfera como en los suelos, subsuelos y océanos (en particular fondos marinos); impedir la carrera armamentista en el espacio ultraterrestre; prevención de errores

y accidentes; reducción de presupuestos militares; limitación del comercio de armas convencionales; retiro de tropas en el exterior; campañas mundiales de desarme; compromiso de los Estados de no usar armas nucleares; fomento de la confianza; medidas de control del desarme; cooperación internacional para el desarme; fortalecimiento de las instituciones para la paz y, lo principal, reasignación de recursos para el desarrollo.

Los esfuerzos en lo económico y en la esfera del desarme deben conjugarse con una tarea educativa. "No se avanzará en este camino difícil de las indispensables transformaciones de las estructuras de la vida económica, si no se realiza una verdadera conversión de las mentalidades y de los corazones" (Juan Pablo II), "el frenar la carrera de armamentos, el reducirlos y, más todavía, el llegar hasta suprimirlos, resulta imposible si ese desarme no es tan completo y efectivo que abarque aun a las conciencias mismas" (Juan XXIII). En expresión del Doctor Olaso "la supervivencia misma de la especie humana depende de un cambio radical en el corazón del hombre", por lo que se presenta como urgente la conversión de los esquemas mentales y de los corazones, como lo ha afirmado el Doctor Rodríguez-Arias Bustamante.

Debemos legar a nuestros hijos una tierra de paz, en la que no haya víctimas inocentes de la agresividad y posesividad de quienes usan la fuerza bruta (la misma que usaron los extintos tiranos arios) para resolver los conflictos. Creemos que la humanidad todavía tiene tiempo de educar para la paz. Confiamos en la factibilidad de la paz, pero la causa eficiente de esta ponencia es la conciencia de la *necesidad de la paz*, entendida como realidad dinámica, pues ella tiene, en expresión de Shakespeare "la naturaleza de la conquista"; ella es acción y no pasivo estancamiento y es un reto de supervivencia de la especie. Especial mención merece la reciente aprobación por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas del proyecto de Universidad para la Paz, que ya empieza a dar sus primeros pasos firmes, como comunidad de diálogo, docencia e investigación con una definición axiológica precisa, evidenciada en su propia denominación. El viejo adagio latino "si quieres la paz, prepara la guerra" sólo ha llevado a un endeble equilibrio de terror. Como expresa el preámbulo de la Carta Constitutiva de la UNESCO "puesto que las guerras nacen en las mentes de los hombres, es en las mentes de los hombres que deben erigirse los baluartes de la paz".

IV. *El mundo unido. Factibilidad y necesidad*

La conjugación de esfuerzos en estos tres planos (económico, desarme y educación) puede permitir "conjurar la catástrofe por medio de la unidad" (Comisión Norte-Sur), para avanzar hacia el "desarrollo solidario de la humanidad" (Pablo VI). En expresión de Mounier la unidad mundial es inevitable, deberá realizarse tarde o temprano; solamente que podrá ser producto de una hegemonía imperialista o bien producto de una conciencia de comunidad mundial dentro de un pluralismo democrático internacional con una creciente conciencia de unidad de la

raza humana (Gandhi) y un sentimiento de participación universal (Gabriel Marcel).

La encíclica Redentor del Hombre, en este punto presenta un testimonio de la persona por encima de los sistemas políticos y económicos (Romero Pérez).

Creemos con Mounier que el pesimismo catastrófico (que a menudo lo que hace es proyectar fracasos personales) y el optimismo desmesurado (que no se percató del desorden establecido) no son las actitudes más sanas, "ni pesimismo, ni optimismo ingenuo" —en expresión del Doctor Enrique Neira—. No esperamos para mañana ni el fin del mundo, ni el paraíso terrenal. Creemos en el difícil alumbramiento de una etapa decisiva para la humanidad.

V.—*Bibliografía Básica*

- ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. Economic Survey of Latin America, United Nations. E/1981/77, 18 de junio de 1981.
- CELAM, *Documento final*. Puebla. La Nación. 15 de febrero de 1979.
- CETTEM, Centro de Telecomunicaciones para el Tercer Mundo. *Boletines*.
- CLAUSEN, A. W. *Discurso ante la Junta de Gobernadores del Banco Mundial*, Washington D.C., 29 de setiembre de 1981.
- COMISION NORTE-SUR, *Un programa para la supervivencia*. Friedrich Ebert Stiftung, Bonn-México, 1981.
- CONCILIO VATICANO II, *Constituciones, Decretos, Declaraciones*. B.A.C. Madrid, 1965.
- COREA, Gamani, *Reestructuración del marco económico internacional*, Naciones Unidas, Nueva York, 1980.
- CURTI, Agostino, *El nuevo orden económico internacional*. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Conferencia, 23 de marzo 1982.
- FURTADO, Celso. *Les Etats-Unis et le sous-developpement de l'Amérique Latine*, Calmann-Levy, Francia, 1970.
- JALEE, Pierre, *El Tercer mundo en la economía mundial*. Siglo XXI Editores, México, 1978.
- JUAN XXIII, *Pacem in terris*. Editorial Apostolado de la Prensa. Madrid, 1963.
- JUAN PABLO II, *Encíclica Laborem Exerens*, La Nación, 16 de setiembre de 1981, p. 16-A.
- LUCHAIRE, Francois, *La ayuda a los países subdesarrollados*. Oikos-Tau, Barcelona, 1971.
- MARITAIN, Jacques, *A preface to Metaphysics*, Omega Books, New York, 1962. *Los derechos del hombre*. Ed. La Pléyade, Buenos Aires, 1972. *Scholasticism and Politics*. Image books, New York, 1960.
- Mc NAMARA, Foreword, *World Development Report*. The world bank, august, 1981.

- MAIX, Candide, *El pensamiento de Emmanuel Mounier*, Estela, Barcelona, 1964.
- MOUNIER, Emmanuel, *El miedo del siglo XX*, Taurus, Madrid, 1957.
- MOUNIER, Emmanuel, *El miedo del siglo XX*, Taurus, Madrid, 1957. *El Personalismo*, EUDEBA, Buenos Aires, 1962. *Manifiesto al servicio del personalismo*, Taurus, Madrid, 1965. *¿Qué es el personalismo?* Ediciones Criterio, Buenos Aires, 1956.
- OSMANCZYK, Edmund Jan, *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas. Fondo de Cultura Económica*, Madrid, 1976.
- PABLO VI, *El desarrollo de los pueblos. El heraldo seráfico*, San José, 1967.
- RODRIGUEZ-ARIAS, Lino, *Alternativa ideológica, Comunitarismo*. Universidad de los Andes, Mérida, 1971. *Comunitarismo y Marxismo*, Temis, Bogotá, 1982. Lino, *El proletariado y la sociedad comunitaria*. Revista Ciencias Jurídicas, San José, N° 39, 1979. *Jacques Maritain y la sociedad comunitaria*. Monte Avila Editores, Caracas, 1980.
- ROMERO PEREZ, Jorge Enrique, *Redentor del hombre*, La Nación, 1982.
- ROUSSEAU, Charles, *Derecho Internacional Público*, Ariel, Barcelona, 1966.
- SCIACCA, M. F., *Historia de la Filosofía*, Miracle, Barcelona, 1958.
- SOUSTELLE, Jacques, *Carta abierta sobre el tercer mundo*, Emecé, Buenos Aires, 1973.
- TOFFLER, Alvin, *The third wave*, Bantam Books, N. York, abril, 1981.

NOTAS DE JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE LA INMUTABILIDAD DEL LITIGIO

Dr. Diego Baudrit Carrillo

Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas
 Profesor Facultad de Derecho
 Universidad de Costa Rica

Plan:

A. *El contenido del principio*

1. Los términos del litigio establecidos por las partes son inalterables. Sent. 15 horas, 17 abril 1942, AGUERO c/ UREÑA. Sent. 15 horas, 17 abril 1942, AGUERO c/ UREÑA.
2. Los jueces califican jurídicamente las pretensiones de las partes. Sent. 16 horas, 24 julio 1959, ARAYA c/ CORRALES.

B. *Las excepciones al principio*

1. Los jueces pueden aplicar derecho no alegado. Sent. 3 horas y 35 minutos p.m., 16 enero 1915, ZUMBA DO c/ PEYROUTET.
2. Los jueces aprceian la consolidación o extinción del derecho mientras está en curso el proceso. Sent. 10 horas y 45 minutos, 25 agosto 1966, ARAYA c/ CONSTRUCTORA JIMENEZ Y QUIROS S.R.L.

EL PRINCIPIO DE LA INMUTABILIDAD DEL LITIGIO

La inmutabilidad del litigio se ha presentado como un corolario del principio dispositivo que rige el proceso civil. En efecto, la inmutabilidad es la consecuencia lógica de la disponibilidad: el juez sólo puede desempeñar su actividad dentro del marco de hecho y de derecho que le han fijado las partes, en ejercicio de su voluntad autónoma.

Sin embargo, preferimos concebir el principio de la inmutabilidad del litigio, preferentemente, como una garantía de la libertad de defensa (WIEDERKEHR, "*Droits de la défense et procédure civile*", Rec. Dalloz, 1977, crón., p. 36), que se asegura con la neutralidad, no la pasividad, del tribunal.

En fallos creadores de doctrina de la Corte de Casación, podemos encontrar cómo se ha ido concretando el contenido de ese principio y cómo operan las excepciones admitidas de esa regla.

A. *El contenido del principio*

"Un proceso resulta siempre de un choque de pretensiones; éstas tienden hacia un resultado, que es el 'objeto' de la pretensión; y si el autor de esta última quiere obtener satisfacción, debe asignarle un fundamento, que sellama (o que en razón de la multiplicidad y de la imprecisión de las acepciones del término, se tiene la equivocación de llamar) 'la causa' de la pretensión (o 'de la demanda', pero puede también tratarse evidentemente del fundamento de un medio de defensa)" (MOTULSKY, Henry, "*Prolégomènes pour un futur code de procédure civile: la consécration des principes directeurs du procès civil para le décret du 9 septembre 1971*", N° 28, en "Ecrits I...", Dalloz, París, 1975, p. 290; traducción libre).

La transcripción del texto de MOTULSKY tiene como propósito señalar precisamente el contenido del principio que analizamos, puesto que como lo señala el mismo maestro en muchos lugares de su obra (por ejemplo, "*Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*", N° 11, en "Ecrits I..." op. cit., p. 43), los jueces no pueden modificar de oficio ni el objeto ni la causa de la demanda y deben fallar dentro de los límites fijados por las conclusiones de las partes.

El contenido del principio se revela, pues, en la regla que señala que los términos del litigio establecidos por las partes son inalterables, pero con el correctivo de que los jueces califican jurídicamente las pretensiones de las partes.

1. *Los términos del litigio establecidos por las partes son inalterables*

Con MOTULSKY (*vid supra*), consideramos que los términos del litigio son el objeto y la causa (de la demanda y de las defensas), que constituyen lo que técnicamente puede denominarse pretensión (VIZIOZ, "*Etudes de procédure*", Bière, Burdeos, 1956, N° 36, p. 216-a).

Inmutabilidad del litigio

Alteración de los términos del litigio,
ultra petita.

15 horas del 17 de abril de 1942 (p. 335). AGÜERO c/ UREÑA.

El actor pidió que se declarara: "1. que en virtud de la cesión de los derechos hereditarios que me hizo mi madre Avelina Rojas Elizondo, soy heredero por cesión de sus derechos hereditarios en la mortual de Oliva Agüero Rojas; 2. que los bienes adjudicados en la mortual deben volver a poder de ésta para que sean distribuidos equitativamente de acuerdo con el derecho de cada uno; 3. que el inventario y avalúo de bienes no me pueden perjudicar por cuanto mi cesionario (sic) ni el suscrito actor hemos sido notificados dentro del juicio sucesorio".

La Sala Civil (de apelaciones), revocó la sentencia de primera instancia que rechazó la demanda, y la acogió en los términos siguientes: "que en virtud de la cesión de los derechos hereditarios que le hizo al actor su madre Avelina Rojas Elizondo, aquél es dueño de los derechos hereditarios que a éste le corresponden en la mortual de Oliva Agüero Rojas; que los bienes adjudicados, deben distribuirse tomando en cuenta la cesión de derechos hereditarios hecha en favor del actor y en proporción al derecho de cada uno..."

Las partes presentaron recurso de casación. Los demandados lo fundaron, en lo que interesa, en la violación del artículo 84 del Código de Procedimientos Civiles (incongruencia de la sentencia).

La Corte de Casación, con redacción del Magistrado VARGAS PACHECO, resolvió como sigue ese aspecto del recurso de los demandados:

"Considerando:

5º—Que el primer extremo petitorio de la demanda es para que se declare que en virtud de la cesión de los derechos hereditarios de la señora Rojas al actor, éste es heredero en la mortual de Oliva Agüero Rojas; de modo que en virtud de que la relación jurídica que se establece por la demanda y la contestación, no puede ser alterada durante la litis, no se ha podido en este caso variar aquella petición y declarar que el actor

es dueño de los derechos hereditarios de la señora Rojas en la mortual de Oliva Agüero, lo cual no sólo entraña el supuesto de que aquélla ha podido ser declarada heredera o que lo ha sido y tiene derechos como tal, —previa la aceptación expresa que requiere el artículo 528 del Código Civil—, sino que cambia el uso que el actor hace en la demanda de la cesión del derecho de herencia, puesto que él no pide que por haberla habido es dueño de los derechos cedidos, lo cual sería superfluo, sino que la invoca como razón o motivo para que se le tenga como heredero, con lo que se promueve el punto de si quien vende la herencia no continúa siendo heredero y puede transmitir esa calidad; de modo que ha habido la incongruencia que se reclama en este recurso, entre lo que se pide en la demanda y lo que se declara en la sentencia, con infracción del artículo 84 del Código de Procedimientos Civiles; todo aquello que significa alteración de la relación jurídica procesal antedicha, puede ser atacado por la otra parte, lo que en el fondo, viene a constituir el ejercicio de una excepción, la *mutati libeli*.

VI.—Que de igual modo es procedente la reclamación de haber habido *ultra petita*, en cuanto el fallo declare que los muebles de la mortual de Oliva Agüero que no han sido adjudicados todavía, deben distribuirse tomando en cuenta la cesión de derechos hereditarios hecha al actor y en proporción el derecho de cada uno, lo cual no fue demandado.

Por tanto, se declara sin lugar el recurso de la parte actora; con lugar, por la forma, el del personero de los demandados... V. Guardia Q.—Luis Dávila.—Francisco Solórzano.—José María Vargas.—G. Guzmán.—Evelio Ramírez, Srio." (Hay un voto salvado).

Nota

El principio que examinamos lo expresa la Corte, en palabras claras y contundentes: "... en virtud de que la relación jurídica que se establece por la demanda y la contestación, no puede ser alterada durante la litis, no se ha podido en este caso variar aquella petición..."

Se trató, en la especie, de una alteración de las pretensiones del actor. Este pedía que se declarara que era "heredero por cesión", y la Sala de instancia acogió la demanda disponiendo que el actor "es dueño de los derechos hereditarios que a ésta (su madre) le corresponden en la herencia".

Este último pronunciamiento lo considera la Corte como superfluo, puesto que era evidente que se había perfeccionado la cesión, pero lo que se discutía era la calidad de heredero a participar en la distribución de los bienes de la mortual (lo que sí se admitió en la sentencia anulada).

En otras palabras, la sentencia casada se pronunció sobre un punto no pedido y derivó de ese pronunciamiento consecuencias que sí estaban demandadas. Hubo una alteración de los términos del litigio (COUTURE,

Eduardo J., "Fundamentos del derecho procesal civil", 3ª ed. Depalma, Buenos Aires, N° 117, p. 188, párrafo "e").

También se alteraron los términos del litigio, incurriéndose en el vicio de ultra petita, cuando se ordenó distribuir los bienes muebles no adjudicados, lo cual no había sido pedido.

La incongruencia del fallo que fue sometido al control de la Corte de Casación es muy clara. Ello le permitió al alto tribunal enseñar la utilización de la excepción "mutati libeli" (como medio de defensa enalzada o como causa de nulidad ante el tribunal de casación).

Esta incongruencia, sin embargo, no es siempre tan evidente, sobre todo porque el principio de la inmutabilidad del litigio está íntimamente relacionado con la actividad permitida y exigida del juez, que lo sitúa en una posición activa del proceso.

Pero esa delicada posición del juez no lo autoriza para variar los términos del litigio, éstos son inalterables dentro del proceso civil puro, sobre todo en lo que concierne la delimitación de las pretensiones de las partes. El juez tiene atribuciones para ser una parte activa en el litigio, pero no puede salirse de los límites fijados por las partes sin cometer un exceso de poder (MOTULSKY, "Le rôle respectif... op. cit., N° 10).

2. Los jueces califican jurídicamente las pretensiones de las partes

Podría estimarse que referirse a la "calificación jurídica de una pretensión", en nuestra materia, es una petición de principio, puesto que el concepto de pretensión es esencialmente jurídico. En efecto, para nosotros el contenido de ese concepto lo entendemos como lo explica el maestro COUTURE: "La pretensión (Anspruch, pretesa) es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva" (op. cit., N° 44, p. 72; *Adde* VIZIOZ, op. cit., p. 20).

De la anterior definición se desprende que la expresión de una pretensión ante los tribunales está constituida por una petición concreta sobre un aspecto de hecho (una conducta humana, individual o genérica), fundamentada en situaciones que también son de hecho (la descripción de la situación que lleva al sujeto a pedir la intervención de los tribunales). Porque la pretensión se expresa en la práctica de esa manera, los tribunales tienen la función de calificarla correctamente desde una perspectiva del derecho, como se enseña en la sentencia que transcribimos.

Inmutabilidad del litigio
Los jueces restituyen la exacta calificación jurídica de los hechos.

16 horas del 24 de julio de 1959 (p. 286). ARAYA c/ CORRALES.

La Sala Primera Civil, en sentencia de las 10 horas y 30 minutos del 13 de marzo de 1959, confirmó la sentencia de primera instancia que acogió la demanda de investigación de paternidad, fundándose, en lo que interesa, en las siguientes consideraciones:

"III.—Indudablemente, la acción está montada en las causales previstas en los incisos 2º y 3º in fine, del artículo 124 del Código Civil, pues aunque sólo se cita en general este artículo los hechos así lo denotan, ya que el primero se refiere a las relaciones íntimas que mantuvieron las partes por un término mayor de un año en forma pública, singular y estable, que en el curso de los autos no resultó probada, por lo que la acción con base en lo dispuesto en la causal tercera no tiene consistencia; y, los restantes hechos de la demanda son implicativos de una posesión notoria de estado, a que se refiere la causal segunda mencionada, que ya detallamos en el fallo de conformidad con las pruebas recibidas, y apreciados en forma global sí son determinantes de la posesión notoria de estado en que mantuvo a sus hijos del demandado...".

El demandado acusa en su recurso de casación la violación del artículo 84 del Código de Procedimientos Civiles, puesto que se acogió la demanda con fundamento en una disposición legal no alegada expresamente por el actor.

La Corte de Casación resolvió el recurso por la forma como se copia adelante, con redacción del Magistrado QUIROS SALAZAR:

"Considerando:

I.—Como lo afirma la sentencia que se impugna en su Considerando III, en los hechos de la demanda se expusieron circunstancias que dan fundamento suficiente para estimar, que dentro de la forma defectuosa con que se planteó la acción —por haberse citado el artículo 124 del Código Civil, sin determinación de incisos— y que no fue corregida en su oportunidad, ella también se apoyaba en el inciso 2º del expresado texto legal, o sea cuando esté el hijo en posesión notoria de estado. No otra cosa se desprende del contenido de los hechos segundo a quinto de la demanda. Y en las acciones constitutivas, en tesis general, puede decirse que conforme la doctrina, el fundamento de las mismas, constituye y lo da, la pretensión jurídica a un nuevo estado. En el caso concreto, el estado de hijo fuera de matrimonio, de la persona demandada. Por esos motivos no

encuentra este tribunal que la sentencia que se impugna, padezca del error formal de que se queja la parte recurrente.

Por tanto: sin lugar la nulidad pedida, con las costas del recurso a cargo de la parte perdidosa.

Fernando Baudrit S.—Napoleón Valle.—Víctor Ml. Elizondo.—Daniel Quirós S.—Evelio Ramírez.—F. Calderón C., Secretario”.

Nota

La demanda fue mal redactada en términos técnicos. Tratándose de una investigación de paternidad, entonces regida por las reglas del Código Civil (como debió seguirlo siendo, para lograr una organización sistemática de estas materias), la parte actora la fundamentó en el artículo 124, que tenía tres hipótesis de apertura para esa acción; esa fundamentación se hizo sin especificar cuál de las tres hipótesis servía de apoyo a la demanda. Habiéndose acogido la demanda, la parte accionada acusa la violación del principio de la inmutabilidad del litigio, ya que sostenía que la contraria no había llevado al debate judicial la causal de apertura de investigación de paternidad que en definitiva se acogió.

La sentencia de la Corte de Casación se inscribe dentro de la doctrina que considera que “El objeto del proceso declarativo es el tema que el peticionario... somete al órgano jurisdiccional” (PRIETO-CASTRO FERNANDEZ, L., “Derecho procesal civil”, Vol. 1, Ed. Dro. Privado, Madrid, N° 187, c, p. 350). Lo que el actor sometió a conocimiento de los tribunales fue *el tema* de la investigación de paternidad basada en la situación de hecho descrita en la demanda.

Ese tema, que denominamos *objeto* y *causa*, y concretamente, *pretensión*, puede ser expresado sin que el interesado diga una palabra de derecho (MOTULSKY, “Prolégomènes...”, op. cit., N° 32, p. 293; este autor tiene como una de sus afirmaciones constantes la que acabamos de expresar, por lo que no es extraño encontrarla a todo lo largo de su obra). De hecho, en nuestro sistema procesal civil, no se requiere que las partes “digan o hablen en derecho”, puesto que es un principio conocido y admitido que la exigencia del Código procesal civil de citar los textos legales que se invoquen en apoyo de la demanda, es meramente formal y no tiene ningún sentido jurídico ni práctico; sólo en el recurso de casación debe precisarse muy finamente la regla violada, pero se trata de una situación procesal extraordinaria y anormal.

De lo que se hacía cuestión en el recurso de casación de la especie, era la determinación de la causa de la demanda. Esta no podía reducirse a una cita de un artículo del Código Civil, sino que estaba constituida por el “conjunto de hechos jurídicamente calificados” (MOTULSKY, op. cit., N° 33, p. 294).

La Corte de Casación estableció muy claramente que la calificación jurídica de los hechos (constitutivos del objeto y de la causa de la deman-

da), corresponde hacerla a los tribunales, y que éstos no violan el principio de la inmutabilidad del litigio si se apartan de la calificación que las partes hubieran intentado hacer.

B. Las excepciones al principio

Los jueces tienen la facultad y el deber de calificar jurídicamente las pretensiones de los litigantes, con las excepciones, que derivan del principio de que la aplicación del derecho es materia del juez, es el oficio del juez.

En virtud de ese principio, *jura novit curia*, el juez debe fallar siempre conforme a las leyes que regulan la materia sometida a su decisión, aunque las partes no hayan requerido expresamente la aplicación de esas leyes (MOTULSKY, “La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge”, N° 5, en “Ecrits I...”, op. cit., p. 105). También en virtud de ese principio, el juez tiene la obligación de constatar la consolidación o la extinción de la relación jurídica litigiosa que haya ocurrido durante el proceso.

1. Lo jueces pueden aplicar derecho no alegado

Cuando los tribunales califican jurídicamente las pretensiones de las partes, puede ser que estén aplicando el derecho que implícitamente los litigantes han señalado en sus exposiciones de hecho, como se señaló en la nota anterior. La expresión del principio enunciado arriba se encuentra en sentencias que, como la siguiente, aplican una regla jurídica totalmente diferente a la que las partes han alegado en norma expresa.

Inmutabilidad del litigio

Facultades de los tribunales para aplicar derecho no alegado por las partes

3 y 35 p.m., 16 de enero de 1915 (p. 21). ZUMBADO c/ PEYROUTET.

El 4 de julio de 1911 el Doctor ZUMBADO practicó una operación a la esposa del demandado; el señor PEYROUTET no pagó los honorarios correspondientes. Con fundamento en el artículo 1043 del Código Civil (que regula los cuasicontratos), el actor pidió que se declarara que el demandado estaba obligado a pagar los honorarios causados. El demandado contestó negativamente. Los tribunales de instancia, declararon con lugar la demanda. El accionado recurrió a la Corte de Casación, alegando “Infracción evidente de la ley sustantiva en que se funda la acción, con manifiesta violación del artículo 1043 del Código Civil, puesto en relación con los artículos 87 y 88 del Código de Procedimientos Civiles, porque

habiendo sido establecida la acción como proveniente de cuasicontrato, la Sala de instancia dictó su fallo calificándola como arrendamiento de servicios. De ahí resulta que la sentencia está muy lejos de ser congruente con las pretensiones de las partes, que es una de las condiciones esenciales de todo fallo judicial. Si los tribunales de justicia tuvieran la facultad de modificar las bases del cuasicontrato judicial, podrían resolver los litigios en forma caprichosa, puesto que se sustituirían a los litigantes para enmendar sus errores o reparar sus distracciones”.

La Corte de Casación, con redacción del Magistrado BRENES, resolvió ese extremo del recurso, así:

“Considerando:

1º—Que si bien es cierto que la parte actora invocó en la demanda el cuasicontrato como apoyo legal de su acción y que el Tribunal de instancia conceptuó como contrato la prestación de servicios la relación de derecho existente entre los litigantes, no por eso puede decirse que haya incongruencia capaz de producir nulidad de un fallo se verifica cuando en su parte resolutive concede cosa distinta de la que fue objeto de la demanda; de ningún modo cuando el juzgador difiere del demandante en el modo de considerar la causa jurídica del reclamo, ya porque el recurso de casación sólo se otorga en cuanto al fondo del negocio, por violación de la ley en la parte “dispositiva” de la sentencia (artículo 962 Código de Procedimientos Civiles), ya porque si conforme a nuestro derecho procesal la acción es admisible aun cuando no se exprese su nombre, con tal de que se diga con claridad lo que se pide, es evidente que la impropiedad técnica en que incurre el reclamante respecto al fundamento legal, no puede aparejar la pérdida de su acción. En el caso de autos, el doctor Zumbado demandó al señor Peyroutet para que se le pagara sus servicios profesionales de una operación hecha a la consorte de dicho señor, y por ser un gasto de familia que corre de cuenta del marido, según estatuye el artículo 74 del Código Civil; y al resolver la Sala sentenciadora procedente la acción establecida, claro resulta que no hay quebramiento del precepto legal que exige congruencia entre lo que se demanda y lo que se concede. Francisco M^o Fuentes.—Benito Serrano.—Alberto Brenes.—Alfonso Jiménez.—José María Vargas.—Ante mí, Ramón Bustamante”.

Nota

En un análisis simple de la especie, podría considerarse que sí hubo incongruencia: el actor fundó su pretensión en un cuasicontrato y los tribunales apoyaron su sentencia en un contrato. En el sistema procesal civil francés, tal situación se calificaría para efectos de un recurso de casación, como un medio “mezclado de hecho y de derecho”, y probablemente se consideraría que no se trata de un caso en que los jueces están autorizados para aplicar medios de puro derecho.

En derecho costarricense, sin embargo, hay mucha más amplitud para los juzgadores en cuanto a la búsqueda de la regla de derecho aplicable. Es aquí en donde los tribunales hacen efectiva la expresión “denme los hechos y yo aplico el derecho”.

Ciertamente el caso analizado se inscribe dentro del marco de la calificación jurídica de las pretensiones, que ya fue comentado, pero revela cómo aún reglas de derecho completamente diferentes a las aún sugeridas por los litigantes, son aplicadas por el tribunal.

Confirma este fallo la doctrina de que “la construcción del edificio de hecho del proceso pertenece a las partes, pero el juez está en medida, y obligado, de proceder de oficio al examen de los problemas jurídicos que revela el litigio” (MOTULSKY, “*Prolégomènes...*”, op. cit., N^o 42, p. 301). En efecto, como afirma un tratadista de un sistema procesal más cercano al nuestro, “el juez, en virtud de la regla orgánica de que *intra novit Curia*, aprecia los hechos, los califica jurídicamente y aplica la norma que estime adecuada” (PRIETO-CASTRO FERNANDEZ, op. cit., N^o 210, p. 392, a). Pero, agrega PRIETO-CASTRO, “... con tal que no incurra en incongruencia”.

Y es que hay una seria dificultad en establecer cuándo las expresiones de derecho de las partes en apoyo de sus pretensiones, no se integran a éstas, y constituyen la “causa” que no puede ser modificada sin violentar el principio de la inmutabilidad del litigio. MOTULSKY se pregunta por ello que si la regla de derecho o la calificación invocadas por las partes, estuvieran “soldadas” a la causa, cómo podría conciliarse la intangibilidad que debería resultar de ello con la facultad del juez de aplicar de oficio los medios de puro derecho (op. cit., N^o 34, p. 295). Y responde como ya sabemos: el derecho invocado por las partes es una simple *sugestión* para el juez, no una *limitación para el tribunal* (op. cit., N^o 37, p. 298).

La tesis de MOTULSKY no puede ser aceptada sin reservas, ya que pueden existir casos en que los litigantes, concientemente, limitan la aplicación del derecho (como en la hipótesis del arbitraje). Pero la Corte de Casación costarricense, más de medio siglo antes de que el maestro francés expusiera sus teorías que se consagraron en el nuevo Código de procedimientos civiles de Francia, ya había sentado doctrina al respecto en el mismo sentido: la aplicación de derecho no alegado por las partes es una excepción admitida al principio de la inmutabilidad de las partes es una excepción admitida al principio de la inmutabilidad de los términos del litigio.

2. *Los jueces aprecian la consolidación o la extinción del derecho mientras está en curso el proceso*

Los jueces actúan dentro de los límites que les fijan las partes con sus intervenciones, pero no por ello son órganos meramente receptores de la actividad de los particulares. Su papel dentro del proceso los obliga a

aplicar el derecho. Para ello, deben no sólo recibir y dirigir la actividad procesal de los litigantes, sino examinar, de oficio, los requisitos para una sentencia legal (véanse las sentencias de la Corte de Casación de las 10 horas y 20 minutos del 22 de marzo de 1961, pág. 432; y de las 10 horas y 15 minutos del 6 de setiembre de 1961, pág. 402).

Ese examen de oficio de los requisitos de la demanda y de las defensas para que la sentencia haga justicia, es un correctivo muy importante del principio de la inmutabilidad del litigio, que llevaría a situaciones absurdas si se transporta a sus últimas consecuencias.

En doctrina procesal civil francesa, se pone especial énfasis en el interés como requisito de la demanda, en el sentido de que los tribunales declaren inadmisibles toda demanda que se demuestre, *in limine litis*, que tiende a la consolidación de una situación jurídica que no tiene la tutela del derecho (para ello, el medio de defensa llamado "fin de non-recevoir", véase BAUDRIT, Diego, "Apuntes sobre los medios de defensa en el proceso civil francés", Rev. Jud. N° 11, pág. 59 ss). Pero también el interés constituye uno de los requisitos de una sentencia estimatoria (véanse las sentencias de la Corte de Casación, citadas *supra*), como lo señala con energía el maestro COUTURE (Op. cit., N° 316, p. 483).

A la constatación de oficio de ese requisito, se refiere la siguiente sentencia de la Corte de Casación.

Inmutabilidad del litigio

El juez aprecia la consolidación o la extinción del derecho de fondo estando en curso el proceso

10 horas y 45 minutos del 25 de agosto de 1966 (p. 103).

ARAYA c/ CONSTRUCTORA JIMENEZ Y QUIROS S.R.L.

Se pide en la demanda que se declare en la sentencia que un bien que es copropiedad de las partes es indivisible, y que no estando de acuerdo el actor de permanecer en estado de copropiedad, procede sacar a remate ese bien para distribuir su producto entre los condueños. La demandada opuso la excepción de falta de derecho, basada en la existencia de un convenio suscrito entre las partes para mantenerse en estado de indivisión. El juez y la Sala Primera Civil declararon con lugar la demanda. La parte demandada recurre a la Corte de Casación, acusando la violación del artículo 1022 del Código Civil.

El Magistrado BAUDRIT redactó el fallo correspondiente, así:

"Considerando:

I.—La excepción de falta de derecho opuesta por la accionada, se fundamenta en la existencia de un convenio para mantener la indivisión y que ésta debía extenderse a cinco años, a partir del 30 de agosto de 1960, según el artículo 274 del Código Civil. Ya se advierte entonces que el recurso, en cuanto alega errores en la estimación de pruebas y quebranto de leyes, especialmente del mencionado artículo 274, para sostener la existencia de los mencionados acuerdo y plazo, no puede dar lugar a una casación útil, pues el fallo en cuanto al fondo, en el aspecto de referencia, no podría ser diferente del impugnado, desde que a la fecha, —y aún en las que se dictaron los de primera y segunda instancias—, aquel plazo de cinco años ya está cumplido; y es tesis doctrinaria, admitida por esta Corte, la de que en general, —y no se ve razón legítima para excluir el caso presente—, el Juez condene al demandado o lo absuelva, si el derecho del actor se consolida o se extingue en el curso del proceso, ello por un buen principio de economía procesal, esto es, para evitar un nuevo juicio. Ver sus sentencias N° 30 de 12:15 horas del 31 de marzo de 1953, nota de la mayoría; N° 43 de 15:15 horas del 29 de abril de 1960, Considerando V *in fine*; y N° 136 de 15:30 horas del 23 de noviembre de 1961, parte final del Considerando VII.

Por tanto: se declara sin lugar el recurso, con costas a cargo de la parte recurrente.—Fernando Baudrit S.—Víctor M. Elizondo.—Daniel Quirós S.—Evelio Ramírez.—Juan Rafael Calzada C.—F. Calderón C., Secretario".

Nota

"... es tesis doctrinaria, admitida por esta Corte, de que en general ... el Juez condene al demandado o lo absuelva, si el derecho del actor se consolida o se extingue en el curso del proceso..."

De forma clara y precisa así la Corte de Casación establece uno de los principios de la actividad del juez, que constituye una excepción notable del principio de la inmutabilidad del litigio.

Lo que ha llevado al alto tribunal a fijar esa jurisprudencia es "un buen principio de economía procesal", puesto que no podría estarse frente a una "casación útil", puesto que el derecho del actor se consolidó mientras el litigio estaba en curso.

En efecto, el plazo de cinco años, máximo permitido por el Código Civil para el mantenimiento de una situación convencional de copropiedad (artículo 274); se cumplió una vez iniciado el juicio, pero antes de que se hubiera dictado sentencia de primera instancia. No podía alegar eficazmente la parte accionada la validez del convenio de mantenimiento del condominio, ya que legalmente había caducado.

Ciertamente el actor no introdujo en el pleito el elemento de discusión sobre caducidad del convenio (no podía hacerlo, porque el plazo quinquenal no se había cumplido). Por allí, aplicando indiscriminadamente el principio de la inmutabilidad, habría que declarar con lugar la excepción del demandado, quien alegó precisamente la existencia del convenio con miras a que se mantuviera el estado de indivisión.

Pero el papel que tienen los tribunales de constatar el interés jurídico de los litigantes, hace pasar a segundo plano la inmutabilidad, por tratarse lo primero de un aspecto de interés u orden público (BAUDRIT, Diego, "*Le pourvoi en cassation en droit costaricain et en droit français. Etude de droit judiciaire privé comparé*", tesis, Estrasburgo, 1980, pp. 75 y ss.).

Es de notar que la corte francesa de casación ha establecido una jurisprudencia similar a la costarricense (reportada por BORE, op. cit., Nos. 790 a 797), en la que se nota que inclusive los jueces de casación se han otorgado las facultades de revisar ese aspecto del interés, cuando una de las partes hace cuestión de su consolidación o de su extinción en el recurso respectivo.

EL REGLAMENTO

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Profesor Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
Instituto de Investigaciones Jurídicas

SUMARIO: I. Introducción.—II. Concepto.—III. Potestad reglamentaria.—IV. Diferencia entre el acto administrativo y el reglamento.—V. Diferencia entre el reglamento y la ley.—VI. Relaciones entre el reglamento y la ley.—VII. Inderogabilidad singular de los reglamentos.—VIII. Libre derogabilidad general del reglamento.—IX. No existe reserva reglamentaria.—X. Límites de la potestad reglamentaria.—XI. Clases de reglamento.—XII. Reglamento y las técnicas de desarrollo económico y social.—XIII. A modo de conclusiones.—XIV. Bibliografía de referencia.

Siglas más usadas:

| | |
|-----|-------------------------------------|
| CP | Constitución Política de Costa Rica |
| LAP | Ley de Administración Pública |
| CC | Código Civil |
| R | Reglamento |
| L | ley formal |
| IEP | Instituto de Estudios Políticos |
| RCJ | Revista de Ciencias Jurídicas |
| RAP | Revista de Administración Pública |

I. *Introducción*

En este artículo trataremos de dar algunas ideas acerca del reglamento, fruto de la potestad reglamentaria de la función administrativa.

1) *En la clasificación formal de las funciones*,¹ existía una correlación directa entre el:

Poder Legislativo y la función legislativa

Poder Ejecutivo y la función ejecutiva o gubernamental (administrativa)

Poder Jurisdiccional y la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Se daba una doble implicación entre el respectivo poder y la correlativa función.

Así, por ejemplo:

Poder ejecutivo <=> función administrativa

En esta clasificación mecánica, los otros poderes públicos carecían de la función administrativa.

Como en la realidad, el comportamiento de tales poderes incluía la realización de las citadas funciones, se planteó: 2) *la clasificación material de las funciones*.

En esta clasificación, los tres poderes públicos clásicos, contenían y realizaban las tres funciones (ejecutiva-administrativa, jurisdiccional y legislativa). Empero, la característica distintiva reside en el hecho de que una de esas funciones, es la de mayor relevancia en el respectivo poder público. Mientras que en la *clasificación formal*, la función administrativa sólo le correspondía al Poder ejecutivo (*criterio formal u orgánico*); en la *clasificación material* (o, sustantiva) la atención se pone en la función. Existe una localización de la función, independientemente del poder en donde se localice. De este modo, se puede afirmar que la función administrativa, se encuentra en los tres poderes, ya que ellos contienen esa función de administrar. Pero, solamente en el Poder Ejecutivo, esa función es prioritaria y definitiva de su acción.

¹ Ortiz, Eduardo. *Derecho administrativo* (San José: Universidad de Costa Rica, tesis I, 1968). Romero Pérez, Jorge Enrique. *Derecho público II* (San José: Universidad de Costa Rica, Cas. I, 1977, selección y presentación).

En lo que respecta a la potestad reglamentaria, se puede decir que es el resultado de la función administrativa y que esta función se encuentra presente en los tres poderes; pero, es en el Poder Ejecutivo en donde juega el rol de definitiva y principal.²

II. Concepto

Acerca del concepto de *reglamento*, se pueden indicar varias definiciones o formas de conceptualización.

Algunas de ellas son:

Acto unilateral de la administración que crea normas jurídicas generales (Sayagués Laso).³

Decisiones ejecutorias de carácter general e impersonal (Vedel).⁴

Toda norma escrita dictada por la Administración (García de Enterría).⁵

Norma secundaria y subordinada a la ley.⁶

Norma jurídica que sanciona el poder ejecutivo por competencia propia atribuida por la Constitución Política o la ley (Zanobini).⁷

Acto de creación jurídica de la Administración que pone en vigor reglas generales de obligatoriedad general (Forsthoff).⁸

En nuestro criterio el *reglamento* es:

— fuente formal escrita del derecho administrativo.

— norma jurídica subordinada a la Ley, en sentido formal (es decir, aquella emanada del Poder Legislativo de conformidad al procedimiento respectivo de elaboración).

— resultado de la potestad reglamentaria.

— dicha potestad reglamentaria tiene que estar atribuida al poder ejecutivo por la Constitución Política o por la Ley.

2 Mortati, Costantino. *Istituzioni di diritto pubblico* (Padova: Cedam, 1976. T. I, pp. 30 a 35)

3 Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de derecho administrativo* (Montevideo: Ed. Martin Bianchi, t. I, 1959, p. 120)

4 Vedel, George. *Derecho administrativo* (Madrid: Ed. Aguilar, 1980, p. 171).

5 García de Enterría, Eduardo; y, Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho administrativo* (Madrid: Civitas-Revista de Occidentes, 1974, p. 107).

6 Ortiz, Eduardo. *La potestad reglamentaria en Costa Rica* (San José: RCJ, N° 16, 1970, p. 131).

7 Zanobini, Guido. *Curso de derecho administrativo* (Buenos Aires: Ed. Arayú, 1954, p. 98).

8 Forsthoff, Ernst. *Tratado de derecho administrativo* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 191).

9 Hernández, Rubén. *Las fuentes normativas* (San José: UACA, 1981, in toto)

— responde al principio monárquico del Antiguo Régimen, según el cual el Rey tenía la función legislativa general (producción de normas jurídicas).

— es parte de las atribuciones propias de la función de administrar (función administrativa, presente en los tres poderes públicos, pero caracterizadora del Poder Ejecutivo).

— ese principio monárquico queda subordinado al principio democrático, según el cual el Poder Legislativo, es el representativo del "poder del pueblo", generador de la soberanía de la Ley, sustituta de la soberanía del Rey.

— carece de efecto retroactivo.

La definición resumida que haríamos es:

reglamento: norma escrita de carácter general producto del ejercicio de la potestad reglamentaria propia de la función administrativa.

III. Potestad reglamentaria

1) *Constitución Política: artículos que la mencionan.*

Esta potestad se encuentra en nuestra Constitución Política, en estos artículos:

121, inciso 22

es atribución de la Asamblea Legislativa darse el reglamento para su régimen interior.

140, inciso 3

es atribución y deber del Presidente de la República y su respectivo ministro el sancionar y promulgar las leyes, *reglamentarlas*, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento.

140, inciso 18

asimismo, darse el reglamento que convenga para el régimen interior de sus despachos y expedir los demás reglamentos y ordenanzas necesarios para la pronta ejecución de las leyes.

Como bien expresa Ortiz¹⁰, esas son las únicas normas constitucionales que expresamente mencionan la potestad reglamentaria.

2) *Origen histórico-político del reglamento*

La potestad reglamentaria es aquella que permite emitir, válidamente, reglamentos. Implica una función reglamentaria, que es parte de la función

¹⁰ ORTIZ, Eduardo. *La potestad reglamentaria en Costa Rica. Régimen actual y perspectivas* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 16, 1970, p. 125. Este artículo abarca de la pág. 125 a la 197).

administrativa y por ende subordinada al principio de legalidad. En este sentido, todo reglamento, toda potestad reglamentaria, exigen una norma de base que lo autorice, expresa o implícitamente.¹¹

La Ley formal tiene superioridad respecto del reglamento, y en este sentido la potestad legislativa es superior a la potestad reglamentaria. Como acertadamente señala Ortiz, la Asamblea Legislativa es el "órgano representativo por excelencia sea de una clase burguesa opuesta al privilegio y a la arbitrariedad del Rey (Gobierno), sea de una comunidad política pluripartidista".¹²

A partir de la Revolución Francesa (1789), la superioridad del Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo implicó —entre otras cosas— la superioridad de la potestad legislativa sobre la potestad reglamentaria y de la Ley sobre el reglamento.

En el Estado de derecho liberal y burgués, anterior a la primera guerra mundial, se le confió al Poder Ejecutivo, la función de ejecutar las leyes emitidas por el Legislativo.¹³

En cierto modo, la potestad reglamentaria es un resabio del antiguo régimen, pues se acepta que el Poder Ejecutivo pueda emitir normas jurídicas (función legislativa genérica), pero subordinadas a la Ley formal, inferiores a las normas jurídicas generadas por el Poder Legislativo.

García de Enterría señala, por su parte, la relevancia del fundamento de la potestad reglamentaria, al decir que si la Administración detenta un poder reglamentario (de creación de normas jurídicas) independientes debido a que la Constitución Política se lo ha dado. Se trata de una fuente de derecho que goza la Administración; en este sentido estamos ante un poder normativo complementario del poder legislativo.¹⁶

IV. Diferencia entre el acto administrativo y el reglamento

Acto administrativo

- 1) No forma parte del Ordenamiento jurídico.

Reglamento

- 1) Forma parte del Ordenamiento jurídico.

11 Ortiz, *Potestad reglamentaria en C. R.*, idem, p. 137.

12 Idem, p. 133.

13 Ibidem.

14 García de Enterría, cit. *Curso...*, p. 112.

15 García de Enterría, cit. pp. 113 a 116.

16 Ibidem.

- 2) Se aplica a un supuesto dado; e, incluso a una pluralidad de sujetos (v. gr. la fijación de horarios en una oficina pública)
- 3) Se agota con su cumplimiento; para otro cumplimiento habrá que dictar otro acto.
- 4) Como no es una norma jurídica, no ordena la vida social, no la regula.
- 5) La manera natural de expresarse la Administración Pública es mediante la producción de actos administrativos.
- 6) Le afectan límites de revocación que impone la Ley en garantía de los derechos a que el acto ha podido dar lugar.
- 7) Su ilegalidad produce la anulabilidad.
- 2) Se aplica a una generalidad de sujetos.
- 3) Se consolida, se confirma, se mantiene con su cumplimiento. O sea, el cumplimiento no lo agota, al contrario, lo fortalece.
- 4) Ordena la vida social, la regula.
- 5) La potestad reglamentaria no es la manera natural de expresarse la Administración Pública, sino que esa potestad requiere un fundamento en la Constitución Política o en la Ley.
- 6) Es revocable *ad nutum*, mediante su derogación, modificación o sustitución.
- 7) Su ilegalidad implica su nulidad de pleno derecho.¹⁵

V. Diferencia entre el reglamento y la Ley

Reglamento

- 1) Fruto de la potestad reglamentaria.
- 2) Está subordinado a la Constitución Política y a la Ley.
- 3) Es una norma jurídica de cuarto rango (Constitución, Tratados, Ley, reglamento).
- 4) Es parte del carácter instrumental de la Administración.
- 5) Responde al "principio monárquico", de la soberanía del Rey, como eje del sistema político.
- 6) Por el principio de la jerarquía normativa, está subordinado a las normas de mayor jerarquía.
- 7) Carece de efecto retroactivo.

Ley

- 1) Fruto de la potestad legislativa.
- 2) Está subordinada a la Constitución Política.
- 3) Es una norma jurídica de tercer grado (Constitución, Tratado, Ley).
- 4) Es parte esencial del carácter normativo del Poder Legislativo.
- 5) Responde al "principio democrático", de la soberanía popular, como eje del sistema político.
- 6) Por este principio, la Ley está por encima del reglamento.¹⁶
- 7) Puede tener efecto retroactivo.

VI. Relaciones entre el reglamento y la Ley

Existen relaciones entre la Ley y el reglamento. Dichas relaciones, entre otras, se pueden explicar así:

1. Reserva de Ley

Existen ciertas materias que sólo la Ley puede regular, sujetar a normas de derecho. Estos campos limitados a la Ley, son, lo relativo a:

- la propiedad privada de los bienes y servicios
- el régimen de libertades públicas (comercio, empresa, trabajo, pensamiento, traslación, etc)
- impuestos (*pas de taxation sans representation*)
- servicios públicos (el reglamento sí puede regular su organización interna; pero, no su creación)¹⁷
- penas ("derecho penal")

a) Reserva de ley, en sentido material

Se refiere a lo antes enunciado; es decir, a aquellas materias o campos, que sólo la Ley puede regular. Precisamente fue uno de los bastiones de la burguesía en la Revolución Francesa (1789), contra el abuso del Rey. En el *Antiguo Régimen*, el Monarca tenía en sus manos el poder de crear el derecho, aplicarlo, derogarlo. Los tres Poderes (Ejecutivo, Judicial y Legislativo), así como las funciones correlativas, las poseía el Monarca, por disposición del derecho natural y divino. Tanto la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (1789) como las primeras Constituciones Políticas francesas, y en general el movimiento constitucional de Francia y de los Estados Unidos muestran el advenimiento, desarrollo y consolidación del *Nuevo Régimen*.

b) Reserva de ley, en sentido formal

Cobra relevancia explicativa, esta *reserva* en virtud de estos principios:

- congelación del rango
- jerarquía
- *contrario actus*

La explicación de lo anterior puede hacerse así:

Cuando una materia es regulada por una Ley, el *rango* normativo de esa materia queda *congelado*. Ello significa que sólo una Ley podrá, posteriormente, intervenir de alguna manera en ese campo normativo. Su

17 Cf. García de Enterría, Eduardo

jerarquía normativa, queda así determinada: se trata de una Ley, tal es su *rango congelado*. Usando la técnica del principio del *contrario actus*, se puede decir que así como para dejar sin efecto un acto jurídico, se requiere de un *acto contrario* de la misma solemnidad; también, para dejar sin efecto una Ley (o, para modificarla, ampliarla, restringirla, etc.) es insoslayable la utilización de otra Ley para ello.

2. Legislación delegada¹⁸

Este fenómeno se da cuando la Ley le reconoce, atribuye o delega materias, campos o ámbitos de actuación específicos o expresos a la Administración, para que por medio de su potestad reglamentaria los regule o norme.

Por ese mecanismo de la legislación delegada se amplía el poder normativo de la Administración Pública a materias o campos de relevancia jurídica determinados y concretos. No se da una transferencia o traslado de poderes, sino una habilitación del Poder Legislativo a la Administración para extender el poder reglamentario (potestad reglamentaria) a áreas o terrenos, que sin esa habilitación (ese "permiso" o "autorización") no podría hacerlo.

Las figuras que se explicarán son:

- a) delegación recepticia
- b) remisión normativa
- c) deslegalización

a) Delegación recepticia

El Poder Legislativo le delega a la Administración, la facultad adicional de emitir una normativa con el mismo nivel o rango de una Ley, como si se tratara de una Ley emanada de la Asamblea Legislativa.

En nuestro país esta posibilidad, jurídicamente no se puede dar, en virtud del artículo 9 de la Constitución Política que manda:

Art. 9.—El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias.¹⁹

18 García de Enterría, *idem.*, pp. 170 a 181.

19 Ortiz, Eduardo. *Delegación legislativa y recargos cambiarios* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 25, 1975, pp. 187 a 236).

Vargas, Ismael. *Las instituciones autónomas y la potestad reglamentaria en la Constitución Política de Costa Rica* (San José: Revista de Ciencias Jurídico-Sociales, N° 1, 1965, pp. 131 a 147).

En España, se da esta situación en la relación de la Ley de bases con la ley de textos articulados.

En este caso, se da un reenvío material o recepticio. Se integra la norma reenviante con la norma reenviada.

b) *Remisión normativa*²⁰

Aquí se da un reenvío formal, no recepticio.

Las dos normas (reenviante y la reenviada) mantienen su autonomía, su nivel, su rango, su valor jurídico y su jerarquía. La Ley sigue siendo tal; y, la *remisión* que hace ella es un reglamento.

Se pueden dar, entre otros, estos casos:

i) *ley-marco; cornisa o cuadro*: la Ley enuncia principios normativos que el reglamento desarrolla en su totalidad, en forma completa. Esta situación se da cuando la materia es sumamente técnica (tributos, banca, moneda, contratos públicos, ecología, etc.). Este caso sí se permite en nuestro país.

ii) Cuando algunos puntos de la Ley, son *remitidos* al reglamento, para que sean desarrollados por éste.

c) *Deslegalización (degradación de la Ley)*

Se degrada el rango de la norma pasándola del nivel de Ley a la dimensión de reglamento. Se aumenta o amplía el radio de acción de la potestad reglamentaria.

La Ley, sin meterse en una regulación material de un aspecto jurídicamente relevante, hasta entonces normado por una ley anterior, le otorga al reglamento la posibilidad y la disponibilidad de regular esa materia.

Por el principio del *contrario actus*, una Ley ordena que la materia que normaba otra Ley anterior sea regulada por una norma de rango inferior (el reglamento), dándose la degradación o deslegalización de la Ley citada anterior.²¹

VII. *Inderogabilidad singular de los reglamentos*²²

Los reglamentos, como normas jurídicas, presentan las notas de éstas: impersonalidad, abstracción, generalidad, heteronomía, coercibilidad.

20 García de Enterría, cit., pp. 195 y 196.

21 Cf. García de Enterría, Eduardo. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial* (Madrid: Tecnos, 1970, apartado I). Ortiz, Eduardo, *Delegación legislativa*, idem.

22 Cf. García de Enterría, cit., *Legislación delegada...*, pp. 271 a 298.

En este apartado, se presenta la aparente contradicción entre lo que el principio de que "quien puede lo más, puede lo menos" afirma y la limitación de la potestad reglamentaria. Efectivamente, como regla general es cierto que "quien puede lo más, puede lo menos"; pero, en materia reglamentaria, el reglamento tiene que ser aplicado a la generalidad de los casos y en todos los supuestos, jurídicamente permitidos. No cabe hacer dispensas, o dejar de aplicar una norma reglamentaria a un caso concreto. No es permitida la singular, individual o casuística derogación de un reglamento.

Ello está prohibido, porque la experiencia ha mostrado que esas derogaciones, las Administraciones las hacen para favorecer o para perjudicar a una persona determinada.

García de Enterría, lo dice así:

La Administración puede derogar o modificar un reglamento por vía general, en virtud de su potestad reglamentaria, que es una potestad formal. Pero no puede decidir en casos concretos en contra de la prescripción general de un reglamento, porque no tiene potestad para ello. Ya que la potestad de actuar en la materia que se trate se la ha atribuido el propio reglamento en los términos escritos que de sus preceptos se derivan, y el ir en contra de estos límites implicaría claramente una actuación ilegal.²³

Una excepción que este autor indica a lo anterior es que el propio reglamento autorice la dispensa concreta o particular.^{23 bis}

VIII. *Libre derogabilidad general del reglamento*

Existe, pues, una libre derogabilidad general del reglamento, de parte de la Administración. Efectivamente, la Administración está facultada derogar o modificar total o parcialmente un reglamento. Lo que no puede hacer es, ante un caso concreto, dejar de aplicar una norma reglamentaria, debidamente promulgada y/o vigente-eficaz.

Es una clara ilegalidad, una actuación de la Administración en contra del reglamento, que ha fijado los límites de esa actuación. La potestad reglamentaria faculta para emitir reglamentos, pero no puede facultar para violarlos.

Ninguna autoridad ni persona puede, legalmente, actuar contra un reglamento, porque sería violarlo, dañando así el bloque de legalidad y el ordenamiento jurídico.

Cabe hacer aquí una distinción importante:

Ya sea de hecho (en la práctica) o por vía, formalmente, jurídica (el reglamento), la Administración está imposibilitada para

23 Ibidem, p. 294.

23 bis *Curso de Derecho administrativo* (Madrid: Civitas, T. I, 1975, p. 120).

derogar singularmente una norma reglamentaria. Empero, el Poder Legislativo, soberano, bien puede derogar singularmente una ley, ya que su poder normativo no sólo es soberano, sino también originario.

Se tiene, entonces que:

La *Administración* no puede derogar singularmente un reglamento.

El *Poder Legislativo*, sí puede derogar singularmente una Ley.²⁴

IX. No existe reserva reglamentaria

Ya hemos visto que sí existe *reserva de ley* y lo que ello significa. Sin embargo, en punto a la materia reglamentaria, hay que observar que no existe reserva reglamentaria o materias reservadas exclusivamente al reglamento o zonas de competencia únicas de la potestad reglamentaria.

Analizaremos a continuación, parte de las implicaciones que lo anterior tiene en lo que corresponde a los límites de la potestad reglamentaria.

X. Límites de la potestad reglamentaria

Existen dos clases de límites, formales y materiales. A continuación haremos un breve análisis de ellos.

1. Límites formales

a) Competencia

La potestad reglamentaria no la tienen todos los entes de la Administración Pública. Sólo aquellos que poseen los elementos necesarios para tal efecto.

b) Jerarquía normativa

Las normas jurídicas de mayor rango, respecto del reglamento, son límites formales de éste. Esta norma por ser reglamentaria no puede atentar contra la Constitución Política ni contra la ley.

c) Procedimientos de elaboración

Los procedimientos de elaboración del reglamento, juegan como límites de este orden formal. Ese procedimiento tiene el carácter *ad solemnitatem*, de tal suerte que si no se observa y se cumple el procedimiento, el reglamento respectivo es nulo.²⁵

²⁴ Cf. García de Enterría, *idem*, p. 298.

²⁵ García de Enterría, p. 120.

2. Límites sustanciales o materiales²⁶

a) Respecto a los principios generales del derecho²⁷

Estos principios, articulan y animan el ordenamiento jurídico en su totalidad. Es precisamente gracias a ellos que la Administración se justifica y actúa. Por ello, se afirma que los reglamentos no pueden ser arbitrarios ni crear normas arbitrarias, inequitativas o injustas.

b) Técnicas del control de la discrecionalidad²⁸

Como la potestad reglamentaria es discrecional, ello significa que esa potestad no puede ser, teóricamente, arbitraria.

Las técnicas del control sobre la discrecionalidad, son de aplicación en punto a la citada potestad. Entre ellos, la relación entre los conceptos jurídicos indeterminados (sana administración, justo precio, buen padre de familia, v.gr.) y la discrecionalidad, según las reglas de juego analíticas estudiadas por Sáenz Moreno, sobre este tema. Haciendo énfasis en el hecho de que el uso de tales conceptos no puede ser arbitrario, sino que es una ponderación del enunciado de la Ley, los elementos reguladores de la realidad social, la ideología jurídica dominante y oficial y el sano criterio del administrador (o, del Juez, según corresponda); como podría ser el caso de la aplicación a una situación concreta de las normativas relativas a la expropiación por causa de *utilidad pública*.

Igualmente, desempeñan un papel importante el cumplimiento del fin público de la indicada potestad y de la técnica de control sobre la desviación de poder.

Como se sabe la *desviación de poder*, consiste en el ejercicio de potestades administrativas para fines diferentes a los determinados por el Ordenamiento Jurídico.

c) Materia reglamentaria

La materia o el objeto sobre el cual recae la potestad reglamentaria, es —esencialmente— la propia organizativa. Organización de las oficinas o entes administrativos y organización interna del servicio público asignado

²⁶ García de Enterría. *Curso*, cit. p. 124. Alessi, Renato, *Instituciones de derecho administrativo*. (Barcelona: Bosch, t. I, 1970, pp. 33 y 34).

²⁷ García de Enterría, Eduardo. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del derecho administrativo* (Madrid: IEP, (RAP) Revista de Administración Pública, N° 40, 1963). Clavero Arévalo, *La doctrina de los principios generales del derecho administrativo y las lagunas del ordenamiento jurídico* (Madrid: IEP, RAP, N° 7, 1952).

²⁸ *Idem.*, García de Enterría, p. 127. Cf. *Art. 15* de la Ley de administración pública (LAP): la discrecionalidad podrá darse incluso por ausencia de ley en el caso concreto, pero estará sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento jurídico expresa o implícitamente, para lograr su ejercicio sea eficiente y razonable. Por su parte, el *art. 17 (LAP)* manda que la discrecionalidad estará limitada por los derechos del particular frente a ella, *salvo texto legal en contrario*.

al ente respectivo, son materia específica, autónoma, del reglamento. Lo cual no significa, como ya se indicó, que exista una reserva reglamentaria sobre campos o esferas pre-determinadas.

Por vía de reglamento no se puede normatizar lo atinente a:

- servicios públicos (creación)²⁹
- libertades públicas³⁰
- impuestos, tributos, tasas, gravámenes
- propiedad privada sobre los medios de producción y distribución de bienes y servicios.
- derecho penal (régimen de sanciones y castigos); aspecto clara y abiertamente represivo de la sociedad.
- planificación, en general³¹

Esas materias sólo la Ley formal, es decir, la Asamblea Legislativa, puede someterlas a un régimen jurídico; formando el radio de acción de la *reserva legislativa* o *reserva de Ley*.

d) Irretroactividad

El reglamento no puede ser retroactivo. Su efecto es hacia el futuro, no hacia el pasado. Se trata de otra limitación sustancial que le impide a la potestad reglamentaria, ejercida por la función administrativa, afectar situaciones pasadas. Por el contrario, la Ley formal, emanada por el Parlamento, Poder Legislativo o Asamblea Legislativa, sí puede tener efecto retroactivo, siempre y cuando se respeten derechos adquiridos, derechos subjetivos y situaciones jurídicas consolidadas. Es decir, la Ley puede tener efecto retroactivo para favorecer la administrado, al ciudadano, al particular, pero no para perjudicarlo.

Al respecto la Constitución Política (CP) manda:³²

29 Romero Pérez, Jorge Enrique. *El servicio público* (San José: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 4ª ed., 1983).

30 Hernández, Rubén. *Las libertades públicas* (San José: Juricentro, 1980).

31 Ortiz, Eduardo. *Propiedad, empresa e intervención* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, RCJ, N° 35, 1978). Meoño, Johnny, *Administración pública; Introducción a la burocracia pública* (ambas de la editorial universitaria, UCR, 1980 y 1981, respectivamente), *El proceso de planificación en Costa Rica* (San José, RCJ, N° 35, 1978), *Regionalización socio-económica y administrativa en Costa Rica* (San José: RCJ, N° 35, 1978).

32 Romero Pérez, Jorge Enrique. *Notas sobre el problema de la Constitución Política* (San José: UNED, 2ª edición, 1982). Hernández, Rubén. *Control jurisdiccional de las leyes* (San José: Juricentro, 1979). Gutiérrez, Carlos José. *La Constitución Política, con anotaciones y concordancias* (San José: Equity, 1977). Arguedas, Carlos. *Constitución Política de Costa Rica* (San José: Ed. Costa Rica, 1979, comentada, anotada, con jurisprudencia y concordancias).

Artículo 34.—A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas.

Por su parte el artículo 33 (CP) consagra la igualdad ante la ley. Y, el artículo 45 (CP) afirma que la propiedad es inviolable. A nadie se le puede privar de ella, si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización de acuerdo a la ley. En el caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable la citada indemnización previa. Pero, el pago respectivo se hará, a más tardar, dos años después de concluido el estado de emergencia. Cuando existan razones de necesidad pública, por el voto de los dos tercios de la totalidad de los miembros del Poder Legislativo, se puede imponer a la propiedad limitaciones fundadas en el interés social.

Resulta aquí importante destacar el enfoque de Eduardo Ortiz acerca de la Corte Suprema de Justicia de las 8 hs. del 29 de noviembre de 1973 y su relación con este artículo 45 (vid. *propiedad, empresa e intervención*, RCJ, N° 35, 1978), según el cual el derecho de propiedad queda sin contenido, a nivel constitucional.

Igualmente resulta necesario el análisis de la sentencia de la citada Corte de las 10 hs. del 14 de abril de 1983, en cuanto a las implicaciones jurídicas que tiene su distinción entre interés social e interés público al interior de este artículo 45.

Por su parte el artículo 46 (CP) prohíbe los monopolios de carácter particular (empresa privada) y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria.

Se considera de interés público, añade ese numeral, la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica de tendencia monopolizadora. Aquellas empresas (privadas) ya constituidas en monopolios de hecho, deben ser sometidas a una legislación especial. En cuanto al Estado y las municipalidades, si se quieren establecer monopolios a su favor, se necesitará la aprobación de dos tercios de la Asamblea Legislativa para ese fin.

A su vez, el artículo 49 afirma:

Se establece la jurisdicción contencioso administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.

La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos³³ de los administrados (véase el numeral citado 34 CP).

33 Drake, Esteban. *El Derecho jurídico subjetivo* (Madrid: Civitas, 1980). Dromi, *Derechos subjetivos* (San José: RCJ, N° 39, 1979)

Artículo 34 (CP)

A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas.

Ambos artículos tienen hacia el mismo objetivo: la protección de los derechos subjetivos y de los intereses legítimamente protegidos por el Derecho.

Por lo que respecta a la vigencia de la ley, cabe anotar lo siguiente:

Constitución Política (CP)

Artículo 129

Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial (La Gaceta).

Nadie puede alegar ignorancia de la ley. Salvo, en los casos que la misma autorice.

No tiene eficacia la renuncia de las leyes en general, ni la especial de las de interés público.

Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa.

La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior; y, contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario.

Artículo 166 (CP).—En cuanto a lo que no esté previsto por esta Constitución, la Ley señalará la jurisdicción, el número y la duración de los Tribunales, así como sus atribuciones, los principios a los cuales deben ajustar sus actos y la manera de exigirles responsabilidad.

Artículo 49 (CP)

(...) La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados.

Código Civil (CC)

Artículo 1

Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas mismas designen; a falta de designación, diez días después de haberse publicado en el periódico oficial (La Gaceta).

Nadie puede alegar ignorancia de la ley debidamente promulgada.

Artículo 10

No tiene eficacia alguna la renuncia de las leyes en general ni la especial de las leyes de interés público.

Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las leyes no disponen otra cosa.

Artículo 12

La ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior; y, contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario.

Complementando el artículo siguiente, esa regulación, así:

Artículo 177 (CP).—Para la discusión y aprobación de proyectos de ley, que se refieren a la organización o funcionamiento del Poder Judicial, deberá la Asamblea Legislativa, consultar a la Corte Suprema de Justicia; para apartarse del criterio de ésta, se requerirá el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros.

XI. Clases de reglamentos

Entre las clasificaciones que se pueden presentar, indicamos la siguiente:

- | | | | | |
|-------------|---|----------------|---|--------------------|
| Reglamentos | { | 1) Autónomos = | } | a.—De organización |
| | | | | b.—De servicio |
| | | 2) Ejecutivos | | |
| | | 3) Delegados | | |

De acuerdo con la Constitución Política, artículo 140, inciso 18, el Poder Ejecutivo³⁴ (órgano formado por el Presidente de la República más el Ministro del ramo respectivo), pueden darse el reglamento que convenga para el régimen interior de sus despachos (reglamentos autónomos de organización) y expedir los demás reglamentos y ordenanzas necesarios para la pronta ejecución de las leyes (reglamentos ejecutivos).

Por lo que corresponde al Poder Legislativo, el artículo 121, inciso 22, manda que dicho Poder puede darse el reglamento para su régimen interior, el cual una vez adoptado, no se podrá modificar sino por votación no menor de las dos terceras partes del total de sus miembros.³⁵

Respecto al Poder Judicial (o, Jurisdiccional) expresa Eduardo Ortiz³⁶ que puede nombrar a sus empleados y conducir sus relaciones con éstos. Aplicándose el artículo 166 de la Constitución Política a la creación de los Tribunales, Ortiz señala que a pesar de que la CP no contempla expresamente ninguna potestad reglamentaria en su favor, si

34 Rojas, Magda. *El Poder Ejecutivo* (San José: Iuricentro, 1980).

35 Muñoz, Hugo. *La Asamblea Legislativa* (San José: Ed. Costa Rica, 1978).

36 Ortiz, Eduardo. *Derecho administrativo* (San José: curso mimeografiado, 1968, tesis sobre el Reglamento, pp. 5 y 6).

tiene la relativa al régimen interior de sus despachos y para la ejecución de sus leyes.³⁷

1. Reglamento autónomo (u originario)³⁸

Se denomina así aquella norma jurídica que tiene su fundamento en la Constitución Política. Se pueden ubicar en normas *praeten legem* (en ausencia de ley, pero en presencia de una facultad dada por la citada Constitución).

Son *reglamentos autónomos de organización* (a) aquellos referidos a la organización interna de los despachos, oficinas o entes administrativos.

Algunas de sus *notas caracterizadoras*, son:

- Emanan directamente del Poder o institución, en su calidad de jefes del servicio.
- No están basados en una ley previa (*praeter legem*) sobre su propia materia.
- Crean órganos internos y regulan las relaciones entre ellos.
- Tienen como sujeto pasivo solo a órganos; y, no a terceros extraños al Estado.

Será *órgano interno*, aquel que desarrolla diversas *etapas* del procedimiento administrativo. Y, *órgano externo*, el que realiza el acto principal y de efecto autónomo en que ese procedimiento desemboca.³⁹

Tales *etapas* son de proposición o de excitativa, de consulta, de información y recolección de prueba; y, control o fiscalización.

b) Reglamento autónomo de servicio⁴⁰

El jerarca puede crear las normas jurídicas propias de la prestación del servicio público asignado y creado por Ley. No es preciso que exista un requerimiento de la Ley en ese sentido organizativo.

Así, pues, cada autoridad administrativa por el hecho de tener a su cargo la prestación de un servicio público, tiene la potestad de regularlo

37 Ortiz, Eduardo. *La potestad reglamentaria*, cit. pp. 181 a 183.

38 Ortiz, Eduardo. *La potestad reglamentaria en Costa Rica. Régimen actual y perspectivas* (San José: RCJ, N° 16, 1970, pp. 125 a 130).

39 Ortiz, Eduardo. *El reglamento*, cit., pp. 6 y 7.

40 Cf. artículo 12 (LAP): se considerará autorizado un *servicio público* cuando se haya indicado el sujeto y el fin del mismo. En este caso, el ente encargado podrá prestarlo de acuerdo con sus propios *reglamentos* sobre los demás aspectos de la actividad, bajo el imperio del Derecho. Añadiendo, que no podrán crearse por *reglamento* potestades de imperio que afecten derechos del particular *extraño* a la relación de servicio.

frente a los usuarios y éstos tienen la obligación de gozar el respectivo servicio con las limitaciones que imponga el administrador de ese servicio, en punto a organización y funcionamiento del mismo.

Hay que advertir que la Constitución Política se refiere a la potestad reglamentaria en materia de organización y de ejecución de leyes (reglamentos, respectivamente, de organización y ejecutivos), pero no consagra expresamente la relativa a los reglamentos de servicio.

Es pues, una potestad tácita de la Administración que tiene a su cargo un servicio público.

De acuerdo con lo anterior el *Poder Ejecutivo* carece de facultades para regular el funcionamiento o la organización de servicios públicos a cargo de entes descentralizados o municipales.⁴¹

Límites comunes a los reglamentos de organización y de servicio:

- No pueden derogar leyes opuestas (no caben *contra legem*).
- No pueden lesionar derechos de terceros o particulares, en cuanto sean *extraños* al Estado (en sentido genérico), en cuanto que no sean usuarios de un servicio público o sus empleados o funcionarios (derecho laboral administrativo).
- No pueden regular o imponer las condiciones de admisión ni la extinción del derecho del usuario; pero sí lo regula, para garantizar la continuidad del servicio.⁴³

Además de los citados *supra*, se puede añadir, específicamente, al reglamento de servicio, que éste no puede instaurar relaciones entre los usuarios; sino, entre ellos y el ente que presta el respectivo servicio.⁴⁴

2. Reglamentos Ejecutivos

Responden al principio *secundum legem* (de acuerdo con la Ley) ya que la desarrollan y la ejecutan dentro de ciertas limitaciones, que luego detallaremos.

Al respecto, el artículo 140 de la Constitución afirma en sus incisos, respectivamente,

Tres. El Poder Ejecutivo (Presidente y Ministro) tiene facultades para sancionar y promulgar las leyes, reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento.

Dieciocho. El órgano Presidente de la República y el Ministro del ramo, pueden darse el reglamento que convenga para el régimen interior de sus despachos y expedir los demás reglamentos y ordenanzas necesarios para la pronta ejecución de las leyes.

41 Ortiz, Eduardo. *El reglamento, idem.*, pp. 9 a 13.

A su vez, el artículo 19 (LAP) manda que el régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la Ley (reserva de ley en materia de garantías y derechos protegidos por la Constitución Política material y formal —Mortati—⁴², sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos respectivos —(que requieren, obviamente, de una ley previa, para desarrollarla y ejecutarla adecuadamente—).

En este punto de nuestra explicación preguntémosnos:

¿Una ley requiere del reglamento ejecutivo, para su aplicación, vigencia y eficacia?

La respuesta es negativa. El reglamento ejecutivo (fruto de la potestad reglamentaria de la Administración) no es obstáculo para la vigencia y eficacia de una Ley formal, "debidamente promulgada". Si así fuere, el Poder Ejecutivo podría usar este instrumento o vía, para dejar en el aire, sin ejecución ni eficacia las leyes que quiera. Sería una manera de boicotear la soberanía de la Ley y la potestad del Poder Legislativo. Además, se violaría, entre otros, el principio heredado —como muchos otros— de la Revolución Francesa (1789) de la subordinación del Poder Ejecutivo (principio monárquico, del Antiguo régimen) al Poder Legislativo (principio de la soberanía popular o democrático).

Esta tesis, queda expresada en el artículo 20 de la Ley General de Administración Pública (LGAP):

Los preceptos de esta ley, no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación, sino que ésta será suplida —salvo disposición en contrario— en la misma forma y orden en que se integra el ordenamiento escrito (cf. artículo 7 de la LAP: 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).—

Agregando que:

Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.

Puntualizando, también que:

Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior.

Este reglamento ejecutivo, regula las relaciones entre la Administración y los particulares o administrados. Con el objetivo de hacer posible la aplicación práctica y precisa de la Ley (*secundum legem*, según de

42 Mortati, Costantino, idem, cit.

acuerdo o de consuno). Todo dentro de las condiciones y supuestos que la misma normativiza.

Como el reglamento ejecutivo puede regular cualquier materia, de acuerdo a la Ley que le corresponde ejecutar y desarrollar, se dice que tiene un radio de acción mucho más amplio que los reglamentos de organización o de servicio, que son más limitados, específicos o concretos.

Límites del reglamento ejecutivo

Esta norma desarrolla los términos de la ley.

- No puede derogar, violar o contradecir la Ley ni modificarla.
- No puede ir contra la Ley (no puede ser *contra legem*; sólo *secundum legem*).
- El reglamento no puede normativizar o regular lo que la Constitución (formal o material) reservó a la Ley. (*Principio genérico de legalidad*, por el cual la Administración sólo puede hacer lo que la Ley le autoriza expresamente a hacer —*sentido positivo*— o su *sentido negativo* = en ausencia de autorización o habilitación legal, la Administración está imposibilitada de actuar).
- El reglamento no puede violar, modificar, derogar, contradecir, no sólo la Ley, sino también la Constitución Política y los principios generales de derecho.⁴³

Tales principios, son —al menos— de dos clases:

- Las normas jurídicas más generales de un sistema legal.
- Principios de la lógica dinámica del derecho, que son los principios fundamentales de organización de las fuentes jurídicas y de los poderes o entes encargados de ponerlas en ejecución (versión dinámica).⁴⁴

Objetivo del reglamento ejecutivo

- Desarrollar los términos de la ley, mediante precisiones e interpretaciones de los conceptos que la propia ley ha dejado a posterior aclaración reglamentaria.

43 Ortiz, Eduardo. *El Reglamento*, cit. pp. 12-13.

44 Ortiz, Eduardo. *La autonomía costarricense* (San José: RCJ, N° 8, 1966, p. 162).

45 Cf. García de Enterría. Cit. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho administrativo*, in toto.

46 Ortiz, Eduardo. *El Reglamento*, cit. pp. 14 a 17.

— Puede complementar la ley, creando situaciones generales que sin contrariarla, la hagan aplicable dentro del marco de los supuestos que la propia ley presenta.

Interpretaciones y precisiones de la ley, se hacen presentes cuando hay que reglamentar las potestades discrecionales de la Administración. Y, se debe llevar a cabo una labor de precisar los llamados conceptos jurídicos indeterminados⁴⁷, como por ejemplo: sana administración, buen padre de familia, justo precio, interés público, precio ruinoso, establecimientos molestos, etc.

Complementación de la ley

Se complementa la ley para hacer posible su exacta observancia o cumplimiento. La ley se emite, pero puede dejar muchos o algunos aspectos de su aplicación en el vacío, en blanco. Ese vacío se puede llenar con el reglamento ejecutivo.⁴⁸

Reglamentos delegados

Estos reglamentos son aquellos que, en virtud de autorización expresa de la ley, invaden el campo o la materia reservada a la Ley formal, o la derogan o modifican, *como si* fueran leyes emitidas por la Asamblea Legislativa.

Pueden ser de dos clases:

- a) Los que cubren o tratan materias reservadas a la Ley.
- b) Los que dejan sin efecto y sustituyen una Ley.

Precisa, Ortiz, que hay consenso en la doctrina sobre el hecho de que los dos requieren o necesitan siempre de una autorización legal concreta, expresa y manifiesta, sin la cual serían inconstitucionales.

Si se da la autorización legislativa del reglamento con señalamiento de las directrices y límites de la norma reglamentaria, aun en el supuesto de que no exista regulación directa de la materia por la Ley, el respectivo reglamento sería legítimo, informa Ortiz.⁴⁹

⁴⁷ Sáenz, Moreno. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa* (Madrid: Civitas, 1976).

⁴⁸ Ortiz, Eduardo. *El reglamento*, idem., pp. 18 y 19.

⁴⁹ Ortiz, Eduardo. *Potestad reglamentaria*, cit., p. 148. En las páginas siguientes de este trabajo, este autor indica las relaciones entre reglamento delegado y reserva de ley, como con la reforma y derogación de esta norma formal (pp. 149 a 155).

XII. *Reglamento y las técnicas de desarrollo económico y social*

En la época actual, la tecnocracia ha invadido la maquinaria estatal, a tal extremo que algunos han insistido en plantear la realidad de la sociedad y el Estado dominado por tecnócratas, más que por la clase dominante capitalista (así la *Revolución de los tecnócratas* de James Burhjam y los escritos de Nicos Poulantzas en contra de esa desarticulación del análisis clasista para entender la sociedad y el estado en el capitalismo moderno).

La Oficina de Planificación, en nuestro país ha insistido en la reforma administrativa y regional del país. Fruto de ello, ha sido una variedad de Decretos ejecutivos en esa dirección, en los últimos cinco años.

Leyes sobre economía, agro, industria, ecología, etc., hacen necesario el uso de los servicios de los tecnócratas del Poder Ejecutivo o de la Administración, para reglamentar adecuadamente las leyes, marco o de directrices generales que el Poder Legislativo promulga.

El objetivo es la realización del desarrollo económico y la satisfacción del interés público, dentro del marco global del Estado de bienestar o el Estado social del derecho.⁵⁰

Se parte de la hipótesis de que mediante la vía de los reglamentos, la Administración burocratizada y tecnócrata podrá elaborar normas jurídicas que se orienten a la realización del desarrollo económico-social o al manejo relativo de la pobreza del mundo subdesarrollado.

XIII. *A modo de conclusiones*

1. La subordinación del reglamento a la Ley, manifiesta una situación de tensión y de roces entre el Poder Legislativo y la Administración.

2. La Administración interviene, cada vez más, con sus tecnócratas y burócratas, en la redacción y promulgación de reglamentos, que regulan y ordenan la sociedad y el Estado.

3. A ello, se debe agregar la hemorragia de *circulares* de la Administración, que frecuentemente son ilegales y contrarias a la Constitución Política. Por esta razón, cabe apuntar que por esta vía de las *circulares* se viola, en forma lamentable, el principio de legalidad.

4. El fundamento para la promulgación cada vez mayor de reglamentos delegados y la hipertrofia de la degradación de la Ley, es el argumento ideológico (con visos de elementos tomados de la realidad) de la complejidad técnica de las materias que se deben regular. De tal modo, que el Poder Legislativo no tiene ni el tiempo, ni los diputados la capacidad para elaborar esa clase de normas jurídicas.

⁵⁰ Ortiz, Eduardo. *La potestad...*, pp. 160 a 172.

Merece ser tomada en cuenta la crítica que, desde hace varios años, se le viene haciendo al Poder Legislativo, en nuestro país, ya que su decadencia institucional, histórica, política y democrática lo han convertido en un municipio ampliado a nivel nacional. La tesis debe ser encaminada hacia la reformulación del Parlamento, como expresión de la soberanía popular (*tesis democrática*); y, no hacia la destrucción del Poder Legislativo, que sería la *tesis totalitaria*, de reforzamiento exagerado del Poder Ejecutivo, lo cual equivale a una *dictadura*.

5. Nuestros tres Poderes Públicos y el Tribunal Supremo de Elecciones tiene potestad constitucional para reglamentar su régimen interior y su funcionamiento externo. Como a las leyes que conciernen esencialmente, a su régimen interior y a las de naturaleza administrativa. Por lo que corresponde al Poder Ejecutivo, tiene esa potestad respecto de las demás leyes de Costa Rica.⁵¹

6. Por el artículo 9 de la Carta Magna, la potestad de promulgar reglamentos sobre materias reservadas a la ley; o sobre materias no reguladas por la ley, no está permitida en Costa Rica. Y esa Carta no se refiere a ello.

7. Los entes menores (descentralizados) tienen potestad reglamentaria relativa a su organización y funcionamiento, acorde con el artículo 188 de la Constitución Política:

Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia administrativa y están sujetas a la ley en materia de gobierno. Sus directores responden por su gestión.

Se debe recordar que ya no existen instituciones autónomas, salvo el régimen de las universidades públicas y el propio de los entes territoriales municipales.

Con la reforma al artículo citado 188, de 1968, la "ley 4/3", las Presidencias Ejecutivas y otras más, como las de la autoridad presupuestaria, por ejemplo, la autonomía ha sido liquidada en favor de la centralización de mando en el Poder Ejecutivo. Así, el Presidencialismo se ha visto reforzado bajo el expediente ideológico de la "planificación para el desarrollo". Sin embargo, la planificación y el desarrollo en Costa Rica, siguen estando ausentes, gozando de una lamentable presencia, el aumento de la pobreza y la desarticulación en el interior de la Administración Pública.⁵²

Aquí es conveniente recordar los artículos 55, (Patronato Nacional de la Infancia), 73 (Caja Costarricense de Seguro Social) —de la CP— entre

51 Ortiz, Eduardo. *La potestad...*, pp. 175 a 177 y 190.

52 Romero Pérez, Jorge Enrique. *Descentralización administrativa* (San José: RCJ, N° 43, 1981) y los informes anuales de OFIPLAN de los últimos 10 años; también, cf. *Manual de organización administrativa* (San José: Ofiplan, 1981).

otros a la par del trabajo de Mauro Murillo la *descentralización administrativa en la Constitución Política* (Revista de la Contraloría General de la República, N° 24, 1978, San José) respecto a la polémica sobre las instituciones autónomas.

8. También, puede reglamentar sus leyes orgánicas, los entes descentralizados.

9. Las municipalidades son entes territoriales autónomos, en virtud del artículo 170 de la Carta Magna, que así lo afirma. De acuerdo con ello, tienen potestad reglamentaria de organización, de servicios y relativa a la ejecución de las leyes que las regulan.⁵³

XIV. Resumen

La potestad reglamentaria la tiene la Administración para la organización de sus despachos, la regulación interna de los servicios asignados a ella y para la ejecución de las leyes.

Se trata de una potestad de emitir normas jurídicas subordinadas a la Ley formal. Siendo, por su contenido una función legislativa (promulgar normas de derecho) a la Administración, que desempeña la función administrativa.

En la realidad, se está dando un desplazamiento del Poder Legislativo, pues, la Administración presenta una verdadera hemorragia reglamentaria. Haciendo, que —desde el ángulo cuantitativo y cualitativo— la función normativa de la Administración sea una brecha peligrosa para el mantenimiento del principio de legalidad y la preservación del Estado de derecho. Cabalmente, el expediente de las *circulares administrativas* se han constituido en una vía para deslegitimar el Estado de Derecho y la soberanía de la Ley.

XV. Bibliografía de Referencia

Alessi, Renato, *Instituciones de derecho administrativo* (Barcelona: Bosch, T. I, 1970).

Arguedas, Carlos, *La Constitución Política de Costa Rica. Anotaciones, concordancias y jurisprudencia* (San José: Ed. Costa Rica, 1979). *La iniciativa en la formación de las leyes* (San José: Iuricentro, 1978).

Dromi, José Roberto, *Instituciones de derecho administrativo* (Buenos Aires: Astrea, 1969).

Esteban, Antonio, *El derecho público subjetivo como instrumentalización técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal* (Madrid: Civitas, 1980).

53 Rojas, Otto. *El código municipal y la municipalidad autónoma. Subvenciones y la autonomía municipal* (San José: RCJ, N° 20-21, 1972, pp. 43 a 53). Romero Pérez, Jorge Enrique. *Código municipal de Costa Rica y el IFAM* (San José: IFAM, 3ª ed., 1977) y Fernández, Tomás, *Curso de derecho administrativo* (Madrid: Civitas, T. I, 1974).

- Clavero, Francisco, *La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo* (Madrid: IEP, RAP. N° 7, 1952).
- García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho administrativo* (Madrid: IEP, RAP. N° 40, 1963).
- Garrido, Fernando, *Tratado de derecho administrativo* (Madrid: IEP, Vol. I, 1970).
- González, Jesús, *Administración Pública y libertad* (México: UNAM, 1971).
- Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo* (Buenos Aires: Eds. Macchi, T. I, 1974).
- Gutiérrez, Carlos José, *La Constitución Política de Costa Rica. Concordada y con jurisprudencia* (San José: Equity, 1977). *El funcionamiento del sistema jurídico* (San José: Iuricentro, 1979).
- Hernández, Rubén, *El control de la constitucionalidad de las leyes* (San José: Iuricentro, 1978). *Las fuentes normativas* (San José: UACA, 1981). *Las libertades públicas en Costa Rica* (San José: Iuricentro, 1980).
- Jiménez, Mario, *Desarrollo constitucional de Costa Rica* (San José: Iuricentro, 1979).
- Landi, Guido; Potenza, Giuseppe, *Manuale di diritto amministrativo* (Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974).
- Martin, Mateo, *Manual derecho administrativo* (Bilbao: e. a. 1971).
- Meoño, Johnny, *Administración Pública* (San José: UCR, 1980). *Introducción a la burocracia pública* (San José: UCR, 1981).
- Mortati, Costantino, *Istituzioni di diritto pubblico* (Padova: Cedam, 1976).
- Nieto, Alejandro, *El derecho como limite al poder en la Edad Media* (Madrid: RAP, IEP, 1980).
- Ortiz, Eduardo, *Lecciones de derecho administrativo* (San José: UCR, 1973). *Propiedad, empresa e intervención* (San José: RCJ, N° 35, 1978). *Autonomía administrativa en Costa Rica* (San José: RCJ, Nos. 8 y 9, 1966). *Potestad reglamentaria en Costa Rica* (San José: RCJ, N° 16, 1969). *Los privilegios de la administración pública*, (RCJ. N° 23, 1974).
- Perdomo, Vidal, *Derecho administrativo* (Calí: Banco popular, 1978).
- Rojas, Otto, *El código municipal y la municipalidad autónoma* (San José: RCJ, N° 20-21, 1972).
- Rojas, Enrique, *El incidente de suspensión del acto administrativo en la vía judicial* (San José: Colegio de Abogados, 1983).
- Romero Pérez, Jorge Enrique, *Acto administrativo* (San José: RCJ, N° 45, 1981). *El servicio público* (San José: UCR, 4ª ed. 1983). *Notas sobre el problema de la Constitución Política* (San José: UNED, 1973, 3ª ed). *El código municipal y el IFAM* (San José: IFAM, 3ª ed. 1977).
- Sáenz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa* (Madrid: Civitas, 1976).
- Sayaguez, Enrique, *Tratado de derecho administrativo* (Montevideo: Eds. Martín Bianchi, Vol. I, 1959).
- Varas, Guillermo, *Derecho administrativo* (Santiago de Chile: Ed. Nascimento, 1948).
- Vedel, George, *Derecho administrativo* (Madrid: Aguilar, 1980).
- Villar, José Luis, *Derecho administrativo* (Madrid: Universidad complutense, 1968).
- Zanobini, Guido, *Curso de derecho administrativo* (Buenos Aires: Arayú, Vol. I, 1954).

"LA TUTELA PENAL DE LA ATMOSFERA EN LA LEGISLACION ITALIANA"

Dr. Daniel González Álvarez

Profesor de Derecho Penal
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO: Introducción. I.—*Aspectos de Derecho penal general*. A) Objeto y fundamento de la tutela penal de la atmósfera. B) El nexo de causalidad en la contaminación atmosférica proveniente de la gestión de una empresa. C) Incidencia eximente de la autorización administrativa en la contaminación atmosférica. CH) El sujeto pasivo en la contaminación atmosférica. II.—*Las hipótesis delictivas*. A) La tutela de la atmósfera en el Código Penal de 1930. B) La tutela penal de la atmósfera en la legislación "antismog" de 1966. C) La represión de la contaminación atmosférica en leyes complementarias. Bibliografía.

Introducción

Referirse a la tutela ambiental significa llamar en causa una serie de disciplinas científicas heterogéneas, como la biología, la zoología, la economía, el derecho, etc.

Aún situados en el plano estrictamente jurídico el problema conserva su aspecto multidisciplinario, puesto que implica, por ejemplo, cuestiones relacionadas con la indemnización (Derecho Civil), la regulación de los entes administrativos de vigilancia y control de la contaminación (Derecho Administrativo), la conservación y utilización de los recursos naturales (Derecho Agrario), la regulación de la actividad productiva (Derecho Comercial e Industrial), la protección de los trabajadores en actividades insalubres (Derecho Laboral), la regulación de los medios de transporte contra la contaminación (normas de tránsito aéreo y terrestre), etc.

La contaminación ambiental se presenta como la agresión de la actividad del hombre, contra el equilibrio dinámico, natural y autosuficiente del sistema ecológico.¹ Este equilibrio es atacado por formas de producción y por exigencias de consumo sobre todo, cualitativa y cuantitativamente nuevas y en constante aumento, llegando a convertir a su vez el ambiente agredido en agresor.

Ha sido ya puesto científicamente en evidencia que el nivel productivo tiene sus límites y que no podemos continuar aumentando el ritmo de consumo de los recursos naturales, de lo contrario, ello se resolverá en forma inevitable en una catástrofe ecológica no más allá de la primera década de los años dos mil.²

Nos interesa destacar la función del Derecho Penal en la protección de la atmósfera. Adelantamos, sin embargo, que esta disciplina no ofrece por sí sola una efectiva tutela (sobre todo cuando el fenómeno es irreversible), no solo porque interviene generalmente después de haberse producido la contaminación y el desgaste natural, sino también por enfrentar serias dificultades de aplicación en virtud de la colectividad del problema.

1 Cfr. DAJOZ, R. *Manuale di Ecologia*, ISEDI, Milano, 3ª ed., 1977, pp. 13 ss. y RICKLETS, R. E. *Ecologia*, Zanichelli, Bologna, 1976, pp. 13 ss.

2 A éstas y otras consideraciones llega un estudio redactado en 1972 por el "Massachusetts Institute of Technology" por encargo del grupo internacional de ecólogos "Club de Roma". Cfr. para una referencia general MANTELLINI, G. *L'inquinamento del suolo*, Como, 2ª ed., 1976, pp. 70 ss. Cfr. además, BERNARDI, L. y GERELLI, E. *Effetti economici della "crisi energetica" sulla politica ambientale*, en "Tutela Pubblica dell'ambiente", Milano, 1976, pp. 201 ss.

La experiencia ha mostrado, por otra parte, que resulta más fácil y económico para un industrial pagar una pena pecuniaria cuando contamina la atmósfera, que suspender o modificar las formas productivas adoptadas, restándole eficacia práctica a la multa penal. De éstas y otras consideraciones intuimos los límites dentro de los cuales se puede recurrir a la sanción penal y la importancia de regular la actividad preventiva.

De los tres componentes en que suele dividirse el ambiente (agua, aire y suelo) quizás la atmósfera constituye para nosotros uno de los elementos menos necesitado de tutela. Sin embargo, dado el creciente ritmo productivo, la proliferación de nuevas industrias y el nacimiento de otras fuentes de contaminación, parece oportuno observar los problemas que se enfrentan y la forma de tutela penal dispuesta por otros países que, como Italia, han ejercido alguna influencia en nuestra legislación penal.

I. Aspectos de Derecho penal general

A. Objeto y fundamento de la tutela penal de la atmósfera

Genéricamente se hace referencia a la "contaminación atmosférica" para designar la conducta que la legislación penal reprime en nuestro tema. Sin embargo, la mayoría de las veces, el objeto de la tutela penal no es constituido directamente por el aire o la atmósfera.

Desde la época del Derecho Romano, en Italia el aire es considerado como "*res nullius*" o "*res omnium communis*"; es decir, un bien no susceptible de apropiación privada con fines de lucro, pues existe en tal cantidad en la naturaleza (inagotable) que todos pueden utilizarlo para satisfacer sus necesidades. No constituyendo, entonces, un bien en sentido jurídico o una cosa entre el comercio de los hombres, resulta difícil que la legislación le otorgue alguna tutela directa.

No es sino modernamente que la doctrina italiana considera la importancia de ubicarlo como una "*res communitatis*", en cuanto se trata de un bien de uso colectivo puesto en peligro por la contaminación y sometido a constantes agresiones que disturban su normal disfrute o producen efectos dañosos a la salud del hombre, a la vida animal y vegetal, y a las cosas.³

Esta agresión proviene de muy variadas fuentes, algunas veces naturales (como la erupción de volcanes; polvos, sales y partículas cósmicas que levanta el viento; etc.), pero principalmente de actividades humanas (industrias, transporte aéreo y terrestre, incendios, uso de energía nuclear,

³ Cfr. SCARPULLA, A. y SINISCALCO, F. *L'inquinamento dell'atmosfera. Aspetti giuridici e tecnici*, en "Giurisprudenza Agraria Italiana", Roma, 1974, p. 74; AGNOLI, F.M. *Interpretazione estensiva dell'art. 635 C.P. e reati di inquinamento*, en "Giurisprudenza di Merito", Milano, 1975, II, p. 61; y PUGLIATTI, S. *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 120 s.

etc.). Baste afirmar que la agresión (contaminación) al bien jurídico individuado (atmósfera) es constituido por la presencia en el aire de productos sólidos, líquidos y gaseosos, o bien extraños a su normal composición, siempre que ellos superen un determinado nivel, capaz de influenciar desfavorablemente el bienestar de las personas, de comprometer la salud y de causar daños a la vegetación, a los animales y a las cosas, según la experiencia italiana.⁴

Como se desprende de dicha definición, tutelado y defendido es el hombre y no la atmósfera en sí misma. Es por ello que el Código Penal de 1930, aún cuando no se haya propuesto directamente tutelar la atmósfera, es aplicado en reiteradas oportunidades para reprimir conductas que se encuadran en la categoría "contaminación ambiental", siempre que éstas ocasionen una situación de peligro o de daño al hombre o a las cosas. Así observamos fundirse la tradicional tutela de la salud pública (higiénica) con la tutela ambiental (ecológica).

Sin embargo, ya en algunas figuras delictivas el objeto de tutela es el ambiente en sí mismo, dada la evolución conceptual que éste sufre en el plano jurídico.⁵

El problema, que no siempre parece resuelto, es determinar cuándo se han superado los límites de una *normal* descarga de sustancias y partículas en el aire, y cuándo esa descarga es agresiva o contaminante. En algunas hipótesis delictivas la legislación italiana lo resuelve exigiendo un determinado efecto nocivo para el hombre y las cosas; en otras, el límite de tolerancia de las emisiones es expresamente indicado por vía reglamentaria y, finalmente en otras, la legislación reserva a determinados órganos administrativos regionales la facultad de resolverlo de caso en caso, indicando parámetros generales. El común denominador de este límite es constituido por la cantidad de sustancias extrañas introducidas al aire, en un determinado período de tiempo y en una específica parte de la atmósfera.⁶

No hace muchos años la simple emisión de sustancias contaminantes en la atmósfera, proveniente de una actividad considerada normal, no constituía una conducta reprochable por la colectividad. En Italia se asiste hoy a una toma de conciencia ciudadana, que permite ubicar ese hecho como uno de los más reprochables, justificándose el recurso a la sanción penal en su aspecto retributivo, además de todas las medidas directas a prevenirlo.

⁴ Cfr. PALUMBO, A. *Inquinamento atmosferico*, en "Enciclopedia del Diritto", Milano, 1971, T. XXI, p. 676. El art. 1º de la ley "antismog" (que citamos adelante) contiene una definición restringida de contaminación atmosférica, al individualizarla como aquella que proviene solo de tres fuentes.

⁵ Por ej. la protección de las "bellezas naturales" en el art. 734 del C.P. de 1930, y nuevas figuras en la ley "Antismog" y en la reciente normativa contra la contaminación del agua y del suelo (n. 319 del 20 de mayo 1976).

⁶ Sobre los aspectos técnicos, cfr. SCARPULLA, A. y SINISCALCO, F. *Op. cit.*, pp. 72 ss.

Esa toma de conciencia se ha plasmado, a nivel *privado*, en la lucha de varios comités comunales contra específicas fuentes de contaminación; en la formación de grupos ecológicos con el objeto de proteger el ambiente por medio de acciones concretas; por el interés de la opinión pública hacia los problemas ambientales, vista su participación en debates y charlas, y por su favorable reacción ante las iniciativas de la administración pública y de la judicatura, para prevenir y reprimir la contaminación ambiental. A nivel *estatal* observamos, también, la promulgación de nuevas leyes de tutela ecológica; una mayor actividad de los órganos públicos para controlar y prevenir la contaminación; y, un nuevo orientamiento jurisprudencial que amplía la esfera de los llamados "intereses difusos de la colectividad" para tutelarlos.⁷

De todo ello surge el principio según el cual las actividades económicas (incluyendo las industriales) no deben realizarse en daño de los habitantes de un determinado ambiente, ni de la economía predominante de esos habitantes (como a la agricultura, por ej.), de un claro sustento constitucional, al estatuirse que si bien la iniciativa económica privada es libre, "no puede desenvolverse en contraste con la utilidad social o en modo de ocasionar daño a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana" (Art. 41 Constitución italiana).⁸

Este sustento constitucional se complementa con la norma referente a la tutela del paisaje (Art. 9 de la Const. it.), en cuanto adquiere relevancia el aspecto *exterior* de las emisiones de sustancias en la atmósfera, con relación al espacio y el suelo; así como también con la norma referente a la tutela de la salud (Art. 32 Const. it.), donde adquiere relevancia la naturaleza *intrínseca* de las emisiones, o sea, su aspecto nocivo y su composición.

Indudablemente todo ello hace factible y fundamenta la intervención de la tutela penal. El argumento se encuentra entre los intereses esenciales de la comunidad, justificando el recurso a la pena.

7 Cfr. sobre luchas concretas de ciudadanos contra la contaminación atmosférica, GORFER, A. y MUNARI, B. *Il libro dell'ecologia*, Trento, 1977, pp. 32 ss. Sobre la acción de grupos ecológicos no oficiales en Italia, POLO, M. *L'inquinamento: problema del secolo*, ed. Ferni, Ginevra, 1978, T. III, pp. 197 ss. Sobre la intervención de la administración pública, AMORTH, A. *Competenze legislative statali e regionali*, en "Tutela Pubblica dell'Ambiente", Quaderni ISGEA n. 3, Milano, pp. 33 ss. y SALVATORE, P. *Attribuzioni amministrative dello Stato*, idem, pp. 59 ss. Sobre la extensión jurisprudencial de la tutela de los intereses difusos, GIAMPIETRO, P. *Problemi di tutela ecologica*, en "Critica Penale", Bologna, 1977, pp. 195 ss. Finalmente, sobre algunos aspectos futuros de esta acción, BONELLI, G.B. *Progetti di legge: aspetti penalistici*, en "Tutela Pubblica dell'ambiente", cit., pp. 177 ss.

8 Cfr. ALPA, G. *Diritto alla salute e tutela del consumatore. In margine al ruolo degli artt. 32 e 41 della Costituzione nella definizione di programmi di "consumerism"*, en "Riv. Trim. di Diritto Pubblico", Roma, 1975, n. 3, pp. 1510 ss.

B. *El nexo de causalidad en la contaminación atmosférica proveniente de la gestión de una empresa.*

El principio de la personalidad de la responsabilidad penal que consagra la Constitución italiana (art. 27), impone el deber de atribuirle la conducta delictiva sólo a personas físicas, obligando, en el caso de la contaminación atmosférica proveniente de una industria (persona jurídica), a individualizar el responsable, ya que tampoco se acoge la tesis de que el propietario o propietarios responden penalmente de cualquier irregularidad a título de "culpa in vigilando".

Este problema no presenta mayor dificultad en aquellas pequeñas industrias de un único propietario ("imprenditore"), cuando éste asume la dirección técnica de la actividad productiva. De diversa naturaleza es el caso de las industrias complejas, en las cuales los dependientes asumen con cierta autonomía la responsabilidad de diversos sectores de la empresa y sobre los cuales puede recaer, también, la responsabilidad penal por determinadas conductas ilícitas (como la contaminación del aire).

Para que el propietario sea exento de responsabilidad penal por una conducta delictiva verificada en su empresa y se traslade directamente a los gestores, la jurisprudencia italiana ha precisado como necesaria la concurrencia de varios requisitos. Primero: que la responsabilidad sea conferida con los más *amplios poderes* organizativos a personas *calificadas* y técnicamente *idóneas*; segundo: que la repartición de tareas resulte en modo explícito de normas estatutarias y responda a exigencias efectivas, concretas y constantes de la empresa; tercero: que el patrono o propietario haya impartido las oportunas disposiciones para el cumplimiento de las obligaciones de ley; salvo que la empresa sea particularmente compleja, en las cuales el propietario puede conceder plena autonomía a los directores calificados, dejando a ellos el deber de impartir a los subalternos las oportunas instrucciones; y, cuarto: que el propietario haya suministrado a sus dependientes todos los medios materiales para que éstos puedan cumplir en el mejor modo las tareas asignadas.⁹

En todo caso la jurisprudencia italiana precisa que el dependiente o encargado no asume la responsabilidad penal cuando la eliminación o la prevención de la conducta contaminante escapa de su disponibilidad. Por otra parte no se descarta la incriminación de los accionistas, cuando éstos hayan rechazado una propuesta para suministrar los fondos necesarios a efecto de impedir la contaminación y el hecho se verifica con relevancia penal.¹⁰

9 Cfr. CICALA, M. *La tutela dell'ambiente nel Diritto amministrativo, penale e civile*, UTET, Torino, 1976, pp. 37 ss. Para un panoramara completo en materia de contaminación de la jurisprudencia italiana, cfr. JANNUZZI, A. (al cuidado de). *Rassegna sulla tutela penale delle acque e dell'atmosfera*, Giuffrè, Milano, 1975.

10 Idem.

Superadas estas cuestiones, debe aún ofrecerse una prueba concreta de causalidad entre la conducta realizada con la gestión industrial y el resultado previsto en la norma, sobre todo cuando el ilícito es subordinado a la existencia de un daño a la salud, a las cosas o a la vida animal y vegetal, lo que no siempre es fácil en el plano práctico.

Si un juez debe aplicar una sanción penal a un sujeto por haberse verificado el resultado previsto en la norma, debe también haber obtenido suficiente prueba que permita imputarle, a la conducta de aquel sujeto, dicho resultado. Cuando el resultado consiste en una situación de peligro o de daño para el hombre o las cosas, la obtención de aquella prueba se enfrenta a tres dificultades: a) la contaminación atmosférica generalmente es un hecho colectivo, por lo que resulta difícil señalar una sola fuente contaminante como la causa directa de concretos efectos nocivos, máxime cuando la atmósfera ya estaba contaminada; b) los resultados dañosos de la contaminación atmosférica se materializan, por lo general, después de un largo período de tiempo de la fecha en que se produjo la emisión y si ésta no es permanente es difícil, entonces, individualizar el autor de esa emisión; y, c) los efectos nocivos de la contaminación atmosférica se extienden a lugares lejanos de la fuente (muchas veces trascienden las fronteras), a lo que se agrega la incapacidad de las ciencias para precisar todos los efectos dañinos de una específica emisión contaminante.¹¹

Del nexo de causalidad que debe establecerse entre la conducta (emisiones) y el resultado previsto en la norma (daño a la salud o a las cosas), intuimos un claro límite de la eficacia práctica de la sanción penal para reprimir estas conductas.

Por otra parte, tratándose de un fenómeno colectivo, se interpone la dificultad de determinar si el agente actuó sabiendo que su conducta contaminante, en colusión (concurso) con las demás fuentes (concausas), debían producir los resultados previstos en la norma (evento), o al menos que llegó a representárselo subjetivamente, y no siempre los propietarios, encargados o administradores están en grado de saberlo. Por el contrario, a menudo ignoran los efectos que pueden producir determinadas exhalaciones de sustancias en la atmósfera, máxime cuando el efecto nocivo se produce al unirse con otras sustancias ya existentes en el aire.¹²

Por estas circunstancias observamos que en la mayoría de países, al igual que en Italia, se verifica una mayor inclinación jurisprudencial hacia las figuras culposas y se asiste a la creación de nuevas figuras delic-

tivas que no requieren un concreto *daño natural*. Sin embargo, estos problemas debe enfrentarlos la jurisprudencia para aplicar las hipótesis del Código Penal de 1930, las cuales contienen sanciones de mayor entidad que las previstas en la legislación especial contra la contaminación atmosférica, según observamos adelante.

C. Incidencia eximente de la autorización administrativa en la contaminación atmosférica

Además de presentarse como fenómeno colectivo, la contaminación atmosférica proviene generalmente de actividades calificadas como lícitas o bien sujetas a una autorización administrativa.

Cuando la emisión de sustancias en el aire es autorizada específicamente por la ley, no es posible entonces individualizar una responsabilidad penal. Ello ocurre, por ejemplo, con el uso de algunos combustibles vegetales (leña), ya que así es declarado por la legislación "antismog" italiana.

El problema surge cuando la actividad de la cual proviene la contaminación es autorizada por los órganos administrativos, caso en el que debe valorarse su relevancia eximente de la responsabilidad penal.

La jurisprudencia italiana ha precisado que la autorización administrativa, extendida para activar una industria insalubre, es condicionada—dentro de los límites de tolerabilidad— a un *ejercicio normal* de la misma y es sujeta a la adopción de "todas las medidas impuestas por la mejor experiencia y por la técnica más avanzada para evitar peligros o molestias", lo que no excluye la responsabilidad penal aún frente a una autorización administrativa.¹³

Por consiguiente, la autorización administrativa no descarta la responsabilidad de los gestores de una industria, cuando han superado los límites de tolerabilidad o bien cuando no han proveído adoptar los mecanismos depuradores para impedir la contaminación atmosférica. Para ello, la jurisprudencia italiana ha distinguido el hecho de haber sido autorizado para ejercer una actividad insalubre (por ej. una industria química), del hecho de estar facultado para emitir determinada cantidad y calidad de sustancias contaminantes en la atmósfera, en modo tal que ningún valor eximente en sentido objetivo se le atribuye a esas autorizaciones, según un orientamiento dominante.

11 Así por ej., en julio de 1976 saltó una válvula de seguridad de una fábrica química en Seveso (Italia), contaminando la atmósfera con dioxina (potentísimo cancerígeno). Aún hoy se afirma que continúa afectando con raras enfermedades a los habitantes de Seveso, Cesano, Maderno y Desio (Lombardia), mientras que la ciencia ignora todos los efectos que puede producir ese cancerígeno sobre el hombre.

12 Cfr. SGUBBI, F. *Plurisoggettività eventuale e permanenza nelle fattispecie in tema di inquinamento*, en "Rivista italiana di diritto e proced. penale", Milano, 1971, pp. 1203 ss.

13 En tales términos "Cassazione, Sez. VI - 21 feb. 1977, PATRUNO", en *Cassazione Penale, Mass. Anno*". Milano, 1978, pp. 37 y 192 ss., m. 36 y 231, con nota de GIAMPIETRO, P. *Inquinamento dell'aria da reflui industriali e causa di non punibilità, ai sensi dell'art. 25 della legge Merli*. Cfr., además, "Pretura di Alessandria, 14 ottobre 1971" en "Giurisprudenza di merito", Milano, 1977, p. 327, con nota de DI GIOVINE, G. *Getto pericoloso di cose ed inquinamento atmosferico*.

Diversa es la hipótesis en la cual se ha extendido una autorización administrativa ilegítima, donde se reconoce al Juez la posibilidad de desaplicarlo, al igual que las demás disposiciones reglamentarias de la Administración Pública contrarias a la ley. En este caso se valoran, con plena eficacia, las consecuencias penales que la actividad "autorizada" comporta.¹⁴

La autorización, sin embargo, adquiere cierta relevancia cuando el sujeto considere que su conducta (exhalación de sustancias) no producía ninguna contaminación (o daño al hombre y a las cosas) por la simple circunstancia de haber sido autorizado, influyendo sobre el elemento psicológico del ilícito.

CH. *El sujeto pasivo en la contaminación atmosférica*

La emisión de sustancias nocivas en la atmósfera afecta no sólo intereses individuales y privados de un sujeto, sino que además lesiona intereses super-individuales, no ubicables en la esfera de los derechos públicos.¹⁵

Se trata de una nueva categoría de intereses inconfundibles, de mayor difusión social, ni propiamente públicos ni propiamente individuales, que aparejan el problema de determinar quién puede representarlos, asumirlos y hacerlos valer, lo que viene resolviendo la experiencia italiana con un criterio de apertura, sobre todo respecto a la tutela del consumidor, a la de los trabajadores y a aquella ambiental.¹⁶

En efecto, de reciente se asiste a un proceso de transición entre el viejo formalismo y un nuevo orientamiento, que reconoce a ciertos grupos ecológicos¹⁷ un interés legítimo para asumir la representación, la defensa y eventualmente la indemnización ante violaciones a ésta categoría de intereses colectivos en materia ambiental. Ello obedece, también, al mutamiento de la concepción tradicional que caracterizaba los bienes ambientales como inagotables, y por consiguiente como no susceptible de apropiación particular, por una nueva fórmula: "bien colectivo" en sentido jurídico, según indicamos.

14 Cfr. JANNUZZI, A. *Tutela penale dell'ambiente contro l'inquinamento*, en "Tutela pubblica dell'ambiente", Milano, 1976, pp. 154 ss.

15 Cfr. GIANNINI, M.S. "Ambiente": *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, en "Riv. trim. di Diritto Pubblico", Roma, 1975, pp. 37 ss.

16 Cfr. ALPA, G. *Op. loc. cit.*; BRICOLA, F. *Partecipazione e giustizia penale: le azioni a tutela degli interessi collettivi*, en "La Questione Criminale", Bologna, 1976, pp. 7 ss.; SGUBBI, F. *Tutela penale di "interessi diffusi"*, idem, 1975, pp. 439 ss.; GIAMPIETRO, P. *Problemi di Tutela ecologica*, cit., pp. 197 ss.; y VARRONE, C. *Risarcimento del danno da inquinamento*, en "Tutela Pubblica dell'ambiente", cit., pp. 403 ss.

17 Para un elenco de los grupos ecológicos italianos y de sus funciones, cfr. POLO, M. *L'inquinamento: problema del secolo*, cit., T. III, pp. 219 ss.

En concreto, ya se ha reconocido a un grupo ecológico como "Italia Nostra" un legítimo interés para impugnar una decisión administrativa que ellos consideraron contraria a la conservación del ambiente; también se le ha reconocido a ciertos grupos constituirse parte civil en un proceso penal, así como instaurar un procedimiento penal cuando éste depende de la "acusación" del ofendido.¹⁸

No se trata, sin embargo, de un drástico cambio, sino de un nuevo perfil que lentamente se desarrolla y se articula, lo cual es comprensible si se observa que dichos grupos realizan una efectiva labor de tutela y conservación del ambiente. Por otra parte, como lo pone en evidencia la doctrina italiana, ha sido siempre al ciudadano a quien se le han trasladado los costos de la intervención pública para conservar la naturaleza, a causa de una contaminación realizada en beneficio generalmente de una actividad industrial privada,¹⁹ lo que requería ya una acción modificante, aunque en mínima parte.

En todo caso restas salvas las facultades de un determinado sujeto para accionar los mecanismos jurídicos respectivos, cuando adquiera un interés legítimo individual, a causa de una específica contaminación atmosférica o ambiental.

II. *Las hipótesis delictivas*

A. *La tutela de la atmósfera en el Código Penal de 1930*

Aún cuando el legislador italiano de los años 20 no pretendió tutelar la atmósfera en ninguna de las normas del Código Penal, pues la magnitud del problema en aquella fecha no era emergente, éste encuentra reiterada aplicación para reprimir conductas que, por medio de la contaminación atmosférica (y por las otras formas de contaminación del ambiente), lesionan los intereses tradicionalmente tutelados, como la salud del hombre y las cosas. La única excepción la constituye la tutela del paisaje y de las bellezas naturales (art. 734 c.p.) y la sanción establecida contra aquél que cause ruidos y sonidos disturbantes (art. 659 c.p.).

En primer término se evidencian como de más lejana aplicación los delitos *dolosos* de homicidio y lesiones, puesto que presuponen la plena conciencia del autor de emisiones nocivas y contaminantes, de la idoneidad de su conducta para producir los efectos previstos en esas normas. Mientras que por lo general, se trata de un empresario que mantiene formas de producción que le exigen expeler sustancias nocivas para la salud del hombre. Por ello las hipótesis *culposas* de lesiones y homicidio (arts. 589

18 Cfr. nota 16.

19 Cfr. GIANNINI, M.S. "Ambiente": *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, cit., pp. 39 ss.

y 590 c.p. it.) son de mayor aplicación práctica, en la experiencia italiana, al fundamentarse en la imprudencia, impericia o negligencia para prevenir los resultados dañosos de las exhalaciones.²⁰

Como los efectos de la contaminación atmosférica recaen también sobre las cosas (casas, edificios, plantaciones, etc.), encuentran aplicación los delitos de daños, tutelándose indirectamente el aire. No obstante, como observamos, se asiste a un nuevo orientamiento que ubica el aire como un bien colectivo, por lo que eventualmente puede llegarse a extender una completa tutela directa.²¹ Una primera figura (art. 635 c.p. it.) que sanciona los daños incluso con la prisión ante ciertas hipótesis agravadas, no encuentra frecuentemente aplicación práctica, dado que exige la total o parcial destrucción o inutilización de la cosa. Por ello, es de mayor incidencia la norma que sanciona "fuera de los casos previstos en el artículo 635, a quien deshonre o ensucie cosas muebles o inmuebles ajenas" (art. 639 C.P. it.). La jurisprudencia ha señalado que cualquiera puede ser el medio utilizado para producir los efectos previstos en esta última norma, bastando la simple voluntariedad en consentir el hecho, sin requerir dolo específico.²²

Si la acción ha sido cometida con pulpa, los tribunales italianos consideran aplicable, entonces, la hipótesis que sanciona a quien "tira o versa, en un lugar de tránsito público o en lugar privado pero de *uso común* o ajeno, cosas aptas para ofender o ensuciar o molestar personas, o bien, en los casos no consentidos por la ley, provoca emisiones de gas, vapores o de humo, aptos para ocasionar tales efectos" (Art. 674 C.P. it.). El término "casos no consentidos por la ley" es definido por la jurisprudencia como la no toma de medidas cautelares factibles para impedir que la exhalación de gases o polvos o humos molesten o ensucien las personas, aún cuando tuviere una autorización administrativa para realizar esas exhalaciones, o bien cuando se incumplen las prescripciones legales y administrativas.²³

Como dijimos, el artículo 734 del Código Penal recoge una tutela directa del ambiente. Esta norma sanciona a quien "mediante construcciones, demoliciones o *en cualquier otro modo*, destruye o altera las bellezas naturales de lugares sujetos a la especial protección de la autoridad". La práctica evidencia el recurso a esta norma contra el autor de exhalaciones de humo, vapor o cualquier sustancia, cuya propagación altere o impida

el libre disfrute de vistas panorámicas, paisajes y otros lugares (villas, jardines, parques, lagos, trechos de río, etc.) caracterizados por su peculiar belleza natural, siempre que así la haya declarado la Administración Pública.²⁴ En el futuro esta norma podrá ser de mayor incidencia protectora, dada la proliferación de los llamados "Oasis de Protección" o "Refugios Faunísticos", que están surgiendo en Italia como verdaderos santuarios naturales, además de los tradicionales parques forestales y reservas naturales.²⁵

Pacíficamente se afirma que una de las formas de contaminación atmosférica proviene del ruido, en cuanto es transmitido por el aire y molesta o disturba las personas. Tal hipótesis también es sancionada directamente por el Código Penal italiano (art. 659) con el arresto hasta de seis meses o con la "ammenda" (pena pecuniaria para las contravenciones) de 4.000 a 200.000 liras.

El elenco de figuras del Código Penal italiano se complementa con otras dos hipótesis delictivas, vinculadas en una u otra forma con la contaminación atmosférica, las cuales no tutelan ni la salud del hombre ni la propiedad.

En efecto, de gran trascendencia ha sido la norma que sanciona a quien "no observa una disposición legalmente emitida por la autoridad por razones de justicia o de seguridad, o de orden público o de higiene", siempre que no se configure una hipótesis más grave (art. 650 c.p. it.). Con ella se tutela el cumplimiento de las disposiciones administrativas emitidas con el objeto de conservar la atmósfera, siempre que sean sustentadas en razones de higiene pública o de seguridad.²⁶

En sentido inverso y para garantizar una efectiva acción de los órganos públicos, también se sanciona al "oficial público o encargado de un servicio público que indebidamente rechaza, omite o retarda un acto del oficio o del servicio" (art. 328 c.p. it.). Respecto a la tutela de la atmósfera, la relevancia de esta norma se ha extendido en los últimos años en virtud de las nuevas funciones obligatorias que se atribuyen a las autoridades en la legislación especial "antismog". Por otra parte, la jurisprudencia italiana considera que si bien existen funciones de carácter discrecional, ante una situación de peligro para el hombre o las cosas —como lo es la contaminación ambiental— la discrecionalidad administrativa no autoriza

20 Cfr. JANNUZZI, A. *Tutela penale dell'ambiente contro l'inquinamento*, cit., pp. 149 ss.

21 Cfr. AGNOLI, F.M. *Interpretazione estensiva dell'art. 635 C.P. e reati di inquinamento*, cit., pp. 60 ss.

22 En tales términos "Cassazione, 5 nov. 1951, PUDDA", en "*Giustizia Penale*", Roma, 1952, II, p. 344, m. 241.

23 Cfr. bibliografía y jurisprudencia citada a nota 13, y "Cassazione, Sez. VI, Ud. 27 gennaio 1975, VINCON", en "*Cassazione Penale, Mass. annot.*", 1976, p. 686, m. 818.

24 Para ello no bastan genéricas disposiciones, como la del art. 9 de la Const. it. que declara "La República... tutela el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la nación". Cfr. CICALA, M. *Op. cit.*, p. 93 s. y MORSILLO, G. *La conservazione della natura e il problema dei parchi naturali*, en "*Giurisprudenza Agraria It.*", Roma, 1974, p. 583 ss.

25 Cfr. STEFANILE, A. *I paradisi naturali*, en "*Il Mattino Illustrato*", Napoli, N° 12, 1980, pp. 44 ss.

26 Cfr. GARAVELLI, M. *Sulla sfera di applicabilità dell'art. 650 c.p.*, en "*La Giustizia Penale*", Roma, 1971, II, c. 705; e infra notas N° 33 y 41.

la inercia y, por consiguiente, aún en esta hipótesis puede aplicarse la pena prevista por omisión de actos de oficio.²⁷

B. La tutela penal de la atmósfera en la legislación "antismog" de 1966

Con la entrada en vigencia de la ley N° 615 del 13 de julio de 1966,²⁸ conocida como legislación "antismog", se extiende una tutela directa a la atmósfera en la experiencia italiana. Ella centra la atención, sobre todo, en el aspecto preventivo de las actividades contaminantes, para lo cual crea tres organismos administrativos: una "Comisión Central contra la Contaminación Atmosférica", ubicada en el Ministerio de la Sanidad, así como dos organismos periféricos, los "Comités Regionales contra la Contaminación Atmosférica" y las "Comisiones provinciales".

Las funciones de estos cuerpos son preventivas, de vigilancia y consultivas, deben actuar en estrecha relación y coordinación con los entes locales ordinarios, con el objeto de prevenir y denunciar las actividades contaminantes de la atmósfera.²⁹

Durante los años de su vigencia, esta ley ha recibido más críticas que elogios, enfrenta obstáculos que dificultan su eficacia y aún no es aplicable a todas las fuentes de contaminación, ni a todo el territorio nacional. Por ello, antes de indicar las actividades que reprime, señalaremos algunos aspectos de su campo de aplicación.

1. Esfera de aplicación de la ley:

Las fuentes de contaminación atmosférica, sobre las cuales recae la incidencia directa de la ley, son tres. Tales fuentes son constituidas por "el ejercicio de plantas térmicas, alimentadas con combustibles minerales sólidos o líquidos, a ciclo continuo u ocasional, así como (por) el ejercicio de plantas industriales y de medios motorizados, que den lugar a emisiones en la atmósfera de humos, polvos, gas y olores de cualquier tipo, aptos para alterar las normales condiciones de salubridad del aire y de constituir, por lo tanto, perjuicio directo o indirecto para la salud de los ciudadanos y daño para los bienes públicos o privados" (art. 1° de la ley "antismog").

27 Cfr. Busetto, G. y Castiglione, V. *Inquinamento delle acque e responsabilità penale di pubblici ufficiali*, en "Giurisprudenza Agraria Italiana", Roma, 1974, pp. 135 ss.; así como Cicala, M. *Op. cit.*, p. 51 y jurisprudencia allí citada.

28 Publicada en "Gazzetta Ufficiale, 13 agosto 1966, n. 201". Cfr. en general, L'Eltore. *La legge contro l'inquinamento atmosferico*, en "L'inquinamento dell'aria e delle acque", Roma, 1968, pp. ss.; así como Palumbo, A. *Inquinamento atmosferico*, cit., pp. 676 ss.

29 Cfr. Paleologo, G. *Attribuzioni amministrative dei comuni e delle province per la tutela dell'ambiente*, en "Tutela pubblica dell'ambiente", Milano, 1976, pp. 101 ss. y Canzi, C. *Compiti della provincia in materia di inquinamento atmosferico ed idrico*, idem, pp. 501 ss.

A tales efectos, dispone luego que el territorio nacional debe dividirse en dos zonas de control, denominadas zona A y zona B, en las cuales deben incluirse las comunas siguiendo un criterio principalmente demográfico y según el nivel mayor o menor de contaminación. A cada zona se le asigna una diversa gradualidad en las disposiciones que previenen la contaminación. La creación de estas dos zonas implicó un límite territorial para la normativa "antismog", al menos respecto a las industrias y a las plantas térmicas, pues el control recae sólo en aquellas que estén ubicadas en una de dichas zonas.³⁰

Además de este límite territorial, la legislación "antismog" controla, respecto a las plantas térmicas, solo aquellas que utilicen combustibles minerales (excluyendo por ej. las de leña o metano), siempre que su potencialidad sea superior de 30.000 kilocalorías por hora (arts. 8, 12 y 13).

La ley tiene vigencia en todo el territorio nacional para los vehículos motorizados, sin embargo, su aplicación es subordinada a la existencia de específicos reglamentos y ello ocurre sólo para los vehículos diesel, de modo que aún no se aplica a los de gasolina.

2. Sanciones penales por la contaminación proveniente de las industrias:

Conforme al artículo 20 de la ley "Antismog", "todos los establecimientos industriales... deben, conforme al reglamento de ejecución de la presente ley, poseer plantas, instalaciones o dispositivos tales para contener entre los más estrechos límites que el progreso de la técnica consienta, las emisiones de humos o gas polvos o exhalaciones que, además de constituir cualquier peligro para la salud pública, puedan contribuir a la contaminación atmosférica", sancionando a los infractores con la "ammenda" de cien mil a un millón de liras.³¹

En realidad, antes de poder aplicarse esta sanción, se exige agotar de un largo procedimiento administrativo donde intervienen varios órganos, con el objeto de valorar la incidencia de la contaminación atmosférica de

30 Con Decreto del Ministerio de la Sanidad del 23-11-1967 fueron incluidos diversos centros habitados en cada una de estas zonas. (D.M. public. en "Gazz. Uff. 13 dic. 1967, n. 310").

En doctrina subsisten dudas sobre la no aplicación de la normativa en todo el territorio, al observarse que ello proviene de ulteriores "aclaraciones" del Reglamento de ejecución o de evidentes lagunas reglamentarias. Cfr. Cicala, M. *Op. cit.*, pp. 216 y 224 ss.

31 La jurisprudencia italiana considera que esta figura no constituye norma especial respecto al art. 674 c.p., por tratarse de una hipótesis de peligro. Por consiguiente, ambas pueden aplicarse. Ver notas N° 13 y 23.

El sector industrial a que se refiere la legislación "antismog" es reglamentado en el Dec. del Pdesid. de la Rep. N° 322 del 15 de abril 1971, pub. en "Gazz. Uff. 9 giugno 1971, n. 145, Suppl." Cfr. además, Arduzzoni, U. *Industrie insalubri, pericolose e rumorose*, en "Enciclopedia del Diritto", Milano, 1971, T. XXI, pp. 291 ss.

una determinada industria. Una vez que se haya acreditado la contaminación atmosférica porque la industria supera "los más estrechos límites que el progreso de la técnica consiente", se le ordena modificar los sistemas depuradores, o bien adoptar otros nuevos, lo que debe cumplir en un determinado período de tiempo. Solo vencido este plazo, sin que se hubieren cumplido las ordenanzas administrativas, se aplica la sanción penal. (Art. 20 ley "antismog").

Se trata, ciertamente, de una disposición bastante discrecional para los órganos administrativos, sea cuando deben acreditar si la industria supera los límites consentidos por la técnica, así como cuando emiten las respectivas órdenes para que modifiquen los sistemas productivos. El problema reviste mayor interés bajo el aspecto penal, al no ofrecerse al ciudadano una específica guía para ajustar su conducta y al no establecerse, en concreto, a partir de qué momento la contaminación adquiere relevancia delictiva.³²

Por estas razones y dada la complejidad del procedimiento administrativo previo, los órganos públicos utilizan con mayor frecuencia una vía más rápida, emitiendo "ordenanzas urgentes", conforme los autoriza la ley ante una situación de peligro para la salud de las personas, por medio de las cuales exigen directamente a las industrias adecuar sus formas de producción en modo tal que no contaminen la atmósfera. En esta hipótesis el incumplimiento es sancionado, según observamos, por el artículo 650 del C.P. y no por el art. 20 de la ley "antismog", sin requerirse el procedimiento administrativo previo.³³

Estas sanciones, para los gestores de las industrias, se complementan con otras disposiciones penales del "Testo Unico delle Leggi Sanitarie", según observamos adelante.

3. La tutela penal atmosférica contra el funcionamiento de plantas térmicas:

Teniendo presentes las limitaciones generales y el marco de aplicación de la ley respecto a las plantas térmicas, éstas son definidas como las instalaciones en las cuales se verifica un proceso de combustión entre una

32 Cfr. PALUMBO, A. *Inquinamento atmosferico*, cit., p. 690; CICALA, M. *Op. cit.*, p. 229; y DE LISE, P. *Criteri di esercizio delle funzioni amministrative*, en "Tutela pubblica dell'ambiente", Milano, 1976, pp. 127 ss.

33 En la experiencia italiana se ha precisado que el art. 650 C.P. constituye norma especial respecto al art. 20 de la ley "antismog", ya que el primero sanciona específicamente el incumplimiento de una orden administrativa emite ante una situación de peligro para la salud de las personas; mientras que el segundo es genérico y abarca complementariamente las demás hipótesis de incumplimiento de órdenes emitidas a las industrias para impedir la contaminación atmosférica. Por consiguiente, el primero prevalece sobre el segundo. Cfr. GARAVELLI. *Sulla sfera di applicabilità dell'art. 650 c.p.*, loc. cit.; cfr. además infra nota N° 41.

o más cámaras, que estén comunicadas permanentemente con la atmósfera, sean al servicio de habitaciones domésticas o al servicio de complejos industriales.³⁴

Por consiguiente, se trata de plantas cuyo fin primario lo constituye la producción de calor, por medio de la combustión, como aquellas destinadas a la calefacción de habitaciones, al lavado de ropa y similares, a la destrucción de basura (de más de una tonelada al día), los hornos de pan y de empresas artesanales, etc. Pero se excluyen las plantas que utilizan el calor para transformaciones físicas o químicas de materias primas (operaciones industriales), para la producción de vapor destinado en modo permanente a dichas operaciones y para producir energía eléctrica.³⁵

Las conductas que la ley incrimina en este sector son de muy diversa naturaleza, pero tienen un denominador común inconfundible, constituyendo un buen ejemplo preventivo de la contaminación gracias a un inteligente recurso de la sanción penal.

En primer término es sancionado con la "ammenda" de tres mil a cincuenta mil liras, a quien conduzca una planta térmica que emita humos o sustancias contaminantes, que superen los límites de tolerabilidad establecidos en el reglamento (art. 15 de la ley).³⁶ Se trata de una de las primeras figuras delictivas que protegen directamente la atmósfera, sin requerir la existencia de un específico efecto nocivo.

La ley "antismog" también prevée varias contravenciones por uso abusivo o uso no autorizado de una planta térmica. En efecto, se exige a los propietarios o encargados someter los planos de construcción o de remodelación de la planta, a una previa aprobación por parte del "Cuerpo Provincial de Bomberos" (organismo estatal que depende del Ministerio del Interior), para que éstos verifiquen si se adoptan las necesarias precauciones contra la contaminación de la atmósfera. Quien no solicite esa aprobación es sancionado con la "ammenda" de cien mil a un millón de liras (Art. 9). Concluidas las construcciones o remodelaciones, la ley impone a los encargados dar un aviso dentro de los quince días posteriores al Cuerpo de Bomberos, para que estos últimos constaten, por medio de una visita a la planta, si se adoptaron las respectivas disposiciones. Si este aviso no se efectúa, el infractor es sancionado con la "ammenda" de diez mil a cincuenta mil liras (art. 10). Por último, si el propietario o encar-

34 Arts. 1 y 8 de la ley, y arts. 1 y 3 del reglamento, que para este sector es constituido por el D.P.R. del 22-12-1970, N° 1391, public. en "Gazz. Uff. 8 marzo 1971, n. 59".

35 Cfr. CICALA, M. *Op. cit.*, pp. 216 ss.

36 El reglamento (últimamente citado) fija tales límites siguiendo valores correspondientes al contenido de partículas sólidas, a la temperatura de las emisiones y a la concentración de sustancias en los humos emitidos, aunque el punto continúa siendo objeto de estudio. Cfr. SCARPULLA, A. y SINISCALCO, F. *L'inquinamento dell'atmosfera. Aspetti giuridici e tecnici*, cit., pp. 71 ss.

gado obtuvo la autorización previa de los planos y además dio el aviso aludido, pero pone a funcionar la planta antes de que se realizara la inspección, se sanciona con la "ammenda" de cincuenta mil a ciento cincuenta mil liras (art. 10).

Con estas figuras, las conductas incriminadas son típicamente preventivas, pues no requieren un específico daño natural, y sin embargo están en mayor capacidad de tutelar el aire previniendo cualquier contaminación.³⁷

La normativa "antismog" busca, también, obtener alguna responsabilidad del conductor de la planta para impedir la contaminación atmosférica, exigiéndole adquirir una licencia que lo declare apto para tal función cuando la planta supere una potencialidad de 200.000 kilocalorías por hora, cuyo incumplimiento lo sanciona con la ammenda de diez mil a treinta mil liras (Art. 18).³⁸

Por último la normativa prevee varias hipótesis delictivas, respecto al uso de los combustibles, cuando éstos son sujetos a la especial regulación por su capacidad contaminante, imponiendo el deber de solicitar determinados permisos a las autoridades administrativas, así como graduales restricciones vinculantes (Arts. 13 y 14).

4. La contaminación atmosférica proveniente del uso de vehículos diesel y su represión:

La ley "antismog" en el Capítulo VI prevee normas aplicables en todo el territorio italiano, para prevenir la contaminación atmosférica causada por el uso de vehículos con motor, última fuente de contaminación que individuala.

Con la entrada en vigencia del respectivo Decreto ejecutivo pudo aplicarse la sanción penal prevista contra aquel que "conduzca un vehículo con motor *diesel* emitiendo humos de opacidad superior a los valores establecidos en el reglamento" (art. 22).³⁹

En todo caso la normativa fue complementada, como indicamos adelante, también para los vehículos de gasolina.

C. La represión de la contaminación atmosférica en leyes complementarias

Proveniendo la contaminación atmosférica de muy diversas fuentes, es posible individuar además del Código Penal y de la normativa especial

37 Cfr. PALUMBO, A. *Inquinamento atmosferico*, cit., pp. 682 ss.

38 Para obtener la licencia es necesario haber superado un curso especial y obligatorio de 25 días efectivos (75 hrs. de lecciones) y los exámenes previstos. Todo ello es regulado en Decreto del Ministerio del Trabajo de 12 agosto 1968, public. en "Gazz. Uff. 27 agosto 1968, n. 217".

39 Cfr. PALUMBO, A. Op. cit., p. 690 ss.

"antismog", otras leyes que en la experiencia italiana reprimen tales conductas.

1. La legislación sanitaria y las industrias insalubres³

Hemos individuado diversas sanciones que pueden aplicarse contra las industrias que contaminan el aire. Dichas sanciones son complementadas por el "Testo Unico delle Leggi Sanitarie" (Regio Decreto 27 luglio 1934, n. 1265).

Este cuerpo legal prevee la clasificación de las industrias insalubres en dos categorías: la primera comprende aquellas que deben ser aisladas de los centros habitados por el carácter nocivo para la salud y la segunda categoría abarca aquellas industrias que, no obstante pueden instalarse en centros poblados, deben adoptar una serie de medidas preventivas.⁴⁰

La industria o manufactura, incluida en tal elenco, para poder operar debe obtener primero una autorización de los órganos administrativos regionales, los cuales pueden prohibir la activación o subordinarla a determinadas cautelas en el interés de la salud pública. Aquél que no solicite la autorización o incumpla las restricciones es sancionado con la pena pecuniaria administrativa de ocho mil a ochenta mil liras. (Art. 216 de esa ley).

También se faculta a los órganos administrativos regionales para que prescriban las normas preventivas necesarias "cuando vapores, gas u otras exhalaciones, escapes de agua, residuos sólidos o líquidos provenientes de manufacturas o fábricas, puedan resultar peligrosas o dañosas para la salud pública" (Art. 217). Su incumplimiento se sanciona, conforme al art. 106 del T.U. de la Ley Comunal y Provincial, con una pena administrativa de 200.000 liras.⁴¹

La aplicación de estas dos hipótesis ha sido controvertida, ya que en 1972 el "Consiglio di Stato" emitió un "parecer", vinculando los órganos administrativos, según el cual la disciplina especial de la ley "antismog" de 1966 prevalece sobre lo dispuesto en el art. 216 del T.U. de las Leyes Sanitarias de 1934, en lo referente a la contaminación atmos-

40 El elenco de las industrias, según el grado de insalubridad del proceso productivo, se encuentra en Decreto del Ministerio de la Sanidad del 12 de febrero 1971, publicado en "Gazz. Uff. 12 marzo 1971, n. 64". Esta clasificación es diversa de aquella prevista en la ley "antismog" (Cfr. supra nota 30).

41 La jurisprudencia italiana ha interpretado, como ya observamos (supra nota 33), que el incumplimiento de una orden administrativa emitida por razones de tutela higiénica de las personas se sanciona conforme al art. 650 c.p.; mientras que el art. 217 de las leyes sanitarias es aplicable cuando la orden es emitida por razones de higiene para las cosas, imponiéndose sólo en este caso la sanción administrativa del art. 106 del T.U. de la ley com. y prov. Cfr. además, CICALA, M. Op. cit., pp. 75 ss.

férica de las industrias. Pero aún después de tal opinión los tribunales aplican estas figuras, indicando que se trata de hipótesis de contaminación atmosférica diversas y no derogadas.⁴²

2. Figuras delictivas en el uso pacífico de energía nuclear:

Otro complejo y sobre todo peligroso problema que atenta contra la atmósfera y consecuentemente contra la salud del hombre, es constituido por el empleo pacífico de energía nuclear y materiales radioactivos.⁴³

No pretendemos más que referir dos figuras, directamente vinculadas con la contaminación del aire. En efecto, es sancionado con la "ammenda" de cien mil a dos millones de liras quien "produce, trata, manipula, utiliza, comercia, retiene o tiene en depósito sustancias radioactivas naturales o artificiales" e incumple el deber de "disponer de las medidas necesarias para que la recolección, el alejamiento, la destrucción, el tratamiento o la descarga de residuos radioactivos sólidos, líquidos o gaseosos, venga efectuado en tal modo para asegurar que no deriven peligro o daño directo o indirecto a los particulares o a la población" (art. 104 y 145 del Decreto delegado del Presidente N° 185 del 13 de febrero de 1964). Esta figura es de peligro, pues no requiere la existencia de la contaminación sino tan solo la inobservancia del deber de cuidado.

Si en las operaciones con sustancias radioactivas se verifica una contaminación del ambiente, se sanciona con la misma pena al encargado, dirigente o subalterno que no adopte "todas las medidas para eliminar el peligro de ulteriores contaminaciones y de daño a las personas" (art. 103 y 145 del citado Decreto).

Ciertamente constituye una dificultad práctica para la aplicación de estas figuras el hecho de que la técnica aún no llega a un acuerdo unánime sobre las medidas de seguridad que pueden adoptarse para prevenir la contaminación con material radioactivo o para impedir la ulterior propagación.⁴⁴

42 Fundamentalmente porque la misma ley "antismog" en el art. 20 expresa que las industrias deben continuar cumpliendo las obligaciones que para ellas derivan del art. 216 del T.U. de las leyes sanitarias. Cfr. SCARPULLA, A. y SINISCALCO, F. *Op. cit.*, pp. 77 ss. y CICALA, M., *Op. cit.*, pp. 113 ss. y 227 s.

43 Cfr. sobre los aspectos jurídicos generales NOCERA, F. *Macchine nucleari*, en "Enciclopedia del Diritto", Milano, 1975, t. XXV, pp. 105 ss. y DEL MISMO, *Materie nucleari*, idem, pp. 714 ss.

44 Para ofrecer un ilustrativo ej., el "Premio del Hablar Ambiguo" de los Estados Unidos, fue vencido en 1979 por las industrias de energía nuclear a consecuencia del incidente de "Three Mile Island". Cfr. FAZZOLARI, T. *Centrali nucleari. La disfida di Caorso*, en "L'Espresso", Roma, n. 20, 1980, p. 255 ss.

3. La prohibición de circular con vehículos de gasolina que contaminan la atmósfera:

Al adoptar Italia las reglas de homologación de vehículos recomendadas por el "Consejo de la Comunidad Europea",⁴⁵ se complementó indirectamente la tutela atmosférica contra la contaminación provocada por la combustión de vehículos de gasolina.

Esta normativa no contiene mayor relevancia penal. Sin embargo, el permiso de circulación del vehículo (diesel o gasolina) es condicionado a la adopción de ciertas cautelas para prevenir que se contamine el aire. Al no concederse o al suspenderse el permiso de circulación del vehículo por esta causa, el propietario no puede continuar utilizándolo, de lo contrario es sancionado conforme al art. 58 del "Codice della Strada", integrándose así la sanción prevista en la ley "antismog" para los vehículos diesel.

4. La represión del lanzamiento "irracional" de desechos líquidos y sólidos:

Una de las fuentes de contaminación, no menos importante que las citadas, que repercute en todos los componentes del ambiente (agua, aire, suelo), es constituida por la descarga incontrolada de basura y desechos, afectando también la atmósfera con olores nauseabundos, máxime cuando contienen sustancias nocivas y putrefactas.

Respecto a los desechos sólidos en zonas urbanas, es sancionado con penas de dos mil a ochenta mil liras quien tira basura o la deposita temporalmente en "vías públicas y plazas, en los mercados públicos cubiertos o descubiertos y en terrenos públicos o privados"; así como aquél que no respeta las reglas para conservar la basura en depósitos cerrados hasta que sea transportada.⁴⁶

Recientemente modificada, en Italia una ley especial sanciona la descarga de desechos líquidos y abarca todo el problema de la contaminación del suelo y de las aguas, previendo una gama de límites y de controles aplicables a las principales fuentes de contaminación.⁴⁷

45 Resolución N° 70.200 de 20 marzo 1970. Italia la acogió con las leyes N° 437 del 3 de junio 1971 y N° 942 del 27 dic. 1973, reglamentadas en D.M. del 5 agosto 1974.

46 Arts. 15, 17 y 46 de la ley N° 366 del 20 marzo 1941, public. en "Gazz. Uff. 23 maggio 1941, n. 120". Sobre los efectos de esta fuente de contaminación en Italia, cfr. MANTELLINI, G. *L'inquinamento del suolo*, cit., pp. 23 ss.

47 Dicha ley es la N° 319 del 10 mayo 1976, public. en "Gazz. Uff. 29 maggio 1976, N° 141" y modificaciones sucesivas. Cfr. A.A. V.V. *Prevenzione e repressione dell'inquinamento idrico nella legge 10 maggio 1976, N° 319*, "atti, Convegno di Urbino, ott-nov. 1976", Napoli, Jovene, 1977; y, GIAMPIETRO, F. y GIAMPIETRO, P. *Commento alla legge sull'inquinamento delle acque e del suolo*, Milano, 1978.

En efecto, esa ley sanciona las descargas *continuas* de *líquidos* contaminantes, con penas que incluyen el arresto hasta de dos años, cuando no estén autorizadas; cuando se incumplen las limitaciones y las regulaciones administrativas o impuestas por la ley; y, cuando sobrepasen los límites de tolerabilidad establecidos.

Es interesante destacar que conforme avanza el tiempo se observa una mayor drasticidad en las sanciones que previenen o reprimen la contaminación atmosférica, así como una mayor agresividad de los entes regionales para prevenir la contaminación y para superar las dificultades prácticas. Sin embargo, como se desprende de la mayoría de normas delictivas elencadas, ellas no impiden el verificarse de la contaminación, de ahí que deba reservárseles una función de último recurso; y, por otro lado, evidencian la necesidad de regular preventivamente la contaminación, antes de que ésta se produzca

Bibliografía

- A.A.V.V. *Prevenzione e repressione dell'inquinamento idrico nella legge 10 maggio 1976, n. 319*, Convegno "Prospettive attuali della difesa dagli inquinamenti", Jovene, Napoli, 1977.
- AGNOLI, F.M. *Interpretazione estensiva dell'art. 635 c.p. e reatti di inquinamento*, en "Giurisprudenza di Merito", Milano, 1975.
- ALPA, G. *Diritto alla salute e tutela del consumatore. In margine al ruolo degli artt. 32 e 41 della Costituzione nella definizione di programmi di "consumerism"*, en "Riv. crim. di Diritto Pubblico", Roma, 1975.
- AMORTH, A. *Competenze legislative statali e regionali*, en "Tutela Pubblica dell'ambiente", Milano, 1976.
- ARDIZZONE, U. *Industrie insalubri, pericolose e rumorose*, en "Enciclopedia del Diritto", Milano, 1971, T. XXI.
- BERNARDI, L. y GERELLI, E. *Effetti economici della "crisi energetica" sulla politica ambientale*, en "Tutela Pubblica dell'ambiente", Milano, 1976.
- BONELLI, G.B. *Progetti di legge: aspetti penalistici*, en "Tutela Pubblica dell'ambiente", Milano, 1976.
- BRICOLA, F. *Partecipazione e giustizia penale: le azioni a tutela degli interessi collettivi*, en "La Questione Criminale", Bologna, 1976.
- BUSETTO, G. y CASTIGLIONE, V. *Inquinamento delle acque e responsabilità penale di pubblici ufficiali*, en "Giurisprudenza agraria italiana", Roma, 1974.
- CANZI, C. *Compiti della provincia in materia di inquinamento atmosferico ed idrico*, en "Tutela Pubblica dell'ambiente", Milano, 1976.
- CICALA, M. *La tutela dell'ambiente nel Diritto Amministrativo, penale e civile*, UTET, Torino, 1976.

- DAJOZ, R. *Manuale di Ecologia*, ISEDI, Milano, (trad. Pratesi, P.), 3° ed., 1977.
- DE LISE, P. *Criteri di esercizio delle funzioni amministrative*, en "Tutela Pubblica dell'ambiente", Milano, 1976.
- DI GIOVINE, G. *Getto pericoloso di cose ed inquinamento atmosferico*, en "Giurisprudenza di Merito", Milano, 1977.
- FAZZOLARI, T. *Centrali nucleari. La disfida di Caorso*, en "L'Espresso", Roma, n. 20, 1980.
- GARAVELLI, M. *Sulla sfera di applicabilità dell'art. 650 c.p.*, en "La Giustizia Penale", Roma, 1971.
- GIAMPIETRO, F. y GIAMPIETRO, P. *Commento alla legge sull'inquinamento delle acque e del suolo*, Giuffré, Milano, 1978.
- GIAMPIETRO, P. *Inquinamento dell'aria da reflui industriali e causa di non punibilità, ai sensi dell'art. 25 della legge Merli*, en "Cassazione Penale, Mass. Annot.", Milano, 1978.
- GIANNINI, M.S. *"Ambiente": Saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, en "Riv. Trim. di Diritto Pubblico", Roma, 1973.
- GORFER, A. y MUNARI, B. *Il libro dell'ecologia*, Alfieri, Trento, 1977.
- JANNUZZI, A. (Al cuidado de). *Rassegna sulla tutela penale delle acque e dell'atmosfera*, Giuffré, Milano, 1975.
- JANNUZZI, A. *Tutela penale dell'ambiente contro l'inquinamento*, en "Tutela Pubblica dell'ambiente", Milano, 1976.
- L'ELTORE, G. *La legge contro l'inquinamento atmosferico*, en "L'inquinamento dell'aria e delle acque", Roma, 1968.
- MANTELLINI, G. *L'inquinamento del suolo*, Cairoli, Como, 2° ed., 1976.
- MORSILLO, G. *La conservazione della natura e il problema dei parchi naturali*, en "Giurisprudenza Agraria Italiana", Roma, 1974.
- NOCERA, F. *Macchine nucleari*, en "Enciclopedia del Diritto", Milano, T. XXV, 1975.
- NOCERA, F. *Materie nucleari*, en "Enciclopedia del Diritto", Milano, T. XXV, 1975.
- PALEOLOGO, G. *Attribuzioni amministrative dei comuni e delle province per la tutela dell'ambiente*, en "Tutela Pubblica dell'ambiente", Milano, 1976.
- PUGLIATTI, S. *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, Giuffré, 1962.
- PALUMBO, A. *Inquinamento atmosferico*, en "Enciclopedia del diritto", t. XXI, Milano, 1971.
- POLO, M. *L'inquinamento: problema del secolo*, Ferni, Ginevra, 1978.
- RICHIETS, R.E. *Ecologia*, Zanichelli, Bologna, 1976. (Trad. Alicchio, Mochi, Vanelli).
- SALVATORE, P. *Attribuzioni amministrative dello Stato*, en "Tutela Pubblica dell'ambiente", Milano, 1976.

SCARPULLA, A. y SINISCALCO, F. *L'inquinamento dell'atmosfera. Aspetti giuridici e tecnici*, en "Giurisprudenza agraria italiana", Roma, 1974.

SGUBBI, F. *Plurisoggettività eventuale e permanenza nelle fattispecie in tema di inquinamento*, en "Riv. it. di diritto e proced. penale", Milano, 1971.

SGUBBI, F. *Tutela penale di "interessi diffusi"*, en "La Questione Criminale", Bologna, 1975.

STEFANILE, A. *I paradisi naturali*, en "Il Mattino Illustrato", Napoli, n. 12, 1980.

VARRONE, G. *Risarcimento del danno da inquinamento*, en "Tutela Pubblica dell'ambiente", Milano, 1976.

LA ESTABILIDAD LABORAL EN COSTA RICA REALIDAD DEL MITO Y MITO DE LA REALIDAD

Dr. Raúl Marín Zamora
 Profesor de Derecho Laboral
 Universidad de Costa Rica

*La estabilidad laboral en Costa Rica, realidad del mito
y mito de la realidad*

1. La estabilidad como instituto laboral ha sido particularmente debatida en los últimos tiempos por la doctrina, la cual se ha ocupado de señalar diversos enfoques conceptuales, con sus correspondientes fundamentos jurídicos y juicios de valor.¹ Está fuera de los alcances del presente estudio hacer un inventario sobre los aspectos dichos y sobre sus matices, los que a veces alcanzan dimensiones escolásticas. Orientarán, en consecuencia, nuestra posición un concepto y una convicción. Adoptamos el primero del Profesor RUPRECHT: "cuando nos referimos a la estabilidad, lo hacemos en el concepto que garante al trabajador la permanencia en el empleo mientras dure su buena conducta laboral y no se dan los casos previstos en la ley para autorizar su disolución. Si a pesar de ello es despedido, tiene derecho a que se le reintegre a su puesto".² Esta noción de estabilidad, a secas, no es incompatible con la adopción, que para efectos descriptivos de nuestra realidad jurídica, hagamos de ciertos criterios de clasificación —no todos— que ha señalado la doctrina.³ La convicción la

1 Vid. PISTONE, Mateo Juan. Derecho a la Estabilidad de los Trabajadores Dependientes, Ed. Ediar S.A., Buenos Aires, 1965; DE LA FUENTE, Horacio H., Principios Jurídicos del Derecho a la Estabilidad. Víctor P. de Zavallia, editor. Buenos Aires, 1976. Sobre opiniones opuestas a la estabilidad por ser "antijurídica" y "antisocial" cfr. CAVAZOS FLORES, Baltasar, "La estabilidad en las relaciones laborales" en Revista Derecho del Trabajo. Editorial La Ley, Buenos Aires, 1962, pp. 403 y 404; además por ser "antipsicológica", vid. PISTONE, op. cit., p. 248.

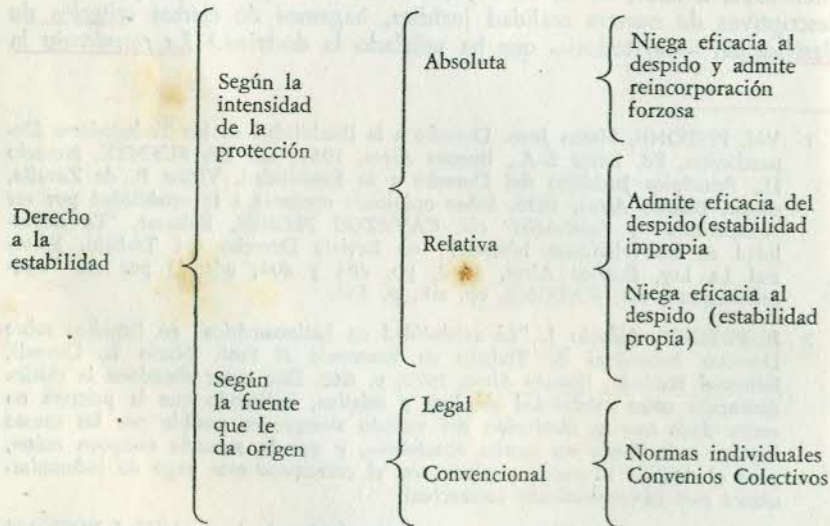
2 RUPRECHT, Alfredo J. "La estabilidad en Latinoamérica" en Estudios sobre Derecho Individual de Trabajo en homenaje al Prof. Mario L. Deveali, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1979, p. 642. Este autor abandona la clásica distinción entre estabilidad absoluta y relativa, indicando que la primera no existe dado que la disolución del vínculo siempre es posible por las causas legales —de donde no resulta absoluta—, y que la segunda tampoco existe, pues el despido se puede producir con el correspondiente pago de indemnizaciones por incumplimiento contractual.

3 Entre las varias clasificaciones que se han hecho de la estabilidad PISTONE (op. cit.) las diferencia según los siguientes criterios: "A) Por sus efectos materiales puede denominarse: DIRECTA, EFECTIVA, REAL, ESTRICTA, PROPIA, VERDADERA, PERFECTA, ABSOLUTA", en cuyo caso existe la acción de reincorporación o reinstalación en el puesto"; 2) RELATIVA, IMPROPIA, FICTICIA, INDIRECTA, IMPERFECTA" (el despido arbitrario genera únicamente indemnizaciones). "B) Por sus efectos de protección en el tiempo se denomina: 1) PROPIA, PERFECTA, ABSOLUTA; Protege toda la vida laboral del trabajador hasta conseguir otro medio de seguridad social,

A. La Constitución

compartimos con nuestro maestro el Profesor Jean-Claude JAVILLIER: "Que todo despido irregular en la forma o en el fondo debería ser nulo. Ningún argumento económico podría ocultar esta realidad fundamental; la pérdida del empleo es un acontecimiento capital para el asalariado; ella es, demasiado frecuentemente, la ocasión de medir la ausencia de dignidad reconocida a este último en su trabajo. Desde este punto de vista el derecho del despido continuará siendo un lugar privilegiado para quien quiera luchar porque real y prácticamente el trabajo no sea una mercancía".⁴

como la jubilación. 2) RELATIVA, EVENTUAL, TRANSITORIA, TEMPORAL: Protege al trabajador sólo en un periodo limitado de tiempo, que no llega a toda su vida laboral... "C) Por las fuentes generadoras del derecho: 1) LEGAL: Impuesta y garantizada como derecho por la Constitución, leyes o decretos. 2) CONVENCIONAL O CONTRACTUAL: Establecida por contrato privado o por convención colectiva. D) Por el trabajador protegido: 1) DEL TRABAJADOR PRIVADO: ... 2) DEL TRABAJADOR PUBLICO... 3) DEL DIRIGENTE GREMIAL" (como fuero de protección) "E) Por el léxico legal: 1) EXPLICITA: Se consigna expresamente en el texto de la ley el término estabilidad, con carácter de derecho subjetivo. 2) IMPLICITA: No se consigna el vocablo en la ley, pero sí sus efectos y alcances como derecho subjetivo". Los criterios que sigue DE LA FUENTE (op. cit., p. 25) son los siguientes:



4 JAVILLIER, Jean Claude, "Permanences et remises en question dans le droit du licenciement", Droit Social, número especial (La crise du droit des licenciements), París, abril 1980, p. 305. Que el trabajo no degrade a simple mercancía es un precepto propio de las corrientes filosóficas humanistas y consagrado tanto en la Declaración de Filadelfia como textualmente en el artículo 56 de nuestra Constitución Política. Sobre el derecho al trabajo como Derecho Humano vid. BLANCO QUIROS, Miguel, "Los Derechos Humanos", Revista de Ciencias Jurídicas, número 38, 1979, p. 36.

1. Sector Público
2. Dos normas constitucionales se ocupan del tema de la estabilidad en el sector público. El artículo 191 indica que la fuente que regulará las relaciones entre los servidores públicos y el Estado será un estatuto de servicio civil. El artículo siguiente únicamente permite la remoción de dichos funcionarios "por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos".

3. Este enunciado engloba el principio de la estabilidad implícita. Sus alcances han resultado polémicos: ¿Se derivan de esos artículos derechos públicos subjetivos? ¿Qué alcances tiene el concepto de Estado en la Constitución? ¿Qué debe entenderse por legislación de trabajo?

4. La respuesta al primer interrogante planteado ha sido resuelto negativamente por nuestra jurisprudencia.⁵ "Las dos disposiciones constitucionales referidas, como puede observarse, sólo aluden a la creación de un estatuto de servicio civil y a las características que lo deben informar, pero no se expresa en su contexto, ni su redacción se infiere, que el Constituyente pretendiera establecer un derecho en favor de las personas y de ahí que pudiera ser protegido por la vía del Amparo".⁶ Y agrega: "La propia naturaleza de esas disposiciones, que son de tipo programático y que tienen como destinatario el legislador para que regule la institución de Servicio Civil, impiden ver en ellos posibles derechos públicos subjetivos".⁷

5. Cuando la Administración despide a un servidor público sin indicar la causa, y sin que el mismo esté amparado al Estatuto de Servicio Civil (vid infra), o sea, sin base legal o reglamentaria, la perturbación del goce del derecho a la estabilidad es evidente. Es por ello que se pueden avanzar algunas ideas a favor del criterio de que el artículo 192 constitucional consagra un derecho público subjetivo: si la Constitución establece sólo la

5 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 43 precit; y en idéntico sentido de la resolución N° 58 de 1981.

6 cfr. La opinión del Diputado FOURNIER ACUNA, representante de la fracción proponente: "Es imprescindible decir lo esencial de la Ley del Servicio Civil, este es, que a ningún empleado se le podrá remover de su puesto, si no es por causales de despido que establece el Código de Trabajo... Se garantiza al empleado y al Estado" (subrayamos nosotros) (Acta número 167, tomo III, p. 477).

7 Actas loc. cit.

modalidad de despido punitivo y al mismo tiempo indica que las causas son las que expresa la legislación de trabajo, está dejando en manos del legislador, para que incorpore al estatuto los criterios para garantizar la eficiencia de la administración y la idoneidad de sus servidores, de modo que si tiene características programáticas se refiere a los aspectos dichos. Es decir, la norma tiene dos facetas, que implican sendas obligaciones de no hacer y de hacer, así: la obligación negativa de no despedir incausadamente se impone al Estado y es oponible por el servidor público; la obligación de hacer se impone al legislador para lograr la eficiencia administrativa, pero su carácter programático la hace inoponible frente a aquél o recurrible por vía de amparo. Luego, la existencia del estatuto y su contenido son irrelevantes en punto a la estabilidad, cuyo contenido está informado por la norma constitucional. El problema difiere si el servidor impugna la causal que originó su despido en cuyo caso debería acudir a la vía jurisdiccional respectiva (cuál? vid. infra). ¿Podría el servidor, si no tiene base legal de estabilidad explícita recurrir al artículo 192 constitucional, o debería simplemente (?) señalar los vicios del acto administrativo con total prescindencia del precepto constitucional para lograr su estabilidad, en cuyo caso —y en todos— ninguna utilidad tendría el mencionado artículo? Cuando analicemos las fuentes legales de este sector trataremos este tema.

La doctrina nacional se ha cuestionado el ámbito de aplicación del Estatuto de Servicio Civil, pues su ley de creación (Nº 1581 de 30 de mayo de 1953) limitó su radio de acción a las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores. Es evidente que el término Estado empleado por la Constitución no podría ser equivalente a Poder Ejecutivo, debiendo abarcar como mínimo los otros poderes constitucionales. El Lic. Eduardo ORTIZ ORTIZ⁸ indica que en lugar de existir un solo estatuto, cada uno de los poderes del Estado tiene el suyo propio,⁹ y a partir de este dato interroga: "Qué decir del imperativo constitucional en relación con los entes autónomos y semiautónomos del sector institucional público? El Artículo 191 se refiere al Estado como equivalente de Administración Pública, al emplear indistintamente ambos vocablos, uno para definir la materia del Estatuto y otro para definir el fin. Esta inteligencia de la norma resulta acorde con su motivación —...— y con la idea de un solo régimen para todo el sector estatal. Pareciera que sólo queda fuera de

8 "Costa Rica: Estado Social de Derecho", Revista de Ciencias Jurídicas, número 29, 1976, p. 23 y ss.

9 Aparte del Estatuto ya referido, Ley 5155 de 10 de enero de 1973, llamada Estatuto del Servicio Judicial; Ley Nº 4556 de 29 de abril de 1970, llamada Estatuto de Personal de la Asamblea Legislativa; y Ley Nº 4519 de 24 de diciembre de 1969, llamada Ley de Salarios y Régimen de Méritos del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil. Vid. ORTIZ ORTIZ, op. cit., p. 85. Para otras disposiciones afines vid. BALDI CAMACHO, Ricardo, Estatuto de Servicio Civil y otras leyes conexas. Anotado y concordado, Imprenta Nacional, San José, 1978.

dicha regulación aquellos entes públicos que, pese a ello, no son estatales...".¹⁰

El Doctor Mauro MURILLO A.¹¹ señala la imprecisión conceptual de nuestra Constitución en cuanto al término "Estado": "desgraciadamente el uso del vocablo Estado fue muy prolífero (casi 40 veces) y poco uniforme (en prácticamente todas las acepciones posibles)",¹² lo que lo lleva a decir sobre los alcances del artículo 191: "Ante semejante desorden, es imposible sostener una tesis definitiva sobre el punto cuestionado".¹³

7. Una vez hechas las consideraciones anteriores el Lic. ORTIZ agrega: que no se puede alegar que la autonomía de los entes es oponible frente a la Asamblea Legislativa cuando ésta regula "sus relaciones de empleo, con el fin de asegurar la eficiencia de la Administración y la justicia en el trato del servidor público, pues ese campo está reservado a ella por el Artículo 191...";¹⁴ y plantea un interesante problema: son inconstitucionales, entonces, las reglas dictadas para suplir la inexistencia del Estatuto del Servicio Civil, en el sector estatal o institucional que el Estado maneja? Es muy posible que ello sea así, si se atiende al carácter imperativo del precepto constitucional y a su propósito de uniformar el régimen de empleo público, pues el artículo 191 dice tajantemente que el dicho Estatuto "regulará" las relaciones de servicio o empleo público para el Estado".¹⁵

8. De todo lo anterior se colige que si bien se discute cuál debe ser el ámbito público que debe regir el Estatuto del Servicio Civil, otra pregunta se impone en lo que concierne a los servidores públicos cuya estabilidad laboral no está amparado por disposición legal (u otra no constitucional): tal situación desventajosa infrinje la igualdad ante la ley? Sobre este principio se ha dicho, en lo que nos interesa: "Desde el punto de vista del Estado, es posible afirmar que la igualdad se refiere a todas las funciones del poder público e impone el deber de imparcialidad tanto al legislador como a la Administración en el ejercicio de sus respectivas competencias, en el sentido que les prohíbe tratar situaciones diferentes en igual forma, lo mismo que tratar igualitariamente situaciones jurídicas diversas. Del principio de imparcialidad se derivan algunos otros como el

10 ORTIZ ORTIZ, op. cit., p. 86. Sobre algunos aspectos históricos vid. GUTIERREZ RODRIGUEZ, Luis E. y ZAMORA CHAVARRIA, Eugenia, "El Tribunal del Servicio Civil". Rev. Ciencias Jurídicas, Nº 43, 1981, p. 127 y ss.

11 "Sobre el empleo público en Costa Rica", en Revista de la Contraloría General de la República, Año XII, Nº 25, San José, 1978, p. 13 y ss.

12 Idem. p. 20.

13 Idem. p. 21.

14 Op. cit. p. 87.

15 Ibidem.

de igualdad de trato de la Administración Pública respecto de todos los administrados...".¹⁶

9. No habría ninguna razón, a nuestro juicio, para negar la estabilidad en el empleo a todos los servidores del Estado. La discusión sobre el ámbito de aplicación del Estatuto de Servicio Civil, y la diferencia de dos regímenes de empleo —público y privado— como no contemplados en la Constitución o en el Estatuto, son temas que no hacen a la esencia del principio de la estabilidad consagrado en la Constitución Política, en favor de todos los servidores públicos.

10. El último aspecto relativo al artículo 192 constitucional consiste en determinar qué se quiso decir cuando se indicó que las únicas causales que autorizan el despido del servidor público son las que "expresen la legislación de trabajo". Se ha apuntado que el "texto no fue muy feliz. Incurrió en el error del reglamentismo inútil";¹⁷ y que "la remisión a la legislación de trabajo" (al Código de Trabajo, en otras palabras) es improcedente, habida cuenta de que dicho cuerpo normativo regula el empleo privado, de muy variada naturaleza".¹⁸

Tal observación, en cuanto indica que la fuente tipificadora de las faltas es el Código de Trabajo (strictu sensu) y no la legislación de trabajo (latu sensu), nos parece la más acertada por tener apoyo en la intención del constituyente.¹⁹

No compartimos el criterio de que se pecó de reglamentismo, tal remisión da mayor seguridad jurídica a los servidores de esa manera, que dejando una amplia libertad al legislador para establecer las causales.²⁰

Ya establecidas las causales en el Código de Trabajo no podría temerse una reforma "in peius" por principio consustancial a esta disciplina: el contenido mínimo de las normas laborales.

11. Es oportuno señalar, aunque sea de paso, que no es pacífica en los hechos, en la doctrina, ni en la jurisprudencia, la afirmación de que exista una muy variada naturaleza entre los regímenes de empleo público y privado. El tribunal de Arbitraje del Circuito Primero de San José haciéndose eco de dicha división declaró, por mayoría, "sin lugar al pliego

16 HERNANDEZ, Rubén, "Las Libertades Públicas en Costa Rica", prólogo del Dr. Gerardo Trejos, Editorial Juricentro, San José, 1980, p. 172.

17 MURILLO, Mauro, op. cit. p. 22.

18 Ibidem.

19 Vid, nota N° 25.

20 Pese a la limitación expuesta no faltan sorpresas: en la norma general número 42 de la Ley de Presupuesto de 1982 se tipifica de manera inapelable una causal de despido...

de peticiones" (sic), en conflicto colectivo promovido por empleados, cuya mayoría estaba amparada al Estatuto del Servicio Civil.²¹

La doctrina, sobre la base de los hechos, y especialmente por la vigencia de la autonomía colectiva en el sector público, ha señalado una tendencia al acercamiento entre los dos regímenes mencionados: "En el fondo se trata de la manifestación externa de una mayor democratización en la función pública que ataca profundamente el principio autoritario. La tendencia hacia un ordenamiento unitario de las dos relaciones está inspirada en una siempre mayor protección del trabajador y la evolución de los últimos años trata de poner fin al "paternalismo de la Administración" o "dictadura estatutaria".²²

2. Sector Privado

12. La Constitución Política dispone en su artículo 63: "Los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho a una indemnización cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación". La adopción de esta norma constitucional calificada "como un principio de gran importancia para los trabajadores"²³ no provocó ningún debate que pudiera precisar sus alcances, pues se indicó que consagraba "un principio ya establecido en nuestra legislación de trabajo".²⁴

El texto de esta norma nos parece deficitario en contraste con la fuente que lo inspiró,²⁵ pues atribuye el derecho a las indemnizaciones exclusivamente para el evento de despidos sin justa causa en lugar de haber comprendido diversos supuestos, como son las causas de extinción ob-

21 Empleados del Registro General de Prendas contra el Estado. Resolución número 379 de 8 hrs, 6 de agosto, 1980, folio 61 y ss. La representante del sector obrero salvó y razonó su voto, (folios 67 y ss). El Tribunal Superior de Trabajo confirmó: N° 5025 de 13:05 hrs, 27 de octubre, 1980.

22 SALA FRANCO, Tomás, La Libertad Sindical y los empleados públicos (Un estudio del Derecho Italiano), Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1972, p. 117. Vid. en sentido semejante de FALLAS MONGE, Otto, artículos periodísticos en La Nación: "No se perjudica a los servidores públicos" (16 octubre 1979) y "Agentes estatales y relación de servicio" (23 octubre 1979).

23 Manifestación del Constituyente Luis A. Monge Alvarez, acta número 123, artículo 4, Asamblea Nacional Constituyente de 1949, Actas, Tomo III, Imprenta Nacional, San José, p. 23.

24 Hubo únicamente dos observaciones: un diputado sugirió que "el principio cabía dentro del artículo que se refiere a seguros donde se le puede dar una redacción más amplia" (Op. cit; loc. cit), mientras que otro consideró el artículo "superfluo, ya que ese principio se consigna en el Código de Trabajo sin necesidad de precepto constitucional" (ibid).

25 Recuérdese que el Código de 1943 precedió a la Constitución vigente.

jetivas de carácter extracontractual y las subjetivas involuntarias.²⁶ Los casos mencionados requerían la misma tutela que la terminación del contrato de trabajo "ad natum".²⁷

13. El seguro de desempleo, fórmula alternativa del texto constitucional, debería ser administrado por la Caja Costarricense de Seguro Social,²⁸ sin embargo, su puesta en marcha no ha sido posible hasta la fecha.²⁹

El constituyente consagró otra norma que reza: "artículo 72.—El Estado mantendrá, mientras no exista seguro de desocupación, un sistema técnico y permanente de protección a los desocupados involuntarios, y procurará la reintegración de los mismos al trabajo" (subrayados nuestros).

26 Contempladas ambas categorías en el art. 85 CT: fuerza mayor y cese de la empresa, entre las primeras; muerte del trabajador, muerte o incapacidad del patrono individual entre las segundas. (Según reforma del año 1973 también se deben indemnizaciones de terminación de contrato en caso de jubilación o pensión del trabajador).

27 "Es tradicional en el terreno doctrinal y jurídico positivo, distinguir entre despido causal y despido libre, o despido "ad nutum". Aquél requiere siempre, no sólo la alegación de una causa que se estime justa, sino también la prueba de su existencia. Este, en cambio, no precisa de justificación alguna; basta, simplemente, con la decisión unilateral del empresario para resolver el contrato". ALONSO GARCIA, Manuel, "La aproximación a un modelo democrático de relaciones laborales y el Real Decreto-ley número 17/1977, de 4 de marzo", en "Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo". Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1980, p. 70.

28 Ley Constitutiva N° 17 de 14 de noviembre de 1941, Ley N° 17 de 22 de octubre de 1943.

29 Según estudios realizados "en la actualidad no llegan a 40 los países que tienen introducida la aseguración contra el desempleo. Por lo que hace a los países en vías de desarrollo, de los 41 países africanos sólo en tres existen disposiciones relativas a prestaciones de desempleo. De los 23 países de la América Latina y el Caribe, sólo cuatro tienen sistemas de protección contra el desempleo" ("Desempleo y Seguridad Social, O.I.T., Ginebra, 1976, citado por LOPEZ-MONIS DE CAVO, Carlos, "La protección por desempleo en el sistema español de la Seguridad Social, prólogo de Borrajo Dacruz, Efrén, Colección Forum Universidad Empresa, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1978, p. 41). En lo que concierne a los denominados países en vías de desarrollo se ha indicado que la suma de desocupados o sub empleados asciende a 300 millones, (vid. "Trois cents millions de personnes sont inoccupées ou sous-employés dans le tiers-monde", Le Monde, 18 de marzo de 1975, p. 18). Sobre el drama de la juventud en América Latina se ha indicado: "Los analistas sociales ni siquiera se han puesto de acuerdo en qué consiste el concepto de juventud: Para algunos es una simple referencia socio-biológica; para otros es "un concepto sin objeto", ya que, argumentan: los "jóvenes" en América Latina se integran a las relaciones de trabajo desde los 7 años ("Es heroico ser joven en Latinoamérica?" MONTIEL, Edgar, Revista Nueva Sociedad, número 55, julio/agosto 1981. Editora Nueva Sociedad Limitada, San José, p. 65) vid; Informe final y recomendaciones sobre "Problemas socio-económicos de los jóvenes del medio rural, sobre todo en lo que respecta a la educación y el empleo", Reunión Regional sobre la Juventud en América Latina y el Caribe, Unesco, revista citada, p. 119.

Se podría decir que la Constitución presenta soluciones "en cascada": se pagarán indemnizaciones por "despidos sin justa causa"; mientras no existe seguro de desempleo, y en ausencia de éste se protegerá al desocupado involuntario y se procurará su reintegración al trabajo.

Nótese que el remedio constitucional constituirá el medio más feliz para que los patronos despidan cuándo, cómo y a quién quieran, sin asumir más responsabilidad que el pago de sus cuotas al seguro de desempleo; por su parte, el trabajador perdería expectativas de ascenso en la empresa, derechos de antigüedad, seguridad para el futuro. En última instancia, la solidaridad social se haría cargo de los abusos patronales, lo que no tiene sentido. En este orden de ideas RUPRECHT señala que "un despido injustificado siempre debe dar origen a una sanción contra el empleado, que lo aplicó, aún existiendo seguro contra el desempleo; pero, claro está, en ese caso debe ser una verdadera indemnización por daños y perjuicios, sin tomar en cuenta el aspecto previsional".^{29 bis}

14. Algunos autores apuntan que el principio de la estabilidad no debe tener sólo una acepción negativa —evitar la pérdida del empleo—, sino que tiene algunas facetas positivas, una de cuyas manifestaciones sería la siguiente: "Estabilidad en el empleo como estabilidad en el trabajo, en cuanto obligación del Estado de procurar el pleno empleo a través de los mecanismos adecuados (servicios de colocación y empleo, protección al desempleo, reconversión de industrias...)"³⁰

Habría tenido nuestro constituyente en mente esta manifestación de la estabilidad, o se limitó a enunciar lo que SALA FRANCO denomina "ideas-fuerza de carácter deformantes de la realidad jurídica y social"³¹ Que cada quien juzgue lo que se consignó en actas: "Es cierto que en caso de crisis económica será muy difícil, tanto la asistencia como la reintegración del trabajador a sus labores, pero la dificultad no es óbice para no dejar en la Constitución una fórmula general que deje constancia del interés del Estado por el problema de la desocupación".³²

29 bis Op. cit. (Nota 2) p. 650.

30 DE LA VILLA, Luis Enrique y PALOMEQUE LOPEZ, M. Carlos, "Lecciones de Derecho del Trabajo", Instituto de Estudios Laborales y Seguridad Social, Madrid, 1977, p. 795.

31 "La movilidad del personal dentro de la empresa", Madrid, 1973, citado por CAMPOS RUIZ, Luis Miguel, "Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho Español del Trabajo", Colección Tesis Doctorales, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1976, p. 71.

32 Opinión del Diputado Facio, Acta número 124, tomo III, p. 29. Precisamente un problema esencial sobre el desempleo se puede plantear en relación "Al drama del despido y de la inseguridad. Cuál es la amplitud de esta inseguridad? Cuáles son las garantías de que disponen los trabajadores? Qué se puede esperar para mañana?", (POUCHARD, Marcel, "L'emploi et ses pro-

Por otra parte, en un reciente recurso de amparo³³ se hizo la siguiente exégesis del artículo 56 constitucional, el cual dispone, en lo que interesa: "El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad... El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo". El fallo consideró que la libertad de trabajo es un derecho público subjetivo que puede ser protegido por la vía del amparo, luego agrega: "lo que pretende (el recurrente) es que se le mantenga en el desempeño de un cargo determinado, lo que no está protegido por el artículo 56 constitucional que, como se expresó, sólo garantiza a las personas el derecho de escoger el trabajo que más agrade o convenga a sus intereses y no a que el Estado le proporcione o lo mantenga en un cargo que ha venido desempeñando". (Considerando II).³⁴

5. El estrecho margen constitucional, paradójicamente orientado, al menos parcialmente, por una ley anterior, no permite hacerse, en punto a la estabilidad, una de las tantas exóticas ilusiones constitucionales como medida de terapia jurídica; al contrario, para subsanar ciertas omisiones del constituyente es necesario recurrir al "sentido diacrónico" del carácter mínimo de las normas laborales (con fundamento en nuestro caso en una ley sociológica —supraconstitucional?—), según el cual "este carácter mínimo se proyectaría a través del tiempo, de modo que, una vez establecidas determinadas condiciones, éstas se convertirían en punto de partida insoslayable para todas las normas posteriores, con independencia de su rango".³⁵

blèmes, Que sais-je?, Presses Universitaires de France, 1976, p. 6). La constante dialéctica entre los hechos y las normas nos hace pensar que a veces hace falta una cierta dosis de pragmatismo a los cultivadores del derecho, quizás no tanto como la de Tomás Gradgring —personaje literario de Charles Dickens—: "Hechos... Dadme realidades y únicamente hechos. Antes que inútiles teorías, enseñad pruebas a la juventud. No plantéis más que esta semilla y suprimid las demás. Tan sólo con el auxilio de los hechos se forma el animal racional: Lo restante nunca le será útil", ("Tiempos difíciles", Editorial Bruguera S.A., Barcelona, 1967, p. 25). He aquí algunos hechos de la realidad costarricense: Según el "Avance Metodológico, Proyecto para el mapa de la pobreza en Costa Rica" de junio de 1979, de la Oficina de Planificación, la pobreza es una realidad inobjetable... Se estima que entre un 25% y un 40% de la población actual en Costa Rica vive inmersa en esta situación." "La característica más sobresaliente y generalizada de la población pobre es la ausencia de empleo" (VALVERDE CASTILLO, Jorge y ZAMORA MATA, José Alejandro, "Apuntes sobre la pobreza en Costa Rica y el régimen no contributivo de pensiones por monto básico", Caja Costarricense de Seguro Social, septiembre, 1980, pp. 3 y 17-18).

33 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 43 de 5 de mayo de 1981.

34 El recurso había sido planteado en contra de la Ministra de Educación por un maestro de enseñanza primaria a quien no se le asignó plaza después de haber laborado ininterrumpidamente para el Estado durante cinco años. (Otra faceta de la resolución se analizará adelante).

35 CAMPS RUIZ, op. cit; p. 58.

Cerradas las puertas constitucionales de la estabilidad en el sector privado con el candado de la exégesis, tal vez éste pueda ser abierto con la llave del "uso alternativo del derecho".³⁶ Esperemos que aparezca el cerrajero;... mientras tanto, la discusión sobre cuánto pesa el alma debe diferirse hasta ponernos de acuerdo sobre su existencia.

B. Las fuentes legales

1. Sector Público

15. Con la Ley General de la Administración Pública³⁷ se plantean diversas interpretaciones en relación con los servidores públicos. Analizaremos este tema una vez que se haga una rápida referencia a las dos fuentes legales que protegen el mayor número de servidores, y que contemplan el mecanismo de la reinstalación: El Estatuto del Servicio Civil y el Código Municipal.

Estatuto de Servicio Civil.³⁸

16. El Estatuto regula en su artículo 43 el procedimiento de despido, el cual, a grandes rasgos, consiste en la elevación de la propuesta a la Dirección General de Servicio Civil, órgano que tiene básicamente potestades de instrucción, las que cumple mediante la notificación de la gestión de despido al trabajador y el otorgamiento de un plazo a éste para ejercer el derecho de oponerse y ofrecer prueba, en cuya caso se evacuará la misma, oportunidad en que pueden intervenir ambas partes. Una vez realizado lo anterior en los plazos prescritos por la ley, el expediente se eleva al Tribunal de Servicio Civil, con potestad de mandar ampliar la investigación, después de lo cual dictará el fallo correspondiente.

El Tribunal de Servicio Civil tiene facultad para apreciar si las faltas imputadas existen y tiene la gravedad suficiente para imponer el despido, o, en caso, contrario, disponer la restitución del trabajador en su puesto. El fallo puede ser apelado por ambas partes para ante el Tribunal Superior de Trabajo.

36 BARCELONA, P. y otros, "L'uso alternativo del diritto", 2 volúmenes, Ed. Laterza, Bari, 1973. Otros han hablado de un "uso evolutivo del Derecho" (ZORRILLA RUIZ, Manuel M. "Aplicación Judicial y experiencias del Derecho del Trabajo en el período de transición democrática". Instituto de Estudios Sociales, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1980, p. 14). Tal vez todo se reduzca a aceptar que "el derecho no es "un datum", sino un "quaesitum". No es algo que nos venga ya dado, sino algo que hay que buscar incesantemente. Las normas no son formulaciones de validez general, sino por decirlo así como las pistas que ha de seguir la investigación o la búsqueda". (DIEZ-PICAZO, Luis, "La interpretación de la Ley", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario Civil, Madrid, 1970, p. 717).

37 Ley N° 6227 de 2 de mayo de 1978.

38 Ley N° 1581 de 30 de mayo de 1953.

17. La reinstalación conlleva el pago de los salarios no percibidos por el servidor durante la tramitación del juicio hasta la firmeza de la sentencia.

Es potestativo del servidor renunciar, en ejecución de fallo, a la reinstalación, en cuyo caso tiene derecho a las prestaciones ordinarias (pre-aviso y auxilio de cesantía), y, agrega el artículo 44 ídem, que percibirá "a título de daños y perjuicios, . . . los salarios que habría percibido desde la terminación del contrato hasta el momento en que quede firme la sentencia". La jurisprudencia ha interpretado que debe pagarse la totalidad de los salarios de tramitación en el caso de reinstalación, pero si se renuncia a ésta señala que "los daños y perjuicios, equivalen a los sueldos que habría percibido desde la terminación del contrato, hasta el momento en que, de acuerdo con los términos legales para tramitar y resolver, haya debido quedar firme la sentencia respectiva",³⁹ (ese cálculo lo ha fijado en cuarenta y dos días de salario). No compartimos dicho criterio por las siguientes razones: en primer término, la literalidad del artículo señala dos momentos ciertos: el del despido y el de la sentencia firme, sin que permita otra interpretación; en segundo término, esos salarios que deben pagarse a título de daños y perjuicios son la consecuencia jurídica de la disponibilidad del servidor frente a la Administración, y el ejercicio del derecho resolutorio del vínculo en la ejecución del fallo no tendría efectos retroactivos; en tercer término, no habría ninguna razón para que la ley fijara los salarios caídos para quien opte reinstalarse y no para quien ejerce un derecho, si ambos deben entenderse como daños y perjuicios; finalmente, el trabajador se vería obligado a solicitar en todo caso la reinstalación para recibir todos los salarios del tiempo de la tramitación aún cuando su estado de ánimo no fuera el más apropiado para el desempleo de su cargo, lo que incidiría negativamente en la eficiencia administrativa.

Lo anterior quizá se pueda resumir así: la sentencia firme, independientemente de la opción que haga el servidor en la etapa de ejecución, tiene efectos "ex tunc" en relación a los salarios no percibidos, mientras que la renuncia a la reinstalación tiene efectos "es nunc"; pero no sobre los salarios, sino sobre la continuidad de los servicios.

*Código Municipal*⁴⁰

18. El Código Municipal, pese a algunas imprecisiones técnicas, incorpora los principios del procedimiento sancionatorio administrativo (art.

39 Esta tesis fue desarrollada por el Tribunal de Servicio Civil en resolución de 11:15 hrs. de 9 de diciembre, 1958 y ha sido confirmada por el Tribunal Superior de Trabajo y por la Sala de Casación cuando ésta ha debido pronunciarse excepcionalmente sobre el tema en casos en que las garantías del Estatuto se han incorporado a favor de servidores por vía de Convención Colectiva; así, por ejemplo, Casación número 21 de 1981.

40 Ley N° 4574 de 4 de mayo, 1970.

153): El órgano director del procedimiento es el Ejecutivo Municipal o la Oficina de Personal, pero ésta sólo en la fase instructiva.

Al servidor se le notifica por escrito "las causales respectivas" y se le concede un plazo para oponerse y ofrecer prueba, y una vez evacuadas éstas el Ejecutivo decidirá si hay mérito para despedir (y no para "decidir la sanción que corresponda, según reza el artículo). El servidor despedido puede acudir a la vía laboral formalizando su acción (y no "apelación" como la llama el Código) indicando los hechos, ofreciendo la prueba e invocando el derecho (inciso ch). Sin estos requisitos la acción es rechazada de plano (inciso d). (Es probable que el legislador haya incorporado el término "apelación" para exonerar del requisito del agotamiento de la vía administrativa).

19. Los efectos de la reinstalación dictada por el órgano judicial tiene aspectos incomprensibles jurídicamente. Los "salarios caídos para el servidor que desee reinstalarse no pueden "exceder en ningún caso de seis meses". El servidor, como en el Estatuto de Servicio Civil, puede optar en la ejecución de la sentencia a renunciar a su reinstalación, y en este caso se le cancelarán las indemnizaciones ordinarias tarifadas y "a título de daños y perjuicios, el monto de dos meses de salario" (inciso e). Más pareciera que el legislador se preocupó por establecer sanciones procesales que consecuencias jurídicas de un acto disolutivo, administrativo, viciado por inexistencia de causa. Lo procedente no era imponer una multa a título de daños y perjuicios, puesto que estos podrían ser mayores (recuérdese que la Administración es responsable por todos los daños, incluidos los morales, que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo (arts. 190 y 197 LGAP). No se ve ninguna razón para que un servidor Municipal separado injustificadamente de su cargo por el Ejecutivo tenga que resignarse al monto de los salarios caídos fijados por la ley y no pueda recuperar los montos salariales no percibidos a causa de un acto arbitrario.

20. Por otra parte, la sentencia que dicta la reinstalación anula el acto de despido, y ese fallo, de no existir el insalvable obstáculo legal, sería de una naturaleza doble: "una, declarativa, en cuanto deja sin efecto el acto del despido y cuyos efectos se retrotraen hasta la fecha del mismo acto anulado; otra, de condena, en cuanto ordena la reincorporación del cesantado".⁴¹

Se podría pensar que la denominada reinstalación en el Código Municipal, no constituye más que un derecho preferente a favor del destituido injustificadamente, para volver a ocupar el cargo del cual había sido despedido, y que mientras se tramitó el juicio no hubo continuidad laboral; o peor, que la reinstalación constituiría el inicio de los derechos de una nueva relación. Este razonamiento, ciertamente llevado al absurdo, podría ser combatido con otra tesis de igual calificativo:

41 LOPEZ, Guillermo, "La estabilidad en el derecho laboral argentino", Revista La Ley, t. 107, p. 1084 y ss, citado por DELA FUENTE, op. cit. p. 50.

hasta tanto no se dicte la nulidad de un despido se suspende la relación laboral, pero sin indemnización equivalente a los salarios dejados de percibir.

Ley General de Administración Pública

21. El concepto de servidor público que contempla la Constitución es aquel que presta sus servicios al Estado y a los entes estatales. Así lo entiende la Ley General de la Administración Pública al disponer que "Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración...", y ésta "está constituida por el Estado y los demás entes públicos..." (art. 112 y 1, respectivamente). La citada ley hace una salvedad en la calificación de servidor público pues no se consideran tales "los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común" (111.3) Los alcances de esta salvedad todavía no han sido delimitados, se discute si la norma se refiere al tipo de actividad y no a la clase de servidor,⁴² o bien, a ciertos servidores o trabajadores, no todos, que laboran en cierta actividad (empresas o servicios económicos del Estado).⁴³

22. También dispone la ley en comentario que "El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos" (112.1). Este precepto que no hace más que remitir a una fuente futura que informará el contenido de las relaciones, y que se pudo haber enunciado de modo diverso: "una ley de naturaleza administrativa regirá las relaciones..." ha dado pie para sostener que este criterio programático convirtió en estatutaria la relación, aún sin que exista estatuto,⁴⁴ o bien que se operó una "publicación" de las relaciones.⁴⁵

Ello ha llevado inexorablemente a afirmar, con base en una ortodoxa interpretación publicista, que se impone en lo sucesivo vaciar de contenido contractual dichas relaciones y proscribir desde ya los límites del "ius variandi", los derechos adquiridos, la posibilidad de firmar convenciones colectivas,^{45 bis} y la posibilidad del servidor de denunciar su vínculo hasta tanto la Administración no le acepte el ejercicio de esta libertad reconocida para el resto de los ciudadanos. En otras palabras, a un precepto legal se le está asignando una potencialidad exorbitante, pues se está

42 MURILLO, Mauro, "Régimen de Empleo en la Ley General de la Administración Pública", p. 14 y 15.

43 ODO BENITO, Elizabeth, "El régimen jurídico de los servidores públicos", Revista de la Procuraduría General de la República, número 12, Imprenta Nacional, San José, 1979, p. 13.

44 Idem, p. 14.

45 MURILLO, Mauro, artículo precit.

45 bis MARVIN ZAMORA, Raúl, "Estudio sobre la obligación que tiene el Estado y sus Instituciones de negociar y firmar convenciones colectivas". Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1979, mimeo.

presumiendo que la eventual doctrina que lo informaría tendría efectos derogatorios de libertades públicas y garantías sociales de rango constitucional.

23. El tema de las sanciones disciplinarias y del despido, que es el que aquí nos interesa, está contemplado en la LGAP. de manera un tanto confusa.

Una primera disposición de carácter imperativo cuyo incumplimiento sería inexcusable (en principio)⁴⁶ por toda la Administración, ya que se encuentra en el Libro Primero,⁴⁷ es la que dispone que "La sanción que corresponda no podrá imponerse sin formación previa de expediente, con amplia audiencia al servidor para que haga valer sus derechos y demuestre su inocencia" (213.3).⁴⁸

El Libro Segundo que se ocupa del procedimiento administrativo dispone que el Ordinario es aplicable "a los procedimientos disciplinarios cuando éstos conduzcan a la aplicación de sanciones de suspensión o destitución, o cualesquiera otras de similar gravedad" (308.2), sin embargo la misma ley excluye lo relativo a procedimiento administrativo "Lo concerniente al personal, tanto público como laboral, regulado por ley o por reglamento autónomo,..." (367, e)

El juego combinado de ambos artículos permite llegar a una primera conclusión: a pesar de que exista regulación disciplinaria en ningún caso ésta podría ser omisa en cuanto a los derechos de defensa previa y formalización de expediente. La omisión de esos derechos implicaría el incumplimiento de trámites sustanciales, capaz de producir nulidad del acto (arts. 129 y 158 ss.)? La respuesta es afirmativa, y textual cuando el sujeto pasivo sea de los contemplados en el Libro Segundo y siempre y cuando no medie urgencia: "La omisión de dichos trámites causará indefensión y la nulidad de todo lo actuado posteriormente" (219.2). Igualmente afirmativa es la respuesta en tratándose de los otros servidores públicos, pues esta norma conexa vendría a integrar la solución a la violación del principio común (10.2 y 365.3).

46 La ley permite que por razones de urgencia "para evitar daños graves a las personas o de imposible reparación en las cosas se puede prescindir de los trámites de audiencias y comparecencia (art. 219.1); no obstante, el "juez" (no indica cuál) podrá fiscalizar la materialidad de los hechos que motivan la urgencia (226.2), y si se confirmare que no hay motivo para ello se declarará la nulidad de todo lo actuado posteriormente a la omisión injustificada (219.2). Estas potestades se encuentran en el Libro Segundo, sin embargo, podrían ser aplicadas de modo genérico en situaciones de estado de necesidad, principio general de derecho; pese a ello nos resulta difícil concebir la invocación de la urgencia en materia de despido dado el cúmulo de medidas que la misma ley otorga al jerarca.

47 El artículo 365.1 dispone: "El Libro Primero se aplicará a toda la Administración, desde que entre en vigencia esta ley, siempre que esa aplicación no produzca efectos retroactivos".

48 Principio general de derecho (vid infra).

La nulidad dicha con efectos retroactivos, implica para nuestros fines la consiguiente reinstalación del servidor.

24. Otra solución nos ofrece la ley, al menos desde nuestro punto de vista, sobre la necesidad de que el despido-sanción obedezca a una causa legal (independientemente de los vicios propios del acto, que se analizarán luego), sin la cual sería procedente la reinstalación. El artículo 104.1 reza: "En silencio de la Ley, el jerarca podrá nombrar, disciplinar y remover a todos los servidores del ente, de conformidad con los artículos 191 y 192 de la Constitución Política". Si algo tiene de preciso la Constitución en los artículos citados es lo relativo a la prohibición del despido libre por parte del Estado. El Estatuto había fijado un radio de acción reducido, según lo expuesto, y la estabilidad de base legal ha tenido un marco de referencia muy estrecho.

"El silencio de la ley" en relación a la estabilidad en toda la Administración Pública ha sido notable, y a pesar de que el juzgador no ha visto en los artículos constitucionales de marras derechos públicos subjetivos, la solución no podría ser otra que el legislador remitiera a ellos por tener cierto contenido normativo, y no meramente programático, pues de otra manera estaría dejando en manos del jerarca lo que la Constitución le confió a aquél, y simplemente pudo haber indicado, entonces, que el jerarca podía despedir, en silencio de la ley, cada vez que lo quisiera, lo que carece de sentido.

Es cierto que el artículo 192 indica que la remoción de los servidores públicos puede darse además de por las causas estipuladas en la legislación de trabajo, en los casos de reducción, "ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos", y por lo tanto el pretexto de estos casos dejaría expedito el camino para despedir. No obstante, aun en esta hipótesis, el jerarca deberá motivar su decisión y al contralor judicial le correspondería apreciar los hechos a fin de evitar excesos de poder. Así, el hecho de que la Administración recurra al expediente dicho, no tiene tal entidad como para hacer inocuo el principio de la estabilidad.

Hemos reiterado que la reinstalación procede cuando está prohibido despedir sin causa, no obstante, este criterio no ha sido receptado de manera general en nuestra jurisprudencia. En un asunto resuelto en sede laboral⁴⁹ se adujeron razones contrarias a nuestro punto de vista. El Tribunal Superior de Trabajo indicó: "Lo que sí prohíbe esa Ley es que el patrono (la Asamblea Legislativa), unilateralmente, ponga término al contrato si el despido no está basado en algunas de las causales que determina el artículo 81 del citado Código (de Trabajo), de tal manera que la sentencia tiene buen fundamento en cuanto deniega la citada reinstalación"; en el mismo asunto la Sala de Casación indicó que si la ley "ha establecido un derecho y no ha indicado en forma expresa y concreta sanción correlativa al incumplimiento o a la violación del mismo, la clase de sanción

aplicable debe buscarse en las que supletoriamente señala la ley al regular lo referente a los efectos y al incumplimiento de las obligaciones", la misma Sala indica que "ni esa ley, ni ley alguna aplicable al caso —que no lo es el Estatuto de Servicio Civil, relativo a los empleados del Poder Ejecutivo— establece la readmisión del funcionario o empleado cuando ha sido despedido". (El actor ganó el juicio, por no haberse probado la falta que se le imputó, por tanto se dispuso el pago de pre-aviso y auxilio de cesantía.

25. La "garantía" que quiso establecer el constituyente se vería vaciada de contenido si la Administración, que no tiene obligación textual de reinstalar, actúa frente a sus servidores como un patrono de derecho privado, sin más consecuencias que cancelar las indemnizaciones ordinarias. Pero, si fuera cierto que el servidor público puede solicitar la nulidad por ausencia de formalidades sustanciales en el procedimiento de despido, a mayor razón debería corresponderle el derecho de anular un acto arbitrario de la Administración.

El problema, como acertadamente lo apunta DE LA FUENTE, consiste en que "toda la actuación del Estado se manifiesta por medio de actos administrativos que necesariamente deben conformarse, bajo pena de nulidad, al orden jurídico vigente. Si ilegalmente se separa a un empleado público que tiene el derecho a conservar su empleo, se ha dictado un acto ilegítimo que debe ser eliminado..."⁵⁰ LUQUI, indica: "garantizar la estabilidad de los agentes públicos no es otra cosa que reconocer la existencia de un principio fundamental en todo Estado de Derecho: la juridicidad de los actos administrativos como forma de desterrar la arbitrariedad"⁵¹ y agrega de manera inapelable: "Si el acto que dispuso la cesantía es irregular, jamás puede ser considerado como un acto del Estado, sino propio y personal del funcionario que se apartó de las prescripciones legales, y por ello faltaría la causa que justifique la indemnización por parte del Estado, frente a un acto que él mismo le desconoce su validez."⁵² DE LA FUENTE agrega con justicia y energía: "si se aceptara que la indemnización funcione como "convalidante" del acto ilegítimo, se estaría encubriendo una inmoralidad, ya que fondos públicos aparecerían financiando la arbitrariedad de ciertos funcionarios, autorizándolos de antemano a emitir actos administrativos sin otro fundamento que su capricho personal".⁵³

26. Finalmente, si se aceptare que lo que manda la Constitución es no despedir a los funcionarios públicos sin causa legal suficiente, se está

50 DE LA FUENTE, op. cit. p. 115.

51 "La estabilidad del empleo público frente a las leyes de racionalización y prescindibilidad", Revista La Ley, t. 139, p. 68, citado por DE LA FUENTE, op. cit.; p. 115. En idéntico sentido vid; PLA RODRIGUEZ, p. 17, op. cit. "Los principios del derecho del trabajo", (segunda edición actualizada) Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 17.

52 Op. cit. loc. cit.

53 Op. cit. p. 116.

49 Casación número 60, 1974.

en presencia de una ley prohibitiva, en cuyo caso la aplicación de un principio general de derecho sería de gran utilidad: "Los actos contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa" (artículo 129 Constitución Política y 10 del Código Civil).

27. A qué jurisdicción correspondería pronunciarse sobre la validez o nulidad del despido? El problema es difícil de resolver y buena prueba de ello son los diversos matices jurisprudenciales.

El origen del conflicto es la disposición de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,⁵⁴ que excluye del conocimiento de esta jurisdicción: "las cuestiones que, aunque relacionadas con actos de la Administración Pública, correspondan a la jurisdicción de trabajo".

Una inveterada práctica forense, inobjeta por la jurisprudencia, ha consistido en que los servidores públicos hacen los reclamos de indemnizaciones ordinarias por terminación de la relación de servicios ante la vía laboral. Así, el Juez de lo laboral se ha convertido en fiscalizador de la causa alegada del despido, por lo que implícitamente está pronunciándose sobre los motivos de un acto administrativo, determinando su existencia, el exceso de poder, etc.

Se ha indicado que las prestaciones ordinarias son "típicamente laborales". Sin embargo, en tratándose de la validez o nulidad del acto administrativo disolutivo se ha sostenido, por parte de algunos fallos, la tesis que es de exclusiva competencia del Juez de lo Contencioso Administrativo. Así, el Juez de lo Contencioso Administrativo, en contraste con el laboral, se convertiría en guardián de la estabilidad del servidor público y aquél en dador de indemnizaciones.

Lo que vendría a determinar la jurisdicción no sería propiamente los hechos invocados en la demanda sino las pretensiones,⁵⁵ y en este punto cuando quien juzga es el Juez laboral no puede inhibirse de pronunciarse sobre el acto administrativo, pero sus facultades estarían limitadas a condenar económicamente a la administración.

54 Ley N° 3667 de 12 de marzo, 1966.

55 La antigua Sala de Casación al resolver un conflicto de competencia originado en la demanda de un servidor que pedía nulidad del acto de despido y los salarios caídos consideró que esas pretensiones no versaban "sobre ningún derecho garantizado a los trabajadores del sector público o privado por la legislación laboral" (número 42 de 1980, Considerando II). Por su parte la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en un caso semejante, en el que si bien es cierto no se solicitaba expresamente nulidad del acto administrativo, sino reinstalación, consideró: "I. La demanda del señor..., es para que se obligue a esta Institución del Estado a reinstalarlo en el puesto del que fue separado; pero también la acción se encamina —...— a que la demandada le pague los salarios caídos que según el señor... dejó de percibir. Y en este segundo aspecto, principalmente, la cuestión aquí planteada resulta ser de la jurisdicción laboral, pues se origina en el despido del actor, es decir, en la ruptura de una relación típicamente de trabajo" (—subrayados nuestros— número 3 de 1981). El conflicto en el primer caso fue resuelto a favor de la Jurisdicción Administrativa, y en el segundo a favor de la Laboral.

La línea jurisprudencial descrita se manifiesta, en punto a la reinstalación, de la siguiente manera: "la reinstalación y el resarcimiento del daño están supeditados, exclusivamente, a que se decrete la nulidad de dicho acuerdo, y el ordenamiento jurídico laboral no consagra el principio de la reinstalación obligatoria ni otorga esa clase de compensación por la ruptura injustificada del contrato, salvo en el caso de un empleado protegido por el Estatuto de Servicio Civil..."⁵⁶

28. Se adivina un enfoque distinto en otras resoluciones, de las cuales desde luego no es posible derivar conclusiones absolutas debido a que por su propia naturaleza resuelven según las particularidades de cada caso. Así, en 1979 la antigua Sala de Casación consideró que "En los conflictos que surgen entre los servidores públicos y el Estado o la institución para la que trabajan siempre está de por medio un acto administrativo..." y agregó: "De manera que, si estuviere de por medio la validez o nulidad del acto administrativo relativo con el conflicto de que se trate, es obvio que así puede declararse la jurisdicción laboral, desde que a ella complete el conocimiento de tales asuntos".⁵⁷

29. Como se observa, el problema aún no ha sido resuelto de manera definitiva. Creemos que varios aspectos favorecerían la posibilidad de que sea la Jurisdicción de Trabajo la que conozca de las reinstalaciones no textuales de los servidores públicos.

En primer término, la conservación del empleo es un aspecto o cuestión laboral.

En segundo término, si se sostuviera que en la actualidad el derecho administrativo es aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos (art. 112.I LGAP), pero aún no se ha establecido otra jurisdicción que la dispuesta en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, o sea la laboral, correspondería a ésta pronunciarse sobre el tema dicho.

En tercer término, independientemente de la naturaleza pública o privada del patrono, el despido es un acto jurídico que debe reunir todos los requisitos impuestos por el ordenamiento. En nuestro Código de Trabajo, como se verá, priva el criterio de que el despido en el sector privado es libre e informal; no obstante, la teoría de las nulidades, como en todo el ordenamiento, tiene cabida en el Derecho del Trabajo, y la validez de todo acto jurídico depende de ella según los particulares requisitos que impongan las leyes, e incuestionablemente la nulidad tiene efectos comunes.

56 Considerando II de la competencia número 42 de 1980.

57 Considerando II de la competencia número 152 de 1979; el razonamiento es acogido por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, al menos por vía de principio, vid. competencia número 123 de 1981.

En cuarto lugar, si en términos generales en la legislación de trabajo no existe estipulada la reinstalación, tampoco el Derecho Administrativo la consagra textualmente como norma general, pero se alude a ella como consecuencia de la nulidad de los actos. Finalmente, la LGAP indica las potestades que tiene el Juez para declarar la invalidez de los actos, pero no precisa cuál Juez es el competente (art. 182) para ese fin, de donde se puede deducir, que en tratándose de materia laboral lo será el Juez de esta Jurisdicción, quien no se limitará a dictar la invalidez, sino también los efectos prácticos de la reinstalación y los salarios caídos. En este último supuesto, la competencia tendría asidero en el inciso g) del artículo 385 CT, que permite a esta jurisdicción conocer: "De todos los demás asuntos que determine la ley", en cuyo caso las normas de Derecho Público constituirían también una de las "leyes conexas" que enuncia el artículo 15 laboral

30. Se pueden también esgrimir algunos argumentos de oportunidad en favor de la Jurisdicción de Trabajo, que tienen relación con las facilidades e informalidades del procedimiento: gratuidad (no se litiga en papel sellado, art. 10; no se requiere presentar copias, art. 437; la demanda puede presentarse sin patrocinio letrado y hasta verbalmente, art. 456; no existe afianzamiento de costas, art. 487), no existe el rechazo ad portas (prevención de oficio para subsanar las omisiones de la demanda, art. 455), celeridad (los términos fijados son cortos, arts. 415 inciso c, 444, 485 y 495; existe diligencia conciliatoria, arts. 467 y 468), los testigos declaran sobre hechos generales de la demanda (art. 478).

Un solitario fallo dictado por el Juzgado Tercero de Trabajo de San José declaró la nulidad de un acto administrativo y dispuso la reinstalación de una servidora pública, sin embargo, no hubo pronunciamiento de fondo en las instancias superiores, pues se acogió la excepción de prescripción.⁵⁸

2. Sector Privado

Nuestro Código de Trabajo vigente no consagra de manera expresa el concepto de estabilidad. Una excepcional disposición, el artículo 578 inciso a) menciona de manera explícita el término "reinstalación", como potestad de los trabajadores en el supuesto del paro patronal ilícito.⁵⁹

58 Sentencia número 531 de 16 hrs. del 25 de setiembre, 1980.

59 Dicho artículo, según lo sostiene el Doctor Bernardo VAN DER LAAT E., guarda similitud con la denominada por la doctrina francesa "tesis de la opción del asalariado", "según la cual el trabajador que se ve afectado por un paro se beneficia con la opción que tradicionalmente se reconoce a las víctimas de cese de ejecución de los contratos sinalagmáticos: pedir el cumplimiento del contrato o romper éste con derecho a solicitar las indemnizaciones correspondientes. "La Huelga y el Paro en Costa Rica", Editorial Juricentro, San José 1979, p. 170. En contraste con la "reinstalación" por paro ilícito

31. Naturalmente que nuestro ordenamiento laboral consagra parcialmente el principio de la conservación del negocio, pese a las vicisitudes inherentes a la empresa y a los sujetos de la relación laboral; en otras palabras, el denominado principio de la continuidad tiene las clásicas proyecciones descritas por el ilustre autor uruguayo Américo PLA RODRIGUEZ,⁶⁰ a saber:

- "1) Preferencia por los contratos de duración indefinida". (art. 27 CT).
- "2) Amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato"; (doctrina de arts. 18 y 25 CT).
- "3) Facilidad para la mantención del contrato pese a los incumplimientos y nulidades"; (art. 11 CT).
- "5) Interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones" (arts. 30, inciso c; 73 a 80; 365, 372).
- "6) Prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador". (art. 37 CT).

32. No obstante, la cuarta proyección enunciada por dicho autor como "4) Resistencia a admitir la rescisión del contrato por la sola voluntad patronal", no tiene más consecuencia en nuestro sistema de despido libre, incausado o no punitivo, que el pago de indemnizaciones tarifadas no mayores de ocho meses de salario a razón de un mes de salario por año, o fracción no menor de seis meses, en concepto de auxilio de cesantía, más la suma sustitutiva del preaviso cuyo máximo se fija en un mes de salario, el cual se obtiene una vez transcurrido el primer año de labores.⁶¹

frustrado la suspensión de los efectos principales del contrato de trabajo) la técnica legislativa fue deficitaria cuando reguló los casos en que se requiere autorización administrativa para la suspensión de los contratos (art. 74), ya que la denegatoria de tal solicitud (por ausencia de causa o por causa no suficiente) faculta a los trabajadores a "dar por concluidos sus contratos, con responsabilidad para el patrono" (art. 75). Ante los mismos supuestos se impondría la reinstalación implícita, si es que necesidad hubiere de emplear el giro.

60 "Los Principios del Derecho del Trabajo", p. 151 y ss.

61 El 19 de setiembre de 1977 la Asamblea Legislativa aprobó elevar a doce el máximo de cuotas que debían pagarse por cesantía, el Poder Ejecutivo vetó el proyecto. El actual proyecto del Código de Trabajo fija de nueve en doce el máximo, sobre la misma base de un mes por año o por fracción no no menor de seis meses (art. 123). Se propone una ampliación del preaviso en un mes adicional después de los primeros diez años o fracción no menor de cinco años. (art. 122 inciso d).

Los problemas no derivan todos de formalismos, aún sin ellos, la existencia de tres instancias (Casación es una instancia rogada) demora inexorablemente los juicios ordinarios cuya cuantía exceda de veinte mil colones.

Por otra parte, las indemnizaciones indicadas, según jurisprudencia unánime, no devengan intereses, y los salarios que constituyen una sanción para el patrono que no pruebe la causa que invocó al momento de despedir al trabajador se han fijado en un mes, interpretando la jurisprudencia que ese es el lapso "desde la terminación del contrato hasta la fecha en que de acuerdo con los términos para tramitar y resolver, haya debido quedar firme la sentencia condenatoria en contra del patrono." (art. 82, párrafo 2). No cabe duda de que el sistema ha perdido actualidad —si alguna vez la tuvo— máxime en la actualidad con la vertiginosa pérdida del valor del dinero y las perentorias necesidades de la clase trabajadora.⁶³

Las indemnizaciones tarifadas por ley o jurisprudencia aún no han cedido para el resarcimiento del daño moral, el que a nuestro juicio tiene apoyo constitucional, legal, y en cierta jurisprudencia y doctrina.⁶⁴

62 "Dice Tribunal: Preaviso y cesantía perdieron actualidad", Periódico Excelsior, 23 de marzo, 1976. El formalismo a que se refiere este fallo consistió en la imposibilidad que tuvo el trabajador de probar el hecho de haber sido despedido; sin embargo, a veces la lentitud de los procesos laborales se debe a la no aplicación del principio "reus in exceptionibus", según el cual es al patrono a quien incumbe probar la causa del despido.

63 Los intereses que paga en la actualidad el Sistema Bancario Nacional son del orden del 24.5% anual, lo que indica que el capital se duplica en prácticamente cuatro años ($1 = 0.24 \times 4 = 0.98$); por su parte el índice inflacionario acusa un ascenso notable. Así, si un juicio demorare cuatro años y al cabo de los cuales resulta favorable para el trabajador, importaría poco que el patrono prácticamente no devuelva más que los intereses de la suma debida, lo más grave es que el trabajador recibe una suma cuyo favor adquisitivo es ínfimo. Si a ello agregamos los gastos en que incurre la Administración de Justicia, el resultado no puede ser menos que lamentable. Los resultados no dejan de ser dramáticos aunque el juicio demore en todas sus instancias un lapso menor. Las anteriores no son más que premisas y sugerencias para un estudio estadístico y económico a fin de medir ya no el problema —que existe— sino su magnitud. (Sugerencia para el título del estudio: "quién paga en Costa Rica las ejecuciones de sentencias laborales?, costo social y retribución económica".)

64 Artículo 41 constitucional, 15 laboral y Casación N° 7 de 1970, en relación con resolución número 3139 del Tribunal Superior Contencioso Administrativo de 1968 confirmada por Casación. La doctrina se ha venido ocupando en los últimos tiempos del daño moral en el campo laboral, vid., entre otros, VASQUEZ VIALARD, Antonio, "Despido abusivo", en "Estudios sobre...", (nota 2), p. 731 y ss., en la Revista "Derecho del Trabajo" (ediciones La Ley, Buenos Aires) se puede consultar: FANJUL, Aurelio, "El daño moral en el contrato de trabajo", número 3, 1981, p. 213 y ss; y DE LA FUENTE, Horacio, con el mismo título, número 9, 1981, p. 1161 y ss.

X 34. Nuestro sistema de despido no consagra en términos generales ninguna exigencia formal para su validez.

El despido puede carecer de comunicación escrita, en la que consten los hechos que lo motiven y el señalamiento de la fecha de inicio del mismo, lo que revela una franca desventaja para el trabajador,⁶⁵ que se

65 El artículo 35 CT prescribe que el patrono en los casos de expiración de todo contrato de trabajo, "deberá darle un certificado" al trabajador que se lo solicite en el que se expresará: "d) Las causas del retiro o de la cesación del contrato". Esta norma no señala la correspondiente sanción al incumplimiento de ese deber. En nuestro criterio, la negativa comprobada de entregar dicho certificado debería convertir el despido en injustificado. Ello por dos razones: Tal comportamiento viola una "obligación absoluta" que impone el artículo 70 a los patronos: "i) Ejecutar cualquier acto que restrinja los derechos que el trabajador tiene conforme a la ley." El espíritu de esta disposición entraña, a nuestro juicio, lesión por acción u omisión. Por otra parte, se lesiona la buena fe (art. 19 CT) cuya vigencia supera la duración de servicios, según lo ha indicado la jurisprudencia argentina: "La buena fe debe presidir toda la relación contractual, no sólo en su celebración e interpretación sino también en la etapa de su cumplimiento y hasta en la de su disolución. Buena fe cuyos límites no pueden excederse" citada por CAPON FILAS, Rodolfo E: "El abuso de derecho en relación al contrato de trabajo" en "Estudios sobre Derecho Individual de Trabajo en homenaje al Prof. Mario L. Deveali", p. 772.

El proyecto de Código de Trabajo (art. 131) impone la obligación de la entrega de la carta de despido, y señala: "La omisión del patrono en el cumplimiento de la anterior obligación hará presumir la inexistencia de la causa". (subrayado nuestro) ¿Es esta una presunción "iure et de iure" o iuris tantum? Creemos que no debe soportar prueba en contrario, pues de lo contrario se estaría invocando, con otras palabras, el precepto "reus in exceptionibus" (principio procesal universal). La solución planteada, que vale "mutatis mutandis" con el actual ordenamiento, según lo ya indicado, ha tenido un amplio desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinario en otros países. Así, por ejemplo, la Ley mexicana prescribe: "El patrono deberá dar al trabajador aviso escrito de la fecha y causa o causas de la rescisión", Mario DE LA CUEVA, ilustre y recordado autor mexicano, señala al comentar esta disposición: "La finalidad de este precepto es doble: por una parte, la existencia de una constancia auténtica de despido; y por otra, que el trabajador tenga conocimiento de la causa o causas que podrá aducir el patrono para justificarlo, lo cual, además, le permitirá preparar su contra-defensa. Claro está que el patrono puede despedir y no entregar la constancia, pero si así ocurren los hechos, no podrá alegar en su defensa ninguna causa justificada de rescisión, lo que dará por resultado que una vez comprobado el hecho del despido, debe decretarse la reinstalación o el pago de la indemnización procedente, a elección del trabajador." "El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo (Historia, principios fundamentales, Derecho Individual y trabajos especiales)", tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1975, p. 253). En España, el recientemente promulgado Estatuto de los Trabajadores (1980), dispone en su artículo 55.1 "el despido... deberá ser notificado por escrito, en el que han de figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto" el profesor ALONSO OLEA, Manuel comenta que la forma que exige la ley es "integrativa" o "ad solemnitatem" en virtud de que su incumplimiento hará nulo el despido (Derecho del Trabajo, sexta edición, renovada, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid 1980, p. 312); sobre el tema de la invocación de los hechos que motivan

traduce en un contrasentido procesal: El trabajador despedido sin invocación de causa que se ve obligado a iniciar las acciones indemnizatorias goza de dos meses a partir de la fecha del despido para presentar el reclamo (art. 604 C.T.), como no tiene certeza de la causa que se le imputa, o bien supone la inexistencia de la misma, se ve obligado simplemente a indicar que fue despedido injustamente. En la contestación negativa de la demanda el patrono invocará la causal.⁶⁶ A partir de este momento el trabajador queda notificado del motivo del despido —consustancial con la excepción de falta de derecho que lo acompaña— y tendrá la posibilidad de combatir la excepción y presentar prueba para ello dentro de los tres

el despido precisa: "la finalidad básica de la carta es que el trabajador tenga un conocimiento claro e inequívoco de por qué se le despide; este fin se conseguirá adecuadamente mediante la descripción de los incumplimientos en virtud de los cuales se despide; difícilmente mediante la cita simple de la causa del art. 54.2 en que el empresario basa su decisión; óptimamente mediante la constancia en la carta tanto de los hechos como del derecho. Por lo que debe velar el Magistrado de Trabajo es porque no se produzca en el ánimo del trabajador ninguna confusión ni equívoco, ni menos que de éste derive indefensión en el ejercicio de sus acciones impugnatorias del despido..." (op. cit. p. 314). En Argentina también se exige la comunicación escrita en la que deben constar los hechos que la motivan, y al respecto la jurisprudencia de ese país tiene dicho: "Si al notificar el despido se omitió indicar la causa, no corresponde invocarla con posterioridad" (vid. KROTOSCHIN RATTI, "Código de Trabajo Anotado", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 218). En Perú, la denominada Ley de Estabilidad Laboral (Decreto Ley 22.126 de 1979) establece también la obligación de continente (comunicación escrita) y de contenido (indicación precisa de la causal), (vid. PALMA MARTINEZ, Jorge, "Ley de estabilidad laboral", segunda edición, Imprenta Cádiz, Ltda, Lima 1979; PALOMINO R, Teodosio A., "Estabilidad Laboral y Automación", impreso en Lima, 1ª edición, 1972, s.e. especialmente pp. 82-83 que analiza el mismo principio en una ley peruana anterior). En Francia la Ley N° 73-680 (13 de julio de 1973) dispone varias condiciones de forma para el procedimiento de despido: tentativa previa de conciliación, notificación del despido y motivación del despido, sobre este último aspecto, que es el que aquí nos interesa, la ley dispone la obligación del empleador, cuando el trabajador lo solicite, de enunciar las causas reales y serias del despido (art. L. 122-14-2), si la respuesta no se produce dentro de los plazos y formas prescritas existe la presunción irrefragable de ausencia de causa de despido. (Vid. JAVILLIER, Jean Claude, "Droit du Travail", Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, segunda edición, París, 1981, p. 303 y ss).

66 El Doctor Carlos CARRO ZUÑIGA ha desarrollado en su libro "Derecho del Trabajo Costarricense" (Ediciones Juricentro, San José 1978) el tema de las causales de despido con gran amplitud. En nuestro ordenamiento (art. 81 CT) se han establecido diversas causales de despido, todas menos una describen conductas precisas, sujetas, según los casos, a modo, lugar, sujeto pasivo y condiciones. La última constituye lo que llamaríamos un "tipo abierto", pues dispone que se puede despedir: "(L) Cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato." "Merced a esto, señala el Doctor CARRO, precisamente, nuestros tribunales han podido elaborar una jurisprudencia sólida en principios y rica en matices en lo que atañe a significación y alcances de lo que realmente debe entenderse, a tenor de lo dispuesto por esa norma, por "falta grave", campo en el que han gozado de una holgada libertad estimativa..." (p. 22)

días en audiencia dictada al efecto (art. 463 CT). Lo anterior significa, ni más ni menos, que el trabajador goza del plazo perentorio, cuando se presenta la circunstancia descrita, o sea, en la gran generalidad de los casos, de tres días para combatir la causa; ello abonado a la circunstancia de su desvinculación de la empresa lo coloca en una frágil y desequilibrada posición procesal de defensa.

35. Un sui géneris problema se presenta en nuestro país en relación con las garantías de la defensa, que según cierta doctrina constituye un principio general del Derecho del Trabajo.⁶⁷

X El artículo 68 CT prescribe cuál debe ser el contenido mínimo del reglamento interior de trabajo, y en su inciso e) dispone, en lo que nos interesa, que se deben incorporar "las disposiciones disciplinarias y formas de aplicarlas. Es entendido que... y que la suspensión del trabajo, sin goce de sueldo, no podrá decretarse por más de ocho días ni antes de haber oído al interesado y a los compañeros que éste indique"; (subrayados nuestros).

Esta garantía presenta una paradoja: no es compatible que se otorgue para la menor sanción y no para la máxima. Algunas ideas sobre la base de que "adonde exista la misma razón debe existir la misma disposición", se pueden sugerir a partir de ese dato:

i. Si el legislador impuso la garantía de defensa para sanciones disciplinarias que no fueran el despido, lo hizo presumiendo que éste no podría darse sin aquélla. En otras palabras, estimó oportuno, para que no se presentara duda, consagrar que aún para las sanciones menores el trabajador tenía derecho a la defensa previa, en cuyo caso dejaba implícita esta obligación para el despido. En síntesis: quien puede lo más (defenderse hasta de una suspensión disciplinaria), puede lo menos (defenderse previamente frente al despido).

ii. Nótese que lo anterior no sería óbice para despedir, pero este despido ilegal se convertiría en injusto y por tanto indemnizable, a tenor de los artículos 28 (derecho de rescisión incausado para ambas partes con la consiguiente compensación en dinero del período de pre-aviso), 29 (percepción del auxilio de cesantía), 31 (semejante derecho pero con

67 BRUN, André y GALLAND, Henri, "Droit du Travail", Tomo I, (Les rapports individuels de travail), Ed. Sirey, II edición, París, 1978, p. 42. Nuestra Sala de Casación derivó de nuestra Constitución Política y de la doctrina que la informa este principio general aplicable, aún sin norma expresa, en los procedimientos administrativos de destitución (N° 110 de 10 hrs, 17 noviembre, 1978). La L.G.A.P. lo consagra en sus artículos 211.3, 308-2 y concordantes en relación de los despidos. Vid. BURGOA, Ignacio, "Las Garantías Individuales", Editorial Porrúa, décimotercera edición, México, 1980, p. 565. GORDILLO, Agustín, "Procedimientos y recursos administrativos", Ed. Macchi 2ª edición, Buenos Aires, p. 72 y ss. HERNANDEZ, Rubén, op. cit. p. 52 y s.

pago de daños y perjuicios causados), 81 (norma medular que tipifica las causas de despido). El artículo que mayor resistencia ofrece es el 82, cuyo último párrafo prescribe literalmente, (con excepción de los paréntesis y subrayados, que son nuestros), "Siempre que el trabajador entable juicio para obtener las prestaciones de que habla este artículo (pre-aviso, auxilio de cesantía) y el patrono pruebe la justa causa en que se fundó el despido y la circunstancia de haber notificado ésta por escrito en el momento de despedirlo, los Tribunales de Trabajo condenarán al primero a pagar ambas costas del litigio y le impondrán en la misma sentencia, como corrección disciplinaria, una multa..." Una interpretación diría que la notificación del despido no es obligatoria, que se incorporó en el texto simplemente para evitar demandas temerarias, lo que no excluye la prueba de la causal no notificada, ni dice nada a favor del derecho a la defensa (tesis jurisprudencial). La interpretación en contrario entiende que la notificación debe darse en todo caso, y que ella comporta, y está precedida, de la garantía de defensa. Esta tesis se apoya en una interpretación auténtica del texto del dictamen que rindió la respectiva Comisión Especial del Congreso sobre el Proyecto de Código de Trabajo: "También adicionamos el citado artículo con un párrafo cuarto, que sanciona con eficacia al trabajador que reclama injustamente contra el patrono que lo despidió EN FORMA y por causas legales" (mayúsculas nuestras).⁶⁸ También tiene apoyo en el ya citado inciso e) del artículo 68, en cuanto dispone que el reglamento interno de trabajo debe contener: "Las disposiciones disciplinarias y formas de aplicarlas...", en cuyo caso la pluralidad del texto abarca al despido.

En conclusión, si estas rápidas ideas permitieran al menos escuchar el eco del principio "in dubio pro operario", o bien el de la norma más favorable; o mejor aún, la consolidación de un principio general latente del Derecho del Trabajo costarricense, la justicia se enriquecería.⁶⁹

68 Ninguna interferencia a los anteriores planteamientos ofrece el párrafo segundo del artículo 82, según el cual: "Si con posterioridad al despido surriere contención y no se comprobare la causa del mismo..."

69 Vid. LYON-CAEN, "Les principes généraux du Droit du travail" en "Etudes offertes a G. H. Camerlynck, Tendances du Droit du travail française contemporaine", ed. Dalloz, 1978, 35 y ss. La exigencia de ciertas formalidades es una tendencia jurisprudencia en materia de conflictos colectivos de carácter económico social, en 1972 el Tribunal Superior de Trabajo declaró: "Las cuestiones relativas al procedimiento a seguir para el nombramiento de delegados de los trabajadores y al modo en que ha de suscribirse el pliego de peticiones... son puntos relativos a meras formalidades que, a juicio del Tribunal, no afectan la validez de los procedimientos" (resolución de 10 hrs. de 23 de agosto, 1972); en 1975 exigió el requisito de la autenticación de las firmas de dichos pliegos (resolución de las 14 hrs. de 17 de setiembre); en 1981 estimó que un poder otorgado "para todos los fines concernientes a la solución del conflicto" en un servicio público no alcanzaba la etapa arbitral, pues "de haber sido esa la intención de los trabajadores, debieron consignarlo expresamente en el instrumento o acta respectiva", para sostener su criterio el Tribunal se remitió a las leyes sustantivas del contrato de

Es probable, también, que la garantía de defensa sea un principio cristiano de justicia social y por ende aplicable en nuestra materia según lo disponen los artículos 74 constitucional y I laboral: en una corte inglesa se expresó en relación con el caso del doctor Bentley: "El principio enunciado tiene tanta antigüedad como el hombre. Hasta Dios mismo no sentenció a Adán antes de llamarlo a hacer su defensa, Adán —dijo Dios—, ¿dónde estabas tú? No has comido del árbol del que no debías hacerlo?"⁷⁰

Nuestra jurisdicción laboral permite detectar cierta orientación en el sentido apuntado, (derivado de la naturaleza democrática de nuestro régimen). En las consideraciones de un fallo reciente declaró que la audiencia previa es "un derecho elemental...", que es propio de la naturaleza democrática del derecho costarricense, y que es más relevante aun en tratándose de una típica relación de servicio público.⁷¹

El libérrimo sistema de despido no establece ninguna protección para los titulares de cargos sindicales (el denominado fuero). La Constitución se limita a establecer el principio de la libre sindicación (artículo 60), sin embargo las actas correspondientes dan cuenta de una interesante polémica en relación con el siguiente agregado a dicho artículo: "Los dirigentes sindicales sólo podrán ser despedidos de su trabajo por causa justa". El diputado MONGE ALVAREZ, proponente de la moción, señaló: "la garantía (se refiere a la libre sindicalización del artículo 55 de la Constitución reformada de 1871) en la práctica constituyen una farsa, una mentira, pues a quienes corresponde hacer efectivo ese derecho de la clase trabajadora, es precisamente a los dirigentes sindicales, expuestos a toda clase de persecuciones y a la animadversión por parte de los patronos. De ahí que no cree en la libre sindicalización para los trabajadores, cuando

mandato (Resolución 6463 de 16 hrs de 2 de noviembre) (Las dos primeras citas son de CASTRO HIDALGO, Abel, "El proceso colectivo constitutivo de trabajo en la legislación costarricense", Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Social, 1975, not. 22, p. 24).

70 WADE & PHILIPS, "Constitutional Law", tercera edición, Londres 1946, p. 276, citado por GORDILLO, op. cit. p. 74.

71 Tribunal Superior de Trabajo, resolución de 10:25 hrs, de 17 de febrero de 1981, (considerando II). Sobre la existencia del principio antes de su positivación jurídica en el Derecho Administrativo, consultar, con abundancia de antecedentes, la resolución número 3139 de 1968 del Tribunal Superior Contencioso Administrativo (Considerando III). CREMADES, Bernardo María, ha indicado que ciertos principios procesales podrían tener aplicación en las correcciones disciplinarias, y comenta lo siguiente sobre una antigua disposición del ordenamiento español: "Sin embargo, no obstante la fórmula —tan enemiga a toda vinculación formal— del A. 106 Trpl, creo necesario una medida de prudencia, como es la de exigir la previa audiencia del trabajador antes de ser disciplinariamente sancionado. La práctica enseña que muchos de los casos de conflicto no hubieran lugar si se diera la ocasión al trabajador para exponer previamente sus razones." ("La sanción disciplinaria en la empresa", Estudios de Trabajo y Previsión, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969, p. 245).

el hombre que abraza esa causa con fervor y desinterés, está expuesto al despido injustificado".⁷²

37. En la actualidad un interesante problema se presenta en relación con la adopción en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio número 98, "Relativo a la aplicación de los principios del Derecho de Sindicación y de negociación colectiva" (Ginebra, 1º de julio de 1949) y la reforma que se introdujo en la Constitución Política en su artículo 7 (1968). Esta reforma le otorga naturaleza de supralegalidad (pero infraconstitucionalidad) a los convenios internacionales aprobados por la Asamblea Legislativa. Por su parte el convenio en mención dispone: "Art. 1. párraf. 2: Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de Trabajo".⁷³

Por su parte el Comité de Libertad Sindical ha resuelto: "El Comité indicó que una de las formas de asegurar la protección de los delegados sindicales es disponer que no podrán ser despedidos mientras estén en el ejercicio de sus funciones, ni durante un período determinado a partir del momento en que cesen en ellas, salvo, naturalmente, en caso de falta grave...".⁷⁴ La existencia de los convenios dichos permite sugerir varias conclusiones: El artículo 15 CT incorpora como fuentes de integración del ordenamiento laboral a los convenios y recomendaciones "adoptados" por la OIT, de donde se puede sostener que no hace falta su ratificación para formar parte del bloque de legalidad específico; si a ello se suma la jurisprudencia de la OIT sobre la materia, fácilmente se puede sostener que consagran "principios generales de Derecho de Trabajo", y que también constituyen fuente supletoria según el artículo citado. Ahora bien, la ratificación de los convenios permite situarlos en un nivel superior a la ley ordinaria, en cuyo caso su aplicación resultaría imperativa. Cualquiera que sea la opción adoptada debe tenerse presente la existencia del principio de norma más favorable, propio de nuestra disciplina.

72 Asamblea Nacional Constituyente, Actas, Nº 121, tomo III, p. 7.

73 Vid. en sentido específico Convenio número 135 y Recomendación número 43.

74 "La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, segunda edición, Ginebra 1976, párrafo 216, p. 81. En relación con este tema y sobre información general sobre regulaciones de despido, vid. PEREZ AMOROS, Francisco y otros. "Régimen Sindical Participación y Regulación Legal del Despido en el Derecho Europeo. (Francia, Italia, Inglaterra, R.F.A.)", Eunibar, S.A., Barcelona, 1980. Sobre los alcances generales del fuero, vid. MONTENEGRO BACA, José, "Concepto amplio de fuero sindical" en Derecho Colectivo Laboral (Asociaciones profesionales y convenios colectivos)", obra colectiva, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 501 y ss.

38. Se indicó que el término "reinstalación" aparece únicamente una vez a lo largo del CT, y nuestra jurisprudencia ha señalado que tal mecanismo no es aplicable sin norma expresa; sin embargo, existe en nuestro ordenamiento otra disposición que obliga al patrono a "reponer en su ocupación" al trabajador que haya sufrido un riesgo profesional, siempre que esté en condiciones de laborar y cuya incapacidad no supere el año, lo que será analizado adelante (art. 248-250).

Además, nuestra jurisprudencia ha indicado que como no existe reinstalación textual ésta no opera en los dos únicos casos que prevé nuestra ley dentro del sistema de despido-propuesta, a saber:

I. Una vez iniciado un conflicto colectivo de carácter económico social; es decir, a partir de la presentación del pliego de peticiones ante cualquier autoridad competente, "toda terminación de contratos de trabajo debe ser autorizada previamente por el respectivo Juez de Trabajo" (art. 503 CT) (la jurisprudencia ha rechazado la extensión analógica de esta disposición cuando se negocian convenciones colectivas).

II. Para despedir a una trabajadora en estado de gravidez o en época de lactancia se requiere la comisión por parte de ésta de falta grave, que debe ser avisada previamente a las autoridades administrativas de trabajo (art. 94 CT).

Estos ejemplos constituyen, por lo que diremos luego, la única modalidad de estabilidad textual, aunque temporal, que consagra nuestro Código.⁷⁵ Una de las varias clasificaciones que hace BAYON CHACON, Gaspar, sobre el despido es la relativa a la eficacia, en la que distingue entre despidos propiamente tales y propuestas de despido: "Si el despido tiene un valor constitutivo, si es rescisorio por sí mismo, será un despido propiamente tal; pero en otros sistemas, o en ciertos casos del mismo sistema, la empresa limitará su acción a elevar una propuesta de despido, y entonces no existe despido de empresa, sino del ente que resuelve." (subrayados nuestros).⁷⁶

39. La elevación de la propuesta de despido en los casos mencionados no implica un simple obstáculo para despedir, o una mera formalidad. Tratándose de los trabajadores afectados por un conflicto la doctrina que informa a los artículos 502 y 503 CT es la denominada "obligación de no innovar", según lo ha indicado el profesor Guillermo CABANE-

75 Una "super estabilidad" (condicionada) concede nuestra ley, por razones obvias, a los trabajadores del mar y vías navegables: "Art. 123.—No podrán las partes dar por concluido ningún contrato de embarco, ni aun por justa causa, mientras la nave esté en viaje..."

76 "El despido, concepto y clase, significación jurídica y social" en obra colectiva "Dieciséis lecciones sobre causas de despido" (prólogo de Gaspar Bayón Chacón y Manuel Alonso Olea). Seminario de Derecho del Trabajo, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1969, p. 24.

LLAS: "En algunas legislaciones, como en la Argentina, se establece que, durante un período que fijarán la autoridad o los órganos competentes en la solución de los conflictos colectivos, las partes no pueden innovar y hasta se autoriza a obligar a las partes en conflictos a que retrotraigan las situaciones de hecho al estado existente al plantearse la actual desavenencia".⁷⁷ El artículo 502 establece la sanción específica de "reparar inmediatamente el daño causado", sobre la cual se ha dicho que "implica la ineficacia de la medida que constituye la innovación y la consecuencia de que la situación de hecho debe restituirse al estado anterior a esa medida".⁷⁸

Tratándose de la trabajadora en estado de gravidez o de lactancia la protección otorgada por la ley tiene apoyo en el precepto constitucional: "Las leyes darán protección especial a las mujeres y a los menores de edad en su trabajo" (art. 71).

Cada uno de los casos descritos merecen un tratamiento particular.

40. En el caso de la necesaria autorización de despido mientras se tramite conflicto colectivo ha dicho el Tribunal Superior que la solicitud patronal se debe formalizar por medio de incidente, por lo que el pronunciamiento correspondiente no constituye cosa juzgada; y que, en todo caso, "lo adecuado es la solicitud ante el juez que conoce el conflicto para que en resolución motivada exponga si autoriza o no el despido, pero para que el juzgador llegue a tener una noción de la base de la separación debe señalarse la razón jurídica o causal legal en que se apoya."⁷⁹

Como quiera que el pronunciamiento no produce cosa juzgada constituye, a nuestro juicio, un elemento esencial. Con ello queremos señalar que la ausencia de solicitud de autorización convierte en nulo el pretendido despido por ausencia de una formalidad esencial en la formación de ese acto jurídico.⁸⁰ Nuestra jurisprudencia ha evolucionado en sentido inverso al planteado, pues declaró la procedencia de la reinstalación en 1973,⁸¹ jurisprudencia que varió rápidamente.⁸² El

77 "Derecho de los conflictos laborales", citado por CASTRO HIDALGO, op. cit. p. 31.

78 CASTRO HIDALGO, op. cit. loc. cit.

79 Resolución N° 4376 de 1976, citado de VAN DER LAAT E., Bernardo, "Derecho Colectivo del Trabajo, Jurisprudencia", Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1979, p. 32 y s.

80 Vid. infra.

81 Resolución número 3454 de 1973; varias consideraciones se hicieron para declarar con lugar el incidente: la no demostración por parte del patrono dentro del incidente de que el despedido obedeciera a causas ajenas al conflicto, porque no demostró que no era empleado permanente, ni que la gestión carecía de interés actual. A contrario sensu, se permitiría, que aún sin soli-

criterio que prevalece en la actualidad se traduce en la siguiente fórmula de estilo: "Si se establece que todo despido que se vaya a producir en un centro de trabajo donde se ha planteado un conflicto colectivo de carácter económico-social, debe requerir el previo conocimiento y aprobación del juez de trabajo, esto no significa en modo alguno que cuando un patrono procede contra tal regla, estén los tribunales de trabajo en condición de obligarlo a reintegrar al despido porque ese trámite no existe en nuestra legislación laboral, con excepción de los regímenes que se refieren al Servicio Civil y parcialmente en el Municipal".⁸³

Esta posición jurisprudencial, que no hace concesiones a la reinstalación no textual, presenta un particular problema si el o los trabajadores despedidos son los representantes obreros en el conflicto, y se despide sin autorización judicial. Aparte de que ese podría ser el precio que pague un trabajador por la defensa de sus compañeros, lo que constituye en nuestro medio el heroico riesgo de los dirigentes obreros, también se podría cuestionar si en el caso descrito la titularidad procesal se vería cuestionada, en el tanto el despedido dejó de ser trabajador de la empresa afectada por el conflicto.

Asumiendo dos hipótesis se podría descartar el riesgo descrito; en primer término, se puede sostener que el poder no puede ser invalidado por esa causa sobreviniente en virtud de que se otorgó cuando los representantes ostentaban calidad de trabajadores, que es lo que exige la ley; en segundo término, puede ser que dentro del incidente respectivo el juez aprecie, o dude, que la causa refleja una "reacción patronal persecutoria",⁸⁴ o simplemente que es inexistente o de poca entidad.

El problema de la titularidad podría ser resuelto como se ha descrito, pero el problema medular de la reinstalación subsiste, pues de nada serviría ser representante de los trabajadores en un conflicto si el estrecho contacto con ellos que se produce en la empresa desaparecería con la simple prohibición al representante de acceso a los centros de trabajo, fundada en el derecho de no reinstalar.

citad previa se pueden valorar los hechos y convalidar el despido, (así ha sido declarado en resolución de 9:10 hrs. de 12 de abril, 1972 —prevalencia de la oportunidad sobre la legalidad—). No hubo pronunciamiento del Tribunal cuando acogió la reinstalación sobre los salarios caídos que se habían solicitado.

82 Se pueden consultar varias referencias en VALERIO SANCHEZ, Alvaro y RODRIGUEZ GONZALO, Henry, "Código de Trabajo anotado y concordado", Imprenta Nacional, San José, p. 380-381. Compartimos plenamente la siguiente opinión: "El procedimiento de reinstalación no está expresamente previsto en el artículo 503, pero sí está presente en forma implícita, por lo que se estima que los jueces en su labor integrativa del Derecho, debieran considerarlo." (VAN DER LAAT, B. "La huelga...", p. 142).

84 Vid. resolución del Tribunal Superior de Trabajo N° 4376 de 1976, en la cual se denegó autorización para despedir a un dirigente sindical que participaba en un conflicto.

Argumentar que el despido de un representante obrero tiene dos frenos alternativos: la "sensibilidad social" del patrono o la huelga de los trabajadores, es ofrecer soluciones extra jurídicas presumiendo virtudes o consagrando la ley de talión.

42. Si el despido inconsulto carece de validez y la reinstalación no se pudiera decretar, cabe plantearse los siguientes interrogantes: ¿se podría solicitar en la vía ordinaria no ya la reinstalación sino el pago de los salarios caídos hasta la terminación del conflicto, junto con las indemnizaciones ordinarias, sobre la base del incumplimiento patronal? ¿tendría alguna incidencia en el juicio la demostración patronal de la falta grave del trabajador?

Las mismas preguntas se pueden formular frente al incumplimiento patronal de la resolución que no le autorice un despido. ¿Será posible reducir las preguntas anteriores a una sola contestación?: si el patrono incumple una ley será responsable por violación a las leyes laborales, pero nada más. Nuestro criterio es que eso es desplazar al sujeto pasivo directo de la violación a cambio de una eventual multa a favor del Estado. El eclipse, creemos, puede desaparecer mediante la aplicación de ciertos criterios jurídicos que serán desarrollados adelante, una vez que analicemos el despido no autorizado de la trabajadora embarazada o en época de lactancia, y las fuentes convencionales de la estabilidad.

43. Nuestro Código en su artículo 94 dispone: "Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras por el hecho del embarazo o de la lactancia. Todo despido justificado que de ellas se haga debe ser avisado previamente a las autoridades administrativas de trabajo".

Ciertamente la ley se refiere a un aviso previo, pero la defectuosa redacción no puede esconder el bien jurídico tutelado: la estabilidad inspirada en elementales razones sociales. Decir que con el aviso previo, indicando cualquier causal, queda expedito el camino del despido no tiene ningún sentido, pues aunque el legislador no motivó de manera precisa las finalidades de la norma lo cierto es que no lo hizo para que las autoridades administrativas tuvieran datos estadísticos sobre el desempleo de las madres en estado puerperio o en época de lactancia.

Tampoco es válida la alegre interpretación de que como la norma obliga a notificar los motivos del despido, nada impide despedir sin éstos, en cuyo caso no se viola la prohibición.

En la práctica administrativa se procura el control mediante la verificación de los hechos imputados, llegando incluso a no autorizar los despidos por causas inexistentes o de poca entidad.⁸⁵

Se podría decir que esta norma tiene dos distintos contralores: el de oportunidad corresponde al Ministerio de Trabajo y el de legalidad a

85 Funcionarios del Ministerio de Trabajo así me lo informaron verbalmente.

la Jurisdicción Laboral, la cual puede controlar la oportunidad únicamente si existe pronunciamiento administrativo.⁸⁶

Aún en el supuesto de que no se requiera un pronunciamiento administrativo ¿podría el patrono despedir en contra de la prohibición, no dando aviso a las autoridades? ¿Podría a un juez en tal supuesto evaluar la falta imputada? Es cierto que la ley sanciona con multa las infracciones a las leyes laborales prohibitivas, e incluso habla de "arresto inmutable en caso de reincidencia específica".⁸⁷ También es cierto que permite demandar las indemnizaciones que se considere genere la falta (art. 557); ¿podría, entonces la trabajadora exigir los salarios que corren desde el momento del despido nulo, hasta la eventual finalización del período de lactancia,⁸⁸ adicionales a las prestaciones por maternidad (denominadas de pre y post parto) y a las tarifadas —al menos—. Creemos que sí, y ello tanto en la ejecución del fallo por infracción como en el ordinario. La solicitud de reinstalación, fundada sobre la nulidad del despido debería ser el medio idóneo en este último caso, sancionándose al patrono con el equivalente económico en caso de renuencia a reinstalar.

Los dos casos que se han descrito lo hemos calificado como típicos de estabilidad temporal o condicionada a ciertos eventos (terminación del conflicto, acaecimiento del parto y terminación del período de lactancia); no obstante, por lo ya dicho en el primer caso, y por lo que se dirá en el segundo, nuestra ley y jurisprudencia prohíben despedir incausadamente, pero no le asignan a dicha prohibición la potencialidad de la reinstalación.

86 El anteproyecto del Código de Trabajo señala en su artículo 211 la obligatoriedad de probar sumariamente ante la Inspección General de Trabajo por parte del patrono la causal invocada. El artículo 212 prescribe: "No surtirá efecto el despido efectuado en contravención de lo dispuesto en el artículo anterior. Si de hecho se hubiera producido el despido de una trabajadora durante el embarazo o lactancia, sin perjuicio de las sanciones correspondientes al patrono, la Inspección General de Trabajo ordenará la reinstalación inmediata de la trabajadora despedida, en pleno goce de sus derechos. El patrono será responsable de los salarios dejados de percibir". Se ha sostenido que el trámite del artículo 211 es "Típicamente judicial y que, por lo mismo debe estar ubicado dentro del ámbito de la Corte Suprema de Justicia." (UMANA SOTO, "El nuevo Código de Trabajo" —V—, La Nación, 25 de febrero, 1982, p. 15A). (No tenemos conocimiento hasta la fecha de oposiciones a la reinstalación propuesta).

87 Nuestro legislador con gran pudor dispuso que a las sentencias firmes que se dicten en materia de faltas a las leyes laborales o de previsión social, no se les dará publicidad (artículo 574 CT), lo que explica que en 40 años de vigencia de nuestro Código de Trabajo no tengamos datos de si ha habido reincidencias específicas que ameritan dicho arresto. Ignoramos si el Ministerio ha publicado algunas estadísticas sobre el tema.

88 El Código de Trabajo no delimita el período denominado de "lactancia" durante el cual está inhibido el patrono de despedir injustificadamente, no obstante, una fuente supletoria podría ser el Reglamento del Seguro de Enfermedad y Maternidad de la Caja Costarricense de Seguro Social, el cual en su artículo 44 señala en cuatro los meses que la madre asegurada directa puede beneficiarse de la ayuda láctea.

A efectos de probar los alcances prohibitivos que la jurisprudencia ha interpretado se derivan del artículo 94 es oportuno incorporar al texto una frase reveladora del criterio imperante: "Cuando el patrono reconozca tener conocimiento del estado de embarazo de su empleada, aun en el supuesto de que éste no sea notorio, si la despide sin causa justificada, debe hacerle la liquidación..."⁸⁹ "...la indemnización surge como sanción al precepto que prohíbe el despido en tal situación..."⁹⁰

44. El monto de la indemnización que se ha acordado no guarda relación con el plazo correspondiente a la estabilidad, ordinariamente se condena al patrono a cancelar las indemnizaciones tarifadas por despido injustificado más las correspondientes a maternidad (art. 95 CT),⁹¹ sin embargo, el Tribunal Superior de Alajuela además de esas indemnizaciones ha dicho que la trabajadora puede reclamar "cualesquiera otros daños y perjuicios que demuestre en juicio".⁹²

45. Una conclusión provisional sobre la base de la convertibilidad del despido nulo en indemnizable, en los casos que hemos denominado estabilidad temporal, debería ser la que indemnice plenamente todo el período cubierto más los otros daños y perjuicios ocasionados. Pero nosotros llamamos estabilidad temporal aquella que permite la reinstalación y los casos enunciados deberían permitirle por motivo de nulidad, como se verá luego.

89 Tribunal Superior de Trabajo, resolución número 2239 de 1978. En nuestro criterio el elemento subjetivo del conocimiento del estado de embarazo, que la jurisprudencia calificada como imprescindible para acordar las indemnizaciones, debería ceder ante el hecho objetivo de ese estado, pues lo que la norma pretende es garantizar que la trabajadora embarazada tenga protección económica, salvo que su comportamiento amerite la rescisión contractual. De modo que la notificación de un embarazo originado antes del despido, pero posterior a éste, debería tener la virtualidad de generar el derecho a las indemnizaciones si a partir de ese momento el patrono no opta por la reinstalación.

90 Tribunal Superior de Trabajo, resolución número 3512, 1977. ¿La prohibición del artículo 94 alcanzará desde el momento del enganche, o comenzará una vez transcurridos los primeros tres meses del período de prueba? Nuestra opinión es que la norma especial prevalece sobre la general, que el artículo 94 no hace ninguna distinción y que las razones son igualmente poderosas para proteger el empleo y las retribuciones a la trabajadora embarazada que inicia su relación laboral (Aunque sea al margen debe observarse que el CT es omiso en cuanto a la protección del trabajador que adopte a un menor, igual observación vale para el anteproyecto de Código de Trabajo).

91 Vid. entre otras del Tribunal Superior de Trabajo resolución número 3512, 1977.

92 Resolución número 988, 1977.

46. Comentario aparte merece la obligación que tiene por ley todo patrono "a reponer en su ocupación al trabajador que haya dejado de desempeñarla por haber sufrido algún riesgo profesional en cuanto esté capacitado, y siempre que no haya recibido indemnización por incapacidad total permanente, ni haya transcurrido un año, a partir de la fecha en quedó incapacitado." (art. 248 CT). El concepto "reponer en su ocupación" no significa otra cosa que reinstalar. El fenómeno, como se observa, no obedece directamente al acto disolutivo, pero éste puede presentarse en el período de protección. No conocemos si se ha planteado alguna reinstalación cuando se haya operado lo descrito, en todo caso habría que acatar lo que la ley manda. La lógica impondrá declarar nulo el despido por carecer el patrono de potestad legal para dictarlo. Ese razonamiento nos obliga a plantearnos otros problemas: si el despido es nulo, ¿podría decirse que esa nulidad está sujeta a plazo, es decir, que una vez transcurrido el año se "convalida o subsana" el vicio inicial, o será más preciso que el despido se dicte de nuevo, una vez recobrada la facultad patronal? Esto último tendría importancia ante el desacato patronal de reinstalar, pues el trabajador jurídicamente siempre se encontrará a sus órdenes, tesis que sustentamos.

47. En conclusión, el estudio de las fuentes legales que rigen el despido ofrece un panorama casi desértico en relación con la estabilidad, y sería deseable una mayor apertura sobre el tema que nos permita ponernos a la altura del desarrollo universal superando la etapa de la terminación del contrato de trabajo "ad nutum", según la describe VON POTOBOSKY, G.: "La etapa siguiente en esta evolución... (es) el reconocimiento del principio básico por el cual toda terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador debe basarse en una causa que la justifique, quedando además prohibido el despido si estuviera fundado en ciertos motivos que se excluían como causas justificativas. El principio que se afirmaba de esta manera implicaba el reconocimiento de un derecho al empleo, como norma general, previéndose como caso de excepción la terminación de la relación contractual a condición de que determinadas causas la justificasen".⁹³

En buena medida la recomendación número 119 de la Organización Internacional del Trabajo "Sobre la terminación de la relación de trabajo" (1963) consagra la evolución descrita y también sería deseable considerarla no sólo como fuente supletoria, sino como orientadora del principio de la norma más favorable.

93 "La recomendación de la O.I.T. sobre la terminación de la relación de trabajo" en Estudios... (nota 2), p. 594.

48. La convención colectiva en nuestro país tiene por disposición constitucional el rango de ley (art. 62), y el monopolio de la titularidad de los trabajadores la tiene el sindicato (art. 54 y concordantes CT), la cual se adquiere cuando exista una afiliación sindical que supera la tercera parte del total de los trabajadores que laboren en la empresa o centro de producción (al menos para obligar a negociar al patrono). Su aplicación, entonces, es "erga homines". Otras características propias de este instrumento colectivo son irrelevantes para los fines de este estudio.

La convención colectiva ha jugado un papel revitalizador de nuestro derecho, que podría ser mayor si se establecieran las mínimas condiciones generales que inspiran la libertad sindical y su consecuente fuero. El tema de la estabilidad se ha constituido en los últimos tiempos en una reivindicación muy frecuente, sobre todo con el fin de establecer limitaciones a los despidos.

49. Esta tendencia se manifiesta también en los pliegos de peticiones que dan origen a los conflictos colectivos de carácter económico-social, y eventualmente en los otros instrumentos colectivos.

Ha sido por vía convencional que en nuestro país se ha alcanzado el anhelo expresado por CREMADES, en 1969, en relación con la legislación española: "quizá el tiempo nos hará descubrir la necesidad de obligar al empleador a compartir las facultades disciplinarias con los representantes de personal. En efecto, me parece se abre una puerta jurídica a la desvirtuación de lo pactado cuando se deja puesta en práctica a la exclusiva potestad del empleador. Resulta conveniente esa evolución legislativa, admitiendo una posible coparticipación de los trabajadores en el ejercicio de las facultades disciplinarias."

50. En relación con esta fuente el mayor número de problemas se presentan cuando organismos intermedios dentro de la empresa, generalmente paritarios, tienen algún grado de participación en el despido, encontrándonos de nuevo con el problema de las formalidades. A ello dedicaremos nuestra atención.

Cuando nos referimos al término formalidades no lo hacemos en la aceptación peyorativa, tan usual, de calificar así todo aquello superfluo e innecesario. Ninguna razón tendrían los trabajadores para establecer mecanismos triviales para llenar los archivos sindicales de documentos sin ningún valor. Se ha convertido en práctica común en nuestro medio la creación de lo que se ha denominado Juntas de Relaciones Laborales, que vienen a ser organismos creados por convención colectiva, de composición normalmente paritaria, cuyos miembros son designados por cada una de

las partes, valga decir, la patronal y la sindical. La competencia de esos organismos es variable, sin embargo, la finalidad es común: la discusión sobre el respeto a los derechos laborales y el bienestar de los trabajadores. La mayor parte de ellas, por no atrevernos a decir que todas, establecen la necesaria consulta, previa, a dicho organismo de las sanciones disciplinarias. El mecanismo en cuestión tiene, por su propia naturaleza, el fin de subsanar el derecho a la defensa, y la ponderación de las faltas imputadas. Así, las convenciones colectivas han sido instrumento idóneo para una elemental formalización de los despidos.

51. El derecho comparado nos ofrece algunos ejemplos legislativos que se asemejan a lo dispuesto en nuestras leyes profesionales (convenciones colectivas); así, en Alemania se indica que: "en lo referente a los despidos de carácter ordinario, el empresario deberá comunicar antes de su realización, los motivos de éste al Comité de Empresa, a riesgo de que la actuación empresarial sea considerada irregular y el despido nulo si no se cumple tal requisito".⁹⁵

En la actual legislación española se establecen ciertos requisitos formales para el despido de los representantes del personal, entre los cuales se encuentra la audiencia al comité de empresa o, en su caso, los restantes delegados de personal. El profesor ALONSO OLEA, señala así las consecuencias de la omisión de este requisito: "Por supuesto, a la nulidad del despido procedente de la inexistencia o defecto esencial de la carta, se suma ahora al que pueda emanar de la inexistencia o defecto esencial del expediente, señaladamente en cuanto a ésta la falta de audiencia del interesado o de los representantes del personal".⁹⁶ En todo caso, debería desterrarse del ámbito laboral el elevar a principio la paradoja enunciada por el insigne profesor mexicano Mario DE LA CUEVA: "el incumplimiento de un deber impuesto expresamente por una norma de orden público beneficiará a quien lo realiza y perjudicará a aquél en cuyo beneficio se impuso".⁹⁷

Tampoco parece excusable no acordar la nulidad a falta de sanción específica de los preceptos convencionales (o legales), pues: "Tan indispensable es la sanción, que sin ella la ley llegaría a ser ineficaz, desde luego quedaría al arbitrio de los particulares acatar o no sus disposiciones. Con todo no es indispensable que la pena en materia civil, esté consignada de modo expreso en el mismo texto legislativo, porque bien puede resultar de modo implícito, sea por la nulidad que afecta lo practicado contra las ordenaciones de la ley, sea por el cumplimiento forzado de aquello que

95 PEREZ AMOROS y otros; op. cit., p. 232.

96 "Derecho del Trabajo", precit. p. 324.

97 Op. cit. p. 605.

94 Op. cit. p. 247.

la misma dispone".⁹⁸ Este razonamiento podría ser aplicable a la materia laboral, no sólo por constituir un principio general de derecho, sino porque el derecho común es fuente supletoria de nuestro Código.⁹⁹

52 El incumplimiento de la consulta convencional previa al despido, causaría, según algunos autores, un despido abusivo; al respecto se ha señalado: "Es frecuente que por convenio colectivo o acuerdo de empresa se establezca el proceso interno, calidad y graduación de la medida disciplinaria, a la que debe atenerse el empleador, si quiere que su comportamiento sea de acuerdo a derecho. Aún así, el móvil interno, si se manifiesta fuera de su finalidad, causa el abuso. Con mayor razón, en caso de no respetarse los lineamientos establecidos".¹⁰⁰

53. De lo anteriormente expuesto se puede concluir que existe relación de condicionamiento entre la consulta y el ejercicio del derecho resolutorio. Nuestra jurisprudencia que había acogido con gran amplitud los efectos de la violación de trámites sustanciales de carácter convencional, abandonó ese criterio. Quizá donde con mayor acento se marque ese giro a favor de los amplios poderes del empleador, sea en los casos en que se ha invocado violaciones procesales de convenciones colectivas suscritas por entes públicos, pues éstos, están por naturaleza, vinculados al principio de legalidad.

En un primer momento, se otorgaron las indemnizaciones solicitadas, y se consideró al respecto: "... Si se convino colectivamente, y se encuentra plenamente vigente, una disposición que ordena consulta previa a la Junta de Relaciones Laborales creada inter-partes, para conocer de los despidos que haga la empresa, desconocer la vigencia de esa norma sería —a más de atender contra una Institución tan seria y reconocida como la Convención Colectiva de Trabajo que es uno de los instrumentos creados por ley para el logro de la paz social— desconocer un derecho incorporado a los contratos de trabajo de los trabajadores de la Institución. Considera este Tribunal, además, que la circunstancia de que se obviara el conocimiento previo por dicha Junta de Relaciones Laborales, del despido

98 BRENES CORDOBA, Alberto, "Tratado de las personas", Imprenta Lehmann, San José, 1933, p. 15. Ese criterio se ha manifestado en la jurisprudencia de la siguiente manera: "hoy día cuando se habla de ilegalidad no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normativa inmanente en la naturaleza de las instituciones" (Tribunal Superior Civil de Alajuela, N° 588 de 1974).

99 Art. 15 CT. Vid. MOLERO MANGLANO, Carlos, "La supletoriedad del Derecho Común en el Derecho del Trabajo", prólogo del prof. Gaspar Bayón Chacón, Colección Estudios de Trabajo y Previsión, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

100 CAPON FILAS, Rodolfo E., "El abuso de derecho en relación al contrato de trabajo" en "Estudios de Derecho Individual...", p. 786.

del actor, inhibe al órgano jurisdiccional del conocimiento de la cuestión de si el despido tenía o no justa causa...".¹⁰¹

54. En 1978 la Antigua Sala de Casación revocó un fallo del "Tribunal Superior de Trabajo considerando que la consulta a la Junta de Relaciones Laborales constituía "una simple opinión que no obliga al Ejecutivo (Municipal) y que "sólo por regla expresa que le negara validez del despido en falta de consulta, es que podrían los Tribunales declarar que la destitución fue ilegítima, por el mero hecho de no haberse llenado ese requisito de carácter formal".¹⁰² En 1980 el Tribunal Superior de Trabajo revocó una sentencia de primera instancia indicando: "estima este Tribunal que ese aspecto formal (la consulta) no es suficiente para enervar el despido justificado que hizo la ... empleadora".¹⁰³

55. En 1981 la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo anterior e invocó "lo que la doctrina general ha consagrado en torno a las diversas categorías de nulidades y a la gravedad y consecuencias de las omisiones o infracciones generadoras de las mismas. Establece (la doctrina) la diferencia entre infracciones sustanciales que vician el acto de nulidad, y las insustanciales que no lo invalidan y sólo pueden generar responsabilidad disciplinaria." Agrega: "En el caso sub judice se está sin duda en presencia de la última alternativa, ... el quebranto de la disposición adjetiva que ordena la consulta, resulta de suyo insustancial y no invalida el acto o resolución de despido."¹⁰⁴

56. El irrespeto a los derechos de defensa y de procedimientos ordinarios de seguro que invalidaría los despidos de los servidores públicos en la vía Contencioso Administrativa (arts. 128, 158, 219.2 y concordantes), de donde en buena medida dependería la vía que escoja el servidor para retornar a su puesto o para quedar cesante y eventualmente sin derecho a indemnizaciones, lo que no parece adecuado en un sistema de justicia coherente.^{104 bis}

101 Tribunal Superior de Trabajo, resolución N° 442 de 1974; del mismo Tribunal y en igual sentido resolución de 8:15 hrs. del 6 de octubre de 1978.

102 Sala de Casación, número 23, 1978.

103 Tribunal Superior de Trabajo, resolución número 4580, 1980.

104 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, número 112, 1981. La Sala no estimó relevante pronunciarse sobre el derecho de defensa invocado por el actor; aparentemente esta infracción sí sería sustancial: número 105, 1981 de la misma Sala. (Sobre la consulta vid. arts. 145.4 y 146.3 L.G.A.P.).

Todo el problema, y casi todos los planteados, se pueden resolver, a nuestro juicio, sobre la noción del despido como acto jurídico, de lo que nos ocuparemos de inmediato.

57. Decir que el despido es un acto jurídico unilateral no es decir nada nuevo, pero señalar que en cuanto tal puede adolecer de vicios que lo anulen, como por antonomasia se deriva del concepto, es un problema poco desarrollado en nuestro medio.

En la doctrina francesa se ha indicado que el procedimiento técnico predominante en materia de despidos era el relativo a la sanción del abuso, y ello por cuanto "Los despidos ilegítimos se analizaban generalmente como despidos abusivos (y) la sanción del abuso había tomado por contagio casos en los cuales la justa consecuencia de la ilicitud habría debido ser la nulidad del acto. Ahí todavía, el fenómeno es conocido: el mecanismo jurídico más frecuentemente aplicado influye sobre aquel cuya aplicación es poco común y termina por absorberlo. Se puede hoy sentir una evolución? Un primer indicio resulta del hecho de que en doctrina nunca se ha discutido tanto de nulidad del despido como en el curso de los últimos años".¹⁰⁵ El Derecho del Trabajo ha receptado pacíficamente la teoría de las nulidades del negocio jurídico de modo que en la temática contractual se habla de elementos esenciales del contrato de trabajo,¹⁰⁶ de la "nulidad del contrato de trabajo",¹⁰⁷ pero el acto jurídico unilateral es poco lo que se dice y escribe, quizá porque ello implicaría una remisión en bloque a la teoría general.

58. Los ejemplos que hemos planteado atrás reflejan en general la cautela del juzgador de disponer nulidades de despidos, con sus consecuentes reinstalaciones, por ausencia de texto expreso que lo permita.

En relación con los servidores públicos indicamos que están protegidos con la estabilidad, y si se requiere texto para la reinstalación, creemos que el precepto constitucional enunciado como "Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas no disponen otra cosa" (art. 129), sumado a los vicios propios del acto administrativo de despido, serían suficientes para reinstalar, sin discurrir mucho sobre dogmática jurídica.

Debe tenerse presente que tanto el Código de Trabajo como la Ley General de la Administración Pública son leyes de orden público que presentan una más acusada imperatividad, y cuyas sanciones de nulidad están implícitas en silencio de la ley.¹⁰⁸

105 COUTURIER, Gérard, "Les nullités du licenciement", Revista Droit Social, número 6, junio 1977; p. 216 y ss.

106 CABANELLAS, Guillermo, "Elementos esenciales del contrato de trabajo en "Estudios..." precit. p. 93 y ss.

107 ANGULO, Jorge M., "Nulidad del contrato de trabajo", en "Estudios..." precit. p. 371 y ss.

Finalmente, en lo que concierne a las formalidades del acto jurídico unilateral de despido derivadas de la ley profesional, los artículos 835 y 836 del Código Civil,¹⁰⁹ y la doctrina que los informa, podría, si falta hiciera, ofrecer la solución ya sea de la reinstalación no textual cuando haya sido acordada la estabilidad, o de la indemnización en caso contrario. En suma, creemos junto con ALMANSA PASTOR, José M., que el "despido resulta nulo cuando la informalidad consiste en falta o defecto esencial de forma, y no puede ser eficaz, porque la nulidad produce ineficacia originaria, sin que contra ella valga la consideración de eficacia del fondo justificativo",¹¹⁰ y agrega: "En realidad, como se observa, las soluciones de tales supuestos nos lleva a pensar, con el Tribunal Supremo, que el Magistrado de Trabajo debe considerar en primer lugar la formalidad o informalidad del despido, para declararlo respectivamente válido o nulo. Y tan sólo cuando lo haya declarado válido es cuando debe pasar a conocer su procedencia o improcedencia, de manera que cuando existan razones, por el contrario, para estimarlo nulo, resulta irrelevante apreciar su procedencia...".¹¹¹

La calificación de "insubstancial" dada al incumplimiento de garantías mínimas consagradas en defensa de los trabajadores mediante convenciones colectivas está, a nuestro juicio, divorciada con el carácter teleológico propio del Derecho del Trabajo.

A modo de conclusión

Las fuentes constitucionales, legales, convencionales y jurisprudenciales nos han permitido dar un rápido vistazo sobre la estabilidad en nuestro país, y a decir verdad, los modestos alcances que se le han asignado hacen de ella más que una realidad un mito o añoranza; o, si se quiere, la realidad del mito a duras penas se tiene de pie.

109 Esos artículos disponen, en lo conducente:

"Art. 835.—Hay nulidad absoluta en los actos o contratos:

- 1.—Cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o existencia.
- 2.—Cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza del acto o contrato y no a la calidad o estado de la persona que en ellos interviene...".

Art. 836.—Hay nulidad relativa y acción para rescindir los actos o contratos:

- 1.—Cuando alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia es imperfecta o irregular.
- 2.—Cuando falta alguno de los requisitos o formalidades que la ley exige teniendo en mira el exclusivo y particular interés de las partes..."

110 "El despido nulo", Editorial Tecnos, Madrid, 1968; p. 170.

111 Ibidem.

Por otra parte, no se puede ignorar que el nivel de desempleo abierto en nuestro país ya ha superado el diez por ciento, y esta realidad hace que la crisis económica pese sobre las espaldas de la clase trabajadora, la que no goza de seguro de desempleo, puede ser despedida sin mayor trámite, y si acude en reclamo de sus indemnizaciones ordinarias por despido, el tiempo y el sistema procesal se encargarán de desanimarla hasta llegar a la dramática conclusión, de que, contrariamente a lo que le sucede al patrono, aunque gane su juicio siempre pierde, mientras que el patrono aunque pierda siempre gana.

La modesta, por decir lo menos, protección legal que tiene el trabajador costarricense frente al drama del despido no podrá ser superada hasta tanto el Estado exija la necesaria responsabilidad social a los empresarios.

La justicia y la paz social dependen de una efectiva estabilidad laboral, de esa manera se garantizará el derecho al trabajo, a la seguridad, a la supervivencia, se dignificará al trabajador, y se estaría dando un paso en firme para dejar de concebir el trabajo como mera mercancía. En la medida en que hagamos un mito de la realidad estaremos atentando contra la democracia.

Abreviaturas

CT: Código de Trabajo

Tribunal Superior de Trabajo: Con sede en San José.
(Se agrega la jurisdicción territorial en caso de cita de los otros Tribunales Superiores)

LGAP: Ley General de la Administración Pública

INDICE

| | Pag. |
|--|------|
| Presentación | 9 |
| Límites al derecho de huelga en Costa Rica. Actualidad y perspectivas <i>Dr. Bernardo van der Laat Echeverría</i> | 11 |
| Hacia la comunidad internacional <i>Dr. Víctor Pérez Vargas</i> | 29 |
| Notas de jurisprudencia sobre el principio de la inmutabilidad del litigio <i>Dr. Diego Baudrit Carrillo</i> | 39 |
| El reglamento <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> | 53 |
| La tutela penal de la atmósfera en la legislación italiana <i>Dr. Daniel González Álvarez</i> | 79 |
| La estabilidad laboral en Costa Rica. Realidad del mito y mito de la realidad <i>Dr. Raúl Marín Zamora</i> | 103 |