

Hecho el depósito de Ley.

Impreso en Costa Rica.

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

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

ISSN
0034-7787.

COMITE DE ENLACE

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Alvaro Carvajal Lizano
Lic. Rolando Chacón Murillo

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Jorge Enrique Guier (Decano)
Dr. Rodrigo Barahona
Dr. Víctor Pérez

R
235
- ABOGOS
1978



DIRECTOR

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez



Vertical stamp: 11-11-79

Red ink stamp: COLEGIO DE ABOGADOS

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

No. 35



SAN JOSE, COSTA RICA
MAYO - AGOSTO
1978



JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS

1979

Presidente:

Lic. Mario Leiva Quirós

Vice-Presidente:

Dr. Alvaro Fernández Silva

Secretaria:

Lic. Violeta Madrigal Mora

Prosecretario:

Lic. Rolando Chacón Murillo

Tesorero:

Lic. Marco A. Jiménez Carmiol

Fiscal:

Lic. Edgar Cordero Arias

Vocal 1°:

Lic. Alvaro Carvajal Lizano

Vocal 2°:

Dr. Rodrigo Barahona Israel

Vocal 3°:

Lic. Rodrigo Mendieta García

Vocal 4°:

Lic. Dora María Guzmán Zanetti

Vocal 5°:

Lic. Ronald Odio Hernández

**AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS**

Presidente Consejo Universitario:
Dr. Alberto Sáenz Renauld

Rector:
Dr. Claudio Gutiérrez

Vice-Rector de Docencia:
Dr. Fernando Durán

Vice-Rector de Investigación:
Dr. Manuel María Murillo

Vice-Rector de Acción Social:
Dra. María Eugenia Bozzolli

Vice-Rector de Vida Estudiantil:
Lic. Luis Fernando Mayorga

Vice-Rector de Administración:
Dr. Luis Garita

Decano Facultad de Derecho:
Dr. Jorge Enrique Guier

Vice-Decano Facultad de Derecho:
Dr. Francisco Castillo

Coordinador del Sistema de Estudios de
Posgrado:
Dr. Elmer Bornemisza

Coordinador de la Comisión Editorial:
Ing. Agr. Primo Luis Chavarría

PRESENTACION

En esta revista se editan trabajos en diversos campos del derecho: civil, laboral, administrativo, familiar; y, dos ensayos sobre los temas de la regionalización y la planificación, desde el ángulo de expertos en administración pública.

Contamos aquí con la gentil colaboración de la investigadora Cecilia Grosman, argentina, quien nos ha remitido un escrito sobre un tema del derecho de familia.

Es conveniente indicar que, también, este número es un buen termómetro de los aspectos relevantes y que van a la vanguardia en la investigación social.

Agradecemos a los colaboradores de la revista su apoyo intelectual y moral, como también a los destinatarios de la misma.

j. e. romero p.

IN MEMORIAM

Sistema de Bibliotecas - UCR



REV155866

Prof. CARLOS MONGE ALFARO †

(1909 - 1979)

El domingo 8 de abril del año en curso falleció en suelo nacional, luego de ser trasladado desde Caracas donde participaba en una reunión internacional sobre problemas de la educación, siendo el viernes 30 de marzo cuando sufrió una hemorragia cerebral en la capital venezolana.

El Profesor Carlos Monge Alfaro fue un costarricense dedicado de lleno (y, durante 50 años) a la educación, a la historia y a la labor de escritor.

Fue Secretario de la Universidad de Costa Rica durante los años de 1953 a 1961; y Rector del Alma Mater de 1961 a 1970. En la actualidad ocupaba el puesto de directivo del Consejo Universitario de la Universidad Nacional y dirigía el proyecto de investigación de la historia de Costa Rica.

Una amplia gama de generaciones leyeron su Historia de Costa Rica (ya con 14 ediciones). Fue dos veces galardonado con el Premio Aquileo J. Echeverría por su obra Nuestra historia y los seguros (1974); y, con el Premio Nacional de Ensayo por su libro Universidad e Historia (1978).

Su vida fue una tarea continuada en los campos del ensayo, la historia, la educación y la política. Efectivamente, también vivió de cara a los problemas políticos del país, manteniendo una posición crítica y ciudadana.

Sea este un simbólico homenaje a la memoria del Prof. Monge Alfaro.

j. e. romero p.

**LA ACCION DE IMPUGNACION DE LA
PATERNIDAD DEL MARIDO**

Estudio comparativo de la legislación argentina con el Código de Familia de Costa Rica de 1974, Código de Familia de Bolivia de 1972, ley francesa de filiación de 1972 y ley italiana de 1975.

Cecilia P. Grosman

Miembro del Consejo Nacional
de Investigaciones Científicas
y Técnicas de la República Argentina.

REV 15 58 66-

Sumario: I. Introducción; II objetivos del trabajo; III Presunción de paternidad del marido; IV Causas que posibilitan la impugnación de la paternidad del marido; V Alcances y límites de la presunción de paternidad del marido; VI Quienes pueden promover la acción de impugnación de la paternidad matrimonial mientras vive el marido; VII Tiempo para promover la acción; VIII La posesión de estado y su influencia sobre la acción de impugnación de la paternidad del marido; IX Conclusiones.

- I -

INTRODUCCION

El cambio producido en el significado de la relación paterno filial, en cuanto hoy se busca asegurar su funcionalidad, con vistas al más adecuado desarrollo de los nuevos miembros de la sociedad, ha debido repercutir, sin duda, en la fuerza de la presunción de paternidad del marido y en el accionar tendiente a desvirtuarla.

Gravita, actualmente, cada vez en mayor medida, la necesidad de respetar la verdad biológica, no sólo por adhesión formal a una circunstancia naturalística, sino, precisamente, porque la procreación constituye en nuestra sociedad —salvo el supuesto de adopción— el soporte de la relación socio-familiar "padre-hijo". Podrá observarse que las reformas introducidas en las legislaciones objeto de nuestro comentario, realizan una verdadera revaloración del vínculo biológico-social frente a la presunción de paternidad del marido en los casos en que esta última sólo aparece como posibilidad abstracta y desnuda de todo contenido real. Y es que se han advertido los riesgos que conllevan disociar el vínculo biológico-social del jurídico, ya que esta actitud implica separar el emplazamiento legal en el estado de familia del funcionamiento concreto del sistema de roles, lo cual trataba la función de resguardo y control del derecho y, consiguientemente, produce inseguridad en el cumplimiento de las funciones esenciales de la familia, es decir, la crianza y formación de los niños. El avance en las ciencias biológicas influyó igualmente en la transformación, al permitir con notable certeza el uso de pruebas excluyentes de paternidad. Esta circunstancia da otra tónica al proceso de impugnación que se ha traducido en la adopción de fórmulas amplias que admiten toda clase de verificaciones sobre la imposibilidad de que el marido sea el padre de la criatura.

La supresión de la discriminación dentro de los hijos habidos fuera de matrimonio y el cambio en la condición de éstos, ha incidido también en el alcance y límites de la presunción de paternidad marital. Si antes se tendía a mantener el vástago dentro de la familia legítima, aún contra toda verosimilitud, porque la pérdida del tal estado lo convertía en adulterino, o sea, en "hijo de nadie", hoy se eliminan los obstáculos para lograr el verdadero estado de familia cuando ha desaparecido el presupuesto de la presunción, es decir, la cohabitación de los cónyuges durante la época de la concepción. Por otra parte, los nuevos ordenamientos consolidan la filiación matrimonial si concuerdan el título de estado con la posesión de estado frente al marido y, a la vez, estructuran recursos legales para eliminar la contradicción si existe oposición entre ambos elementos.

OBJETIVOS DEL TRABAJO

El propósito esencial de este trabajo es destacar la proyección de las nuevas ideas y valores en recientes ordenamientos legales: Código de Familia de Costa Rica de 1974, Código de Familia de Bolivia de 1972, Ley Francesa de Filiación del 3 de enero de 1972 y Ley Italiana del 19 de mayo de 1975. Pretendemos con este análisis poner en evidencia las actuales orientaciones de los esquemas normativos en esta problemática, las principales cuestiones de la realidad social que se ha querido reglar y las técnicas-jurídicas utilizadas para este fin.

La intención es cotejar los lineamientos del ordenamiento argentino y sus propuestas de reforma, con cuerpos de leyes que han tenido análoga estructura y que la han modificado ante condiciones vitales que exigían su acogimiento legal. Creemos que el derecho comparado presta un innegable servicio a la evolución de los conceptos jurídicos y muy especialmente cuando se trata de la regulación de la familia. Al mostrarnos formas distintas de enfocar una cuestión, se amplía la visión de los variados caminos que es posible seguir para arribar a soluciones legales, lo cual, indudablemente, constituye un estímulo eficaz para el avance normativo y el perfeccionamiento de las instituciones de cada país, sin desmedro —obvio es decirlo—, de un desarrollo adecuado a las propias necesidades sociales.

LA PRESUNCION DE PATERNIDAD DEL MARIDO

Si la maternidad deriva de un hecho inmediatamente verificable —el parto— la paternidad, por el contrario, no puede ser comprobada en forma directa. Esta es la razón por la que se ha buscado algún recurso que permita arribar a dicha certeza, de modo tal que desde el momento mismo del nacimiento y aún antes, el vástago cuente con un padre cierto. En la filiación matrimonial se parte de dos hechos de simple constatación —la maternidad y el matrimonio— para arribar a un hecho desconocido: la paternidad del esposo. La verdad de la conclusión en el silogismo no es una creación arbitraria, sino que se basa en un juicio de probabilidad nacido de lo que normalmente acontece. Toda presunción de paternidad contiene en sí, la presunción de que ha habido cohabitación con la madre y que ésta ha sido fecunda.¹ La experiencia indica que durante la vida matrimonial lo probable es que la mujer haya cohabitado exclusivamente con el esposo² y que dicha unión ha sido la causa de la concepción. Esta proba-

1 Rivero Hernández, Francisco. *La Presunción de Paternidad Legítima*. Edit. Tecnos. Madrid 1971, pág. 259.

2 Belluscio, A. C. *Nociones de Derecho de Familia*, Edit. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1969. Tomo VI, pág. 36.

bilidad fáctica nace de obligaciones derivadas del connubio: convivencia y fidelidad de los cónyuges³ verdaderos pilares de la organización monogámica, ya que tales deberes, internalizados en los sujetos de la relación, actúa sobre su comportamiento convirtiéndolo en habitual. *

La presunción de que el hijo concebido por la esposa durante el matrimonio tiene por padre al marido, ha sido adoptada en casi todas las legislaciones y también se encuentra presente en los ordenamientos objeto de este estudio comparativo (Código de Familia de Costa Rica, art. 69; Código de Familia de Bolivia, art. 178; Código Civil Francés, art. 312, Código Civil Italiano, art. 231 y Código Civil Argentino, art. 245).

Pero si la presunción "pater is est quem nuptiae demonstrant..." transmitida por el derecho romano, se halla vigente en tales cuerpos de leyes, el alcance de la misma varía y se observa diferencias respecto de las causas que permiten la discusión sobre la paternidad del marido, personas legítimas para obrar y funcionamiento de la acción de impugnación de la paternidad marital.

* CAUSAS QUE POSIBILITAN LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD DEL MARIDO

* / La presunción de paternidad del marido, fundada en lo que ordinariamente sucede, permite por su propia naturaleza, que aquella cese en el caso concreto, cuando se prueba que no han funcionado alguna de las condiciones que justifican su existencia: falta de relaciones sexuales entre los esposos durante la época de la concepción o, de haberlas habido, que las mismas no han sido la causa de la procreación. Es posible distinguir frente a esta cuestión, fundamentalmente dos sistemas legales;⁴ uno, llamado "abierto", en el cual se acude a formulaciones de tipo general, donde la exclusión de la paternidad se basa en la prueba de que el marido no puede ser el progenitor del nacido; no hay restricción de casos ni limitación de medios de prueba. Esta orientación, seguida entre otros por el Código Alemán y el Código Suizo, es adoptada por el Código de Familia de Costa Rica, Código de Familia de Bolivia y Ley Francesa de Filiación de 1972. * / En el Código de Familia de Costa Rica se establece que en contra de la presunción "es admisible la prueba de haber sido imposible al marido la COHABITACION FECUNDA con su mujer en la época que tuvo lugar la concepción del hijo..." (art. 70). Ambos factores, cohabitación y fecundidad, son suficientes para abarcar todas las hipótesis de imposibilidad: ausencia, separación, impotencia "coendi", impotencia "generandi", etc., entendiéndose implícitamente que la falta de relaciones sexuales fecundas con el marido puede acreditarse también a partir de la figura del hijo,

3 Mazeaud. Henri y León Mazeaud Jean. *Lecciones de Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas Europa. América. Buenos Aires. 1959. Vol. III, N° 871, pág. 323.

4 La nomenclatura clasificatoria fue extraída de la obra citada de Rivero Hernández, F. pág. 420.

demonstrando, por ejemplo, la incompatibilidad sanguínea. Esta facultad surge expresamente del art. 98 al aceptar la prueba de los grupos sanguíneos y otros marcadores genéticos para demostrar la no paternidad.⁵ La norma agrega que "el adulterio no autoriza por sí mismo al marido para desconocer al hijo", pero si prueba que lo hubo durante la época en que tuvo lugar la concepción del hijo, le será admitida la prueba de cualquiera otros hechos conducentes a demostrar su no paternidad" (art. 70, 2º parte). Los hechos pueden ser muy diversos y sin restricción. Lo importante es que convenzan al Tribunal de que el marido no es el padre. / X

El Código de Familia de Bolivia con similar criterio, dispone que "el marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio demostrando por todos los medios de prueba que no puede ser el padre del mismo" (art. 187).

Igualmente la Ley Francesa de Filiación de 1972 preceptúa "que el marido podrá desconocer al hijo en justicia si justifica mediante hechos apropiados que él no puede ser el padre" (art. 312). El Código Civil Francés, antes de la reforma, seguía el sistema denominado "cerrado". La norma enumeraba diversas hipótesis taxativas en las cuales resultaba posible la impugnación. Era el modelo que acogieron la mayor parte de los países latinoamericanos y que ahora ha sido reemplazado en los ordenamientos comentados, por el nuevo esquema, donde ya no hay limitaciones en cuanto a las causas motivadoras del desconocimiento.

El Código Civil Argentino como el Código Civil Italiano no adoptan el método casuista respecto a los supuestos en que es posible obtener el desplazamiento de la paternidad matrimonial. La enumeración es taxativa, quedando cerrado el camino para probar otras circunstancias demostrativas de que el marido no es el padre del nacido. En el primero se fijan como hipótesis de desconocimiento: a) la imposibilidad del marido de tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento (art. 246); y b) el adulterio más ocultación de parto, sucesos éstos que permiten acreditar todos los hechos que justifiquen el desconocimiento del hijo (art. 252). En el segundo, la Reforma de 1975 ha reemplazado el concepto de "imposibilidad física de cohabitación de parte del marido" por "la no cohabitación de los esposos durante la época de la concepción" (art. 235). Es decir, sustituye una imposibilidad de carácter abstracto, por la prueba concreta de la falta de cohabitación. Se mantiene, asimismo, la causal de impotencia en todas sus formas como motivo de desconocimiento (art. 235, inc. 2º), a diferencia del Código Civil Argentino donde no es recibida la invocación de la impotencia anterior al matrimonio (art. 252) y subsiste en la legislación italiana la causal de adulterio, pero actualmente no se requiere como requisito coadyuvante, la ocultación del embarazo o nacimiento. El art. 235, inc. 3º dispone que si en el período de la concepción la mujer ha

5 Gerardo Trejos y Carlos Manuel Arguedas. *Código de Familia de Costa Rica, Anotado y Concordado*. Editorial Costa Rica, San José 1976. Ver jurisprudencia que en la obra se cita.

cometido adulterio o ha ocultado al marido su gravidez o el nacimiento del hijo, el marido puede —en cualquiera de esos casos— probar que el hijo presenta características genéticas o registra grupos sanguíneos incompatibles con las del presunto padre o cualquier otro hecho tendiente a excluir la paternidad.

El sistema italiano, si bien mantiene la estructura de casos prefijados, lo cual en ciertas circunstancias puede constituir un obstáculo para lograr la concordancia entre el vínculo legal y el biológico, amplía indudablemente sus posibilidades de acción. En la Argentina, doctrina y jurisprudencia, aunque constreñidos por la restricción normativa, han intentado su superación. El avance no es lineal ni pacífico, pero ofrece suficiente base para una futura revisión del ordenamiento regulador y en este aspecto, merece destacarse el Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino de Juan Antonio Bibiloni, donde se propone una fórmula amplia, fundando el autor su decisión en esta regla fundamental: la presunción de la paternidad del marido se basa en la cohabitación de los esposos durante la época de la concepción. Si se puede probar que no existió o que a pesar de ella no hubo generación, la presunción desaparece.⁶ Es el criterio que, como ya hemos visto adoptó el Código de Familia de Costa Rica cuando se refiere a la imposibilidad de "COHABITACION FECUNDA" entre los esposos (art. 70). / X

- V -

ALCANCES Y LIMITES DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD DEL MARIDO

A) *Hijo nacido antes de los 180 días de la celebración del matrimonio.*

Conforme a la presunción sobre la duración mínima del embarazo, sólo el hijo concebido después de los ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio, se considera gestado dentro del mismo. Ello implica que el nacido antes del plazo mencionado debería tener carácter extramatrimonial. Empero, el juicio basado en la experiencia ha indicado como probable la paternidad de quien ha contraído enlace con la madre del hijo concebido antes del matrimonio, pero nacido después del mismo. Es por ello que, en general, las legislaciones han llevado a proyectar los efectos del connubio más allá de sus estrictos límites.

El Código de Familia de Costa Rica considera al hijo nacido dentro de los 180 días de la celebración del matrimonio como extramatrimonial, pero adquiere el carácter de matrimonial en los siguientes casos: a) si el marido antes de casarse tuvo conocimiento del embarazo de su mujer; b) si estando presente consistió en que se tuviere como suyo al hijo en el acta

6 Bibiloni Juan Antonio. *Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino*. Bs. As. 1931. Edit. Abeledo, Valerio, tomo V, Cap. I. Art. 4º, pág. 238. De los hijos legítimos.

de nacimiento inscrita en el Registro Civil; y c) si de cualquier modo lo admitió como tal (art. 69). Es decir, la presunción de paternidad del marido únicamente funciona en los supuestos indicados —ya que implican un reconocimiento por parte del esposo— y en contra de esta presunción, sólo se permite la prueba de haberle sido imposible la cohabitación fecunda con su mujer en la época en que tuvo lugar la concepción del hijo (art. 70). No hay, por consiguiente, denegación simple de paternidad, ya que el hijo nacido antes de los 180 días de la celebración del matrimonio es extramatrimonial y si asume el carácter de matrimonial en las hipótesis señaladas, para impugnar la paternidad es necesario acreditar las mismas circunstancias que cuando el hijo es concebido durante el matrimonio.

En los otros ordenamientos objeto de este comentario se adopta un sistema diferente. Se considera al hijo nacido dentro de los 180 días de la celebración del enlace como matrimonial,⁷ pero se faculta al marido a desconocerlo con la sola prueba del parto y del enlace. Empero, esta forma simple de denegación de paternidad le es vedada al esposo si conocía el embarazo de su cónyuge antes de la celebración del matrimonio o hubiere realizado actos que significaren la aceptación del hijo como suyo (Código de Familia de Bolivia, art. 185; Código Francés, art. 314; Código Civil Argentino, art. 253). En el Código Civil Italiano, por la Reforma del año 1975, si bien se mantiene la calidad de matrimonial para el hijo nacido antes de los 180 días de la celebración del matrimonio, es suprimido el derecho exclusivo del marido para desconocer su paternidad y también se eliminan los supuestos en que se prohíbe su impugnación. Es decir, aún cuando el marido hubiera conocido el embarazo de su mujer antes del matrimonio o lo hubiera declarado como hijo suyo en el acta de nacimiento, puede desconocer su paternidad, como igualmente pueden hacerlo los otros partícipes de la relación filial: la madre y el hijo (art. 233).

En el Código Civil Argentino y en el Código de Familia de Bolivia queda consolidado el carácter matrimonial del hijo, si se han producido aquellas circunstancias que representan un reconocimiento expreso o tácito del nacido (conocimiento por parte del marido el embarazo de su mujer, consentimiento de que el nacido se inscribiera en el acta de nacimiento como hijo del marido, o cualquier otro acto que implicase un reconocimiento del vástago). O sea, que en estos casos, ya no le es posible al esposo desconocer la paternidad. En cambio, el Código Civil Francés, admite para el marido que ha perdido el derecho al desconocimiento simple por haber tenido lugar alguno de los hechos que han dado solidez al carácter matrimonial del hijo, la posibilidad de impugnar la paternidad mediante la prueba de que él no puede ser el padre del nacido, según las reglas que rigen la contestación del hijo concebido durante el matrimonio (art. 314). Es decir, que en este aspecto, el sistema es similar al Código de Familia de Costa Rica.

⁷ En la doctrina y jurisprudencia argentinos existen sobre este punto criterios divergentes. Unos consideran que el hijo tiene carácter matrimonial, pero otros estiman que se encuentra legitimado por subsiguiente matrimonio.

B) Hijo nacido después de los 300 días de la disolución o anulación del matrimonio.

En el Código de Familia de Costa Rica (art. 75); Ley Francesa de Reformas a la Filiación (art. 315. Código Civil), la Reforma Italiana de 1975 (art. 234 y en la legislación argentina (art. 246 y 359 C. Civil),⁸ el hijo nacido después de los 300 días de la disolución o anulación del matrimonio es considerado extramatrimonial, ya que no funciona la presunción de la paternidad del marido. Empero, si el hijo es inscrito como matrimonial, es indudable que el marido u otros interesados, pueden mediante el mero cotejo de fechas, demostrar que ha nacido después del plazo indicado para que se produzca el desplazamiento respectivo.⁹ En la acción dirigida contra la madre y el hijo, estos últimos tienen derecho a defender la legitimidad, probando que el vástago ha sido concebido durante el matrimonio, es decir, que tiene por padre al marido (Código de Familia de Costa Rica, art. 75; Código Civil Francés, art. 311 y Código Civil Italiano, art. 234).

A diferencia de las legislaciones mencionadas, el Código de Familia de Bolivia, califica implícitamente al hijo nacido después de los 300 días de la disolución o anulación del connubio como matrimonial, ya que en esta hipótesis, concede acción para negar o discutir la paternidad del marido a éste o a quien tenga interés en ello (art. 190).

Como es posible apreciar, la tendencia es considerar el hijo nacido después de los 300 días de la disolución o anulación del matrimonio como extramatrimonial, mientras que antes gozaban de legitimidad, aunque ciertamente debilitada, ya que podía ser contestada por cualquier interesado (art. 107. Código Civil de Costa Rica; art. 315 texto anterior de la Reforma de 1972; art. 234 Código Civil Italiano, texto anterior a la Reforma de 1975). Se ha querido dejar claramente establecido que la presunción de la paternidad del marido no puede funcionar más allá del presupuesto básico que fundamenta la misma, o sea, la cohabitación de los cónyuges durante la época de la concepción.

C) Hijo nacido después de los 300 días de la separación judicial definitiva o provisoria.

Los cambios legales evidencian la inclinación actual a considerar el hijo nacido después de los 300 días de la separación judicial definitiva o provisoria como extramatrimonial, ya que no se lo estima amparado por la presunción "pater is est...". El Código de Familia de Costa Rica estatuye

⁸ Belluscio, A. C. *ob. cit.* tomo VI, pág. 33.

⁹ Autores franceses consideran que de acuerdo a la Reforma, el Oficial del Estado Civil debería rehusarse a inscribir al nacido después del período indicado, con el apellido del marido. Si esta inscripción tuvo lugar por error, el acta de nacimiento podría ser rectificadas por una resolución del Presidente del Tribunal. Massip - Morin - Aubert. La Reforma de la Filiación. París 1976. Edit. Repertoire du Wotariat Defrenais, 3a. edic. pág. 38.

que el hijo nacido en estas condiciones es extramatrimonial, salvo prueba en contrario (art. 75). En forma análoga, la Ley Francesa de Filiación de 1972, que modificó el art. 313 del Código Civil Francés, descarta la Presunción de la paternidad del marido para el nacido después de los 300 días de la resolución que autorizaba a los esposos a residir separadamente y menos de 180 días desde el rechazo definitivo de la demanda o desde la reconciliación.¹⁰ La presunción, sin embargo, renace de pleno derecho, si el hijo tiene en relación a los esposos, la posesión del estado de hijo matrimonial. Es decir, que no sólo se atiende a la relación entre los cónyuges, o sea, a la existencia de cohabitación entre ellos durante la época de la concepción, para que se restablezca la presunción de paternidad del marido (art. 313-2), sino que también se pone el acento en el trato proporcionado al hijo como signo de que el marido es el padre. Es cierto, que la posesión de estado de hijo matrimonial supone, generalmente, la reconciliación entre los esposos y la convivencia de los mismos. Empero, el legislador francés, en el art. 313, 2º párrafo, no indaga sobre tal aspecto y sólo toma en cuenta la vinculación social del hijo con los esposos (posesión de estado) y de ésta relación induce la paternidad del marido. Queda, pues, comprendida aquella situación en la cual no hubo relaciones sexuales entre los esposos, pero el marido ha perdonado el adulterio de su mujer y aceptó dentro de su hogar a un hijo que no es el suyo.¹¹ Puede afirmarse, que se valora con mayor intensidad la existencia de posesión de estado de hijo matrimonial, que la unión de hecho de los esposos durante la época de la concepción, ya que en este último caso para que los efectos legales de la presunción queden restablecidos, no sólo se exige la prueba de la cohabitación entre los cónyuges, sino también la verosimilitud de la paternidad, a fin de evitar que por un simple acuerdo o colusión entre ellos, se pueda dar al hijo una filiación que no es la suya.¹²

Igualmente, la Reforma Italiana de 1975 modificó la regla anterior estableciendo que la presunción de paternidad del marido no opera después del pronunciamiento de separación judicial o de la homologación de la separación consensual o de la comparecencia de los cónyuges ante el juez, cuando los mismos son autorizados a vivir separadamente durante el juicio de separación, de anulación o de la cesación de los efectos civiles del matrimonio (art. 232). Es decir, que cesa la presunción en todos los supuestos en que desaparece la obligación legal de cohabitación. Empero, cualquiera de los cónyuges y sus herederos pueden acreditar que el hijo ha sido concebido durante la convivencia de los esposos. Hasta tanto no quede acreditada esta última circunstancia, el marido es considerado ilegítimo y no puede accionar para reclamar su estado de hijo matrimonial, limitación ésta expresamente establecida (art. 234).

10 Como en el supuesto examinado en el punto anterior, autores franceses sostienen la posibilidad de suprimir el nombre del marido en el acta de nacimiento por una acción de rectificación del estado civil. Massip y otros, *ob. cit.* pág. 39.

11 Massip Jacques y otros, *ob. cit.*, pág. 42.

12 Massip Jacques y otros, *ob. cit.*, pág. 44.

En la legislación argentina, antes de la reforma de 1968, se reputaba como matrimonial, al hijo nacido después de los 300 días de la separación provisoria o definitiva de los cónyuges. La presunción de paternidad no desaparecía, aún cuando la separación legal implicaba el cese de la obligación de convivencia conyugal y sobre esta base pudiera deducirse que los esposos no habían mantenido relaciones sexuales. El hijo continuaba siendo matrimonial y restaba como tal en forma definitiva, si el marido o los otros legitimados no interponían la acción de desconocimiento antes de que venciera el plazo de caducidad. La ley solo facilitaba la prueba, ya que únicamente se debía verificar que el nacimiento había tenido lugar después de los 300 días de la separación provisoria o definitiva de los cónyuges.¹³ Después de la modificación, el hijo nacido en las condiciones mencionadas no se presume vástago del marido, por lo que éste no tiene necesidad de desconocerlo (art. 250. C. Civil Argentino). Los 300 días se cuentan desde la separación de hecho unida a una demanda de divorcio o nulidad de matrimonio, sin importar si aquella tuvo lugar concomitantemente, con anterioridad o después de la promoción del juicio.¹⁴ Se podrá defender el carácter matrimonial del hijo con la comprobación de que hubo reconciliación entre los esposos, para lo cual se considera suficiente la mera unión de hecho, sin necesidad de que se verifique la reanudación de la convivencia conyugal.¹⁵

D) *Hijo nacido después de los 300 días de la separación de hecho entre los cónyuges.*

La separación entre los cónyuges no ha sido considerada hasta el presente, en gran parte de las legislaciones, como una circunstancia de entidad suficiente para desvirtuar la presunción de paternidad marital. Las modificaciones introducidas por los ordenamientos que analizamos, como así también los proyectos de leyes y jurisprudencia en los países donde aún no se produjo un cambio en el derecho positivo, revela que se quiere dar a la separación fáctica aptitud idónea para neutralizar la presunción de paternidad del marido. Esta orientación tiene coherencia con el principio de la verdad biológica, ya que es evidente que si los esposos no convivieron durante la época de la concepción, cae el sustento básico de la presunción que a su vez se apoya en una presunción de cohabitación.

13 Belluscio Augusto C., *ob. cit.*, pág. 36; Zannoni C. A. La Presunción de Paternidad durante la Separación de los Cónyuges por Divorcio o Nulidad de Matrimonio. Revista La Ley, tomo 138, pág. 857.

14 Llambías, J.J. *Código Civil Anotado*. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1978, pág. 872; C. Civil, Sala A., Revista El Derecho, tomo 11, pág. 654; C. Civil, Sala F. El Derecho tomo 70, pág. 381.

15 Borda Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Edic. 5º, Edit. Perrot. Buenos Aires 1973, tomo II, Familia, pág. 28; López del Carril Julio. La Filiación. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires 1976, pág. 232; Belluscio A.C., obra citada, tomo VI, pág. 37. Contra: Llambías J.J., *op. cit.*, art. 250, pág. 872.

El Código de Familia de Costa Rica expresamente dispone que "se tendrá como hijo habido fuera de matrimonio al nacido después de los 300 días de la separación de hecho de los cónyuges" (art. 71). En la legislación francesa, la separación de hecho no aparece en forma directa como suceso que hace cesar la presunción de paternidad del marido, pero, implícitamente, se encuentra aceptada al disponer que dicha presunción queda descartada de pleno derecho si el hijo es inscrito sin la indicación del nombre del marido y sólo tiene la posesión de estado respecto de la madre (art. 313-1). Estas circunstancias traducirán normalmente la falta de convivencia de los esposos.¹⁶ Igualmente se ha considerado que cesa la presunción si el nacido es inscrito bajo el apellido de soltera de la madre, o es declarado como hijo de una mujer casada pero de otro hombre como padre o cuando es registrado como de madre desconocida y la filiación materna queda posteriormente establecida, ya sea por reconocimiento o acción judicial.¹⁷ En el derecho anterior, en todos los supuestos mencionados, la presunción de paternidad subsistía, lo cual provocaba grandes inconvenientes ya que si la mujer convivía con un tercero después de su separación conyugal y de aquella unión concubina nacía un niño, éste no podía ser reconocido por su verdadero padre, mientras el marido no impugnara la paternidad. Podía darse la incongruencia que el hijo viviera junto a su verdadero progenitor y fuera tratado como tal, conservando, sin embargo, el lazo legal con el marido de la madre quien para él era un extraño al cual no lo unía relación alguna ni biológica, ni social. Bastaba, incluso, una simple rectificación del estado civil para que el nacido ostentara el apellido del marido. En la legislación italiana, si bien se contempla la separación fáctica, ésta debe ser homologada por el juez para que cese la presunción de paternidad del marido (art. 232). Sólo en este supuesto, el hijo nacido después de los 300 días de la separación de hecho es considerado extramatrimonial. Si la sentada separación no tuvo exteriorización judicial, únicamente puede ser causa para impugnar la paternidad del marido, si se prueba que se efectivizó durante la época de la concepción (art. 235, inc. 1). El Código de Familia de Bolivia no se ocupa expresamente de la separación de hecho como motivo del cese de la presunción de paternidad marital. Sólo es posible considerarla como fundamento de una acción de desconocimiento de dicha paternidad dentro de la formulación amplia que contiene dicho Código (art. 187).

En el Derecho Argentino, la mera separación de hecho no hace cesar la presunción de paternidad del marido. Sólo tiene gravitación cuando va unida a una demanda de divorcio o nulidad de matrimonio, como ya hemos visto.¹⁸ Empero, hay autores que otorgan a la separación fáctica fuerza bastante para hacer cesar la presunción,¹⁹ aún cuando la ausencia de un

16 Dagot Michel y Spiterri Pierre. *Le Nouveau Droit de la Filiation*. Edit. Librairies Techniques. París 1972, pág. 38.

17 Massip J. y otros, *ob. cit.*, pág. 41.

18 Belluscio Augusto César. *ob. cit.*, tomo VI, pág. 37; Llambías J. J., *ob. cit.*, art. 250, pág. 872.

19 López del Carril Julio. *ob. cit.*, pág. 231; Morello A. M. Separación de hecho entre cónyuges. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1961, pág. 181 y sgts.

texto legal torna difícil su debida valoración en los procesos de desconocimiento. Algunos tratadistas y jueces la han considerado como una hipótesis de imposibilidad de acceso a la mujer, lo cual permite impugnar la paternidad del marido, si el cese de la convivencia entre los cónyuges tuvo lugar durante la época de la concepción.²⁰

Los proyectos de reforma siguen la tendencia moderna y descartan la presunción de paternidad del marido en el supuesto de separación de hecho de los cónyuges durante la época de la concepción. Así en el ante proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de Bibiloni se coloca en un pie de igualdad los estados formales o no formalizados, señalando el autor que entre los mismos no hay distinción de esencia, ya que el presupuesto es idéntico: la falta de vida en común. Con el mismo criterio el Anteproyecto de Código Civil de 1954, proyectado por el Dr. Jorge A. Llambías, dispone que el padre podrá, sin necesidad de otra prueba, desconocer la legitimidad del hijo concebido durante la separación de los esposos, judicial o *de hecho* o durante la ausencia de uno de los cónyuges, siempre que no se acredite que durante el período mencionado hubo reconciliación de los esposos, aún transitoria (art. 508).

- VI -

QUIENES PUEDEN PROMOVER LA ACCION DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL MIENTRAS VIVE EL MARIDO

Ha sido criterio generalizado conceder al marido, en vida de éste, la exclusiva facultad de contestar la paternidad. Se han dado diversas explicaciones a esta regla que pueden sintetizarse del siguiente modo: el desconocimiento de la paternidad es una cuestión de honor de la que sólo el esposo es juez. Nadie tiene derecho a exteriorizar la lesión que se le ha inferido y exhibir la violación del deber de fidelidad por parte de la esposa; las ingerencias extrañas no son admisibles en un problema tan íntimo.

Si estas constituyen razones atendibles frente a un núcleo familiar que se mantiene vigente, donde aún subsisten lazos afectivos y de convivencia, bien pronto la experiencia demostró que en situaciones donde el matrimonio como realidad vital ha desaparecido por la separación de sus componentes, tales fundamentos perdían su fuerza. Se vio que existía un interés legítimo de los otros partícipes de la relación filial para obtener un emplazamiento jurídico acorde con la realidad biológica. Siempre se pensó que la filiación legítima amparaba a la madre y al vástago, por lo que para estos últimos no podía constituir un beneficio controvertirla. Sin embargo, la realidad ha demostrado que no en todos los casos el emplazamiento como hijo matrimonial favorece al hijo o a la progenitora. Si el niño convive con la madre y el padre biológico, respecto del cual

20 Llerena, Baldómero. *Concordancias y Comentarios del C. Civil. Argentina*. Buenos Aires 1899, tomo II, art. 250; Zannoni, E. art. cit.; Borda, Guillermo A., *ob. cit.*, tomo II, N° 626, pág. 28.

el nacido goza de la posesión de estado filial, resulta más conveniente que el hijo se desligue de esta relación aparente y quede emplazado como hijo de quien es un auténtico padre. En este supuesto, se observó que la potestad decisoria en cabeza del marido podía resultar injusta, ya que era necesario tomar en cuenta a los otros partícipes de la relación filial y que también a la comunidad en su conjunto le preocupaba el estado de las personas, su emplazamiento o desplazamiento, ya que constituía el origen de derechos-deberes reguladores de los roles familiares. Estas ideas se plasmaron en los ordenamientos modernos y es así que en el Código de Familia de Costa Rica, si bien la acción de impugnación de la paternidad marital sigue perteneciendo al marido (art. 72), en el caso de un hijo nacido después de los 300 días de la separación de hecho de los cónyuges, siempre que no haya tenido posesión notoria de estado por parte del marido, tal hijo es considerado extramatrimonial, como ya hemos visto y esta declaración, por vía del proceso correspondiente, la efectúa el Tribunal a solicitud de la madre o del hijo, o de quien represente a éste (art. 71). En este supuesto, puede un hombre reconocer al hijo de la mujer unida en matrimonio. Si en la acción que promueva el tercero para obtener la autorización judicial del reconocimiento, el marido se opone, se ventila el conflicto por vía ordinaria lo cual implica la posibilidad para el presunto padre biológico de discutir la paternidad del esposo (art. 84).

Igualmente, el Código de Familia de Bolivia pone en cabeza del marido la acción de desconocimiento de paternidad (art. 187), pero cuando el hijo resulte haber sido concebido durante la separación judicial o aún de hecho de los esposos, se admite el reconocimiento de un tercero, siempre que el hijo tenga la posesión de estado frente al reconocimiento (art. 200). Esto quiere decir que en la hipótesis en que el nacido se halla emplazado como hijo del marido, pero no goza de la posesión de estado frente a éste, sino respecto al tercero, éste tiene la facultad para discutir la paternidad del esposo, como paso previo de su pretensión al reconocimiento del hijo.

También la Ley Francesa de Filiación de 1972, mantiene la acción exclusiva del marido para impugnar la paternidad del hijo (art. 312), pero este privilegio, en forma semejante al Código de Familia de Costa Rica y Código de Familia de Bolivia, cede en las hipótesis en que se ha producido la ruptura matrimonial y el hijo no tiene posesión de estado filial respecto al marido de la madre. Así, la ley concede a la madre el derecho de impugnar la paternidad de su cónyuge, pero sólo a los fines de obtener la legitimación del hijo, cuando después de la disolución de su matrimonio decide contraer nuevo enlace con el verdadero padre de la criatura (art. 318). La acción, en tal caso, se dirige contra el marido y sus herederos y debe ser promovida por la progenitora y el nuevo cónyuge dentro de los 6 meses de su matrimonio y antes de que el niño alcance la edad de 7 años. Las dos demandas —contestación de paternidad del marido y petición de legitimación— son juzgadas en forma conjunta y no puede ser admitida la primera, sino es aceptada la segunda (art. 318-2).

Igualmente se ha abierto el camino para que otros interesados puedan discutir la paternidad marital cuando el hijo ostenta el título de estado de hijo matrimonial, pero no goza de la posesión de estado frente al marido. En este caso, un tercero puede reconocer al niño y resulta también posible promover una acción de reclamación de paternidad extramatrimonial (interpretación a contrario sensu del art. 334-9).²¹ La Corte de Casación por sentencia del 9 de junio de 1976 admitió la validez del reconocimiento de un hijo que tenía título de estado de legítimo sin la posesión de estado correspondiente y juzgó posible la acción intentada por el reconociente para resolver el conflicto de filiación.²² Es decir, habría un nuevo tipo de acción para todos aquellos que estén interesados en que se declare la verdadera paternidad, basada en un precepto donde se dispone que los Tribunales reglan los conflictos de filiación para los cuales la ley no ha fijado otro principio, sobre la base de la filiación más verosímil y en defecto de elementos suficientes de convicción se tendrá en cuenta la posesión de estado al hijo (art. 311-12). Esta acción se encontraría abierta a todos los que tienen un interés directo en que se declare la verdadera filiación: el presunto padre biológico, la madre, el hijo y sus herederos, el marido de la madre y sus herederos.²³

La ley italiana ha modificado en forma substancial el sistema anterior y confiere la acción de impugnación de la paternidad del marido, no sólo a éste sino también a la madre y al hijo que ha alcanzado la mayoría de edad, en todos los casos en que pueda ser ejercida por el esposo (art. 235).

En el ordenamiento argentino, el derecho exclusivo del marido para desconocer su paternidad es terminante: "mientras viva el marido, nadie sino él podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio" (art. 256). Algunos autores han buscado una apertura frente a exigencias concretas y si bien la mayor parte de la doctrina mantiene el criterio legal, se admitió la acción de impugnación de la paternidad del marido promovida por el hijo para que éste pudiera reclamar su filiación extramatrimonial.²⁴ La jurisprudencia también consideró factible en algunos casos la demanda del hijo, quien debía probar algunas de las causas que el Código fija para que decaiga la paternidad del marido.²⁵ En cuanto a los proyectos de ley, cabe destacar el Anteproyecto de

21 El art. 334-9 dispone que todo reconocimiento es nulo y ninguna demanda de investigación de paternidad será admitida, cuando el hijo tenga ya una filiación legítima acorde con su posesión de estado.

22 Colombet, C. Foyer J. Huet Weiller D, Labruse R. *La Filiation legitime et naturelle*. Edit. Dallor. París 1977. pág. 159.

23 Massip J. y otros. *ob cit.*, pág. 112.

24 Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Familia*, tomo II, 5ª ed. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1973, pág. 28.

25 Cam. Nac. Civ., Sala B., abril 9/958. *La Ley*, tomo 91, pág. 181; Cam. Nac. Civ., Sala C., nov. 24/1966, *La Ley*, tomo 124, pág. 602; Cam. Apel. C. C. Rosario, Sala II, oct. 1/9/69, tomo 137, pág. 262.

Reformas de Bibiloni, el cual no obstante mantener en cabeza del marido la potestad de desconocer al hijo nacido o concebido durante el matrimonio, admite la petición de toda persona que tenga interés actual en ello, para que se declare la ilegitimidad del hijo, en los casos de divorcio, de separación provisoria o definitiva, en el de separación de hecho, de abandono del hogar o desaparición o ausencia del esposo o de la mujer, si el período de la concepción coincide con el de la separación efectiva y no ha mediado restablecimiento de las relaciones conyugales (art. 5º y 10º, Título XIII, Cap. I, De los Hijos Legítimos).

En definitiva, el examen precedente demuestra que, indudablemente, la separación de los cónyuges, sea ésta legal o de hecho, rompe el principio de que sólo el marido puede controvertir su paternidad, abriéndose el camino para que otros interesados la discutan, esencialmente, los partícipes de la relación filial.

- VII -

TIEMPO PARA PROMOVER LA ACCION

Casi todas las legislaciones adoptaban el sistema de plazos cortos para interponer la acción de impugnación de paternidad del marido, por razones de seguridad jurídica y con el objeto de proteger la estabilidad del estado de familia. Es el criterio que aún se observa en la legislación argentina, ya que el plazo para promover el juicio es de 60 días contados desde que el marido tuvo conocimiento del parto (art. 254); este término de caducidad comprende tanto el desconocimiento simple como el riguroso.

Actualmente se estima que los plazos no pueden ser excesivamente exigüos ya que, por una parte, no permite realizar las diligencias necesarias para interponer la demanda y, por la otra, es factible que el marido se entere con posterioridad de circunstancias que le demuestren la imposibilidad de que él sea el padre del nacido. En otro término, un plazo demasiado limitado puede resultar peligroso dentro de un enfoque de autenticidad filial.

En el Código de Familia de Costa Rica se distinguen dos situaciones. Si el hijo no goza de posesión notoria de estado respecto al marido, éste puede promover la acción para impugnar la paternidad en cualquier tiempo. Si por el contrario, el nacido ostenta posesión de estado respecto al esposo de la madre, la acción deberá intentarse dentro del año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento a la impugnación. Este plazo no corre contra el marido incapaz mental que careciere de curador (art. 73 modificado por la ley del 23 de marzo de 1976). La diferenciación de hipótesis es razonable y nuevamente se aprecia en este aspecto la trascendencia que se concede al elemento posesión de estado, cuestión sobre la cual volveremos

más adelante. Merece destacarse que el punto de partida que se adopta en la legislación costarricense a partir del cual se computa el plazo de caducidad —fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que sirven de fundamento a la impugnación— responde con mayor convicción al principio de la verdad de la filiación que aquel otro, utilizando con mayor frecuencia, donde se toma en cuenta la fecha del nacimiento del hijo.

La Ley Francesa de Filiación de 1972 también amplió los plazos de caducidad. El Código Civil Francés, en su texto primitivo, disponía que el marido podía contestar la paternidad dentro del mes del nacimiento del hijo si se encontraba en dicho lugar y dos meses después de su retorno, si en aquel momento se hallaba ausente. Cuando el nacimiento del hijo le hubiera sido ocultado, podía interponer la acción dos meses después del descubrimiento del fraude (art. 316). La Reforma uniformó el plazo para accionar y lo extendió a 6 meses para todos los supuestos.

La Reforma Italiana de 1975, dentro de la misma orientación, ha igualmente ampliado los plazos de caducidad. Antes el marido tenía un plazo de tres meses para desconocer la paternidad computados desde el día del nacimiento si se encontraba en dicho lugar y 3 meses a partir del retorno al mismo o donde se hallaba el domicilio conyugal, en caso de ausencia. Si probaba no haber tenido noticias del nacimiento en dicho día, el término de tres meses corría desde que tomaba dicho conocimiento. El art. 244 modificado, extiende los mencionados plazos a un año. Si la acción es interpuesta por la madre, el término es de 6 meses desde el nacimiento del hijo y si es promovida por este último debe ser presentada dentro del año de cumplimiento de su mayoría de edad o desde el momento en que toma conocimiento del hecho que funda su acción.

El Código de Familia de Bolivia mantiene un plazo corto —tres meses— desde el día del parto si estuvo presente el marido, o desde su retorno al lugar donde se produjo el alumbramiento o al domicilio conyugal, si no lo estuvo, o desde que descubrió el fraude, cuando se oculta el nacimiento (art. 188).

En cuanto a la acción de los herederos del marido, en general la ley les concede el derecho de impugnar la paternidad del marido, siempre que éste hubiera fallecido antes de vencer el término en que puede desconocer al hijo (Código De Familia de Costa Rica, art. 74; Código de Familia de Bolivia, art. 188; Código Civil Francés, art. 316-1; Código Civil Italiano, art. 246) porque nadie puede transmitir un mejor derecho que el que tiene. Si bien el Código Civil Argentino no contiene una norma expresa en tal sentido, esta ha sido la interpretación de la doctrina y jurisprudencia en forma unánime.²⁶ La acción de los herederos no se admite, en

26 Llambías, J.J. *ob. cit.*, tomo I, (Coment, art. 258, N° 5, pág. 892).

algunos ordenamientos, después de transcurrido un determinado plazo a partir del día en que el hijo hubiere entrado en posesión de los bienes del presunto padre o desde el día en que los herederos fueron turbados en la posesión de la herencia por el presunto hijo (2 meses, Código de Familia de Costa Rica (art. 74); 6 meses, Código Civil Francés (art. 316-1); 2 meses, Código Civil Argentino (art. 258). En cambio, en otros, el plazo de caducidad para los herederos se cuenta desde el fallecimiento del marido o del nacimiento del hijo, si éste es póstumo (3 meses, Código de Familia de Bolivia (art. 188); 1 año, Código Civil Italiano (art. 246).²⁷

- VIII -

LA POSESION DE ESTADO Y SU INFLUENCIA SOBRE LA ACCION DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD DEL MARIDO.

La procreación, que dentro de la sociedad cumple una función esencial porque asegura su propia continuidad y las condiciones de existencia, queda sometida por esa razón a una rigurosa disciplina, exteriorizada en el plano jurídico por normas reguladoras de la conducta humana y destinadas a garantizar el desarrollo de los nuevos miembros. Por esta razón, a la comunidad le interesa quién en los hechos ejerce la función paterna y busca su control a través de la concordancia entre el vínculo biológico-social y el vínculo jurídico de filiación. Además, tratar al nacido como hijo representa el signo visible de la relación biológica que lo une a los progenitores, ya que normalmente —si descontamos el supuesto de adopción— la madre o el padre se comportarán como tales si han engendrado al hijo. Estos dos aspectos de la posesión de estado, señal de un vínculo procreacional y cumplimiento de la función paterna, han debido por fuerza gravitar sobre la presunción "pater is est..." y, por ende, sobre la acción de impugnación de la paternidad del marido. Ello explica el rol esencial que las recientes reformas en la materia adjudican a la posesión de estado, como elemento clarificador de la auténtica situación filial y para resolver el conflicto de paternidades.

El Código de Familia de Costa Rica no admite ningún reconocimiento "cuando el hijo tenga ya una filiación establecida por la posesión notoria de estado" (art. 90), como tampoco es aceptada en dicha hipótesis acción alguna de investigación de paternidad (art. 99). Es decir, entonces, que frente a un título de estado de hijo matrimonial y posesión de estado acorde, es ineficaz todo intento de emplazamiento del nacido como extramatrimonial. Igual criterio es adoptado por el Código de Familia de Bolivia (art. 192 y 200); Código Civil Francés (art. 322) y (art. 334-9); Código Civil Italiano (art. 238). O sea, si la familia ori-

²⁷ Es menester aclarar que en la legislación italiana, se transmite la acción de impugnación de paternidad, si el titular es la madre o el padre, a sus descendientes y ascendientes y en el caso del hijo, a su cónyuge y descendientes (art. 246 inc. 1° y 2°).

ginada en matrimonio mantiene su estructura y el hijo es tratado, cuidado y formado en el seno de dicho hogar por los cónyuges, además de constituir esta situación un indicio vehemente de que la paternidad corresponde al marido, la conservación del vínculo favorece a la criatura, pues su estado final armoniza con quien en los hechos asumió la responsabilidad paterna y en este supuesto interesa evitar toda perturbación que pueda lesionar al núcleo familiar.

Si, por el contrario, ha desaparecido la convivencia entre los cónyuges, situación que coincidirá normalmente con la ausencia de posesión de estado del hijo en relación al marido, se admite la demostración de la paternidad real, rechazándose el mantenimiento de todo lazo ficticio. Por tal razón, en el Código de Familia de Costa Rica, por una parte, como lo hemos ya señalado, se tiene como extramatrimonial al hijo nacido después de los 300 días de la separación de hecho de los cónyuges que no haya tenido posesión notoria de estado por parte del marido (art. 71) y, por la otra, se admite el reconocimiento del hijo concebido por la madre ligada en matrimonio, pero para que sufra los efectos legales consiguientes, es necesario, en forma concordante con el artículo mencionado, que la concepción se haya efectuado durante la separación de los cónyuges, que el hijo no goce de posesión de estado frente al marido y que el reconocimiento fuere autorizado por resolución judicial (art. 84). De manera similar, el Código de Familia de Bolivia permite que un tercero reconozca a un hijo de mujer casada, cuando fue concebido durante la separación judicial y aún de hecho de los esposos, siempre que el hijo tenga posesión de estado frente al reconociente (art. 200), lo cual obviamente implica que no la tiene en relación al marido. La Ley Francesa de Filiación introdujo modificaciones esenciales en este aspecto. Descarta la presunción de paternidad cuando el niño es inscrito sin la indicación del nombre del marido y sólo tiene la posesión de estado en relación a la madre (313-1). Igualmente, es posible el reconocimiento de un tercero o la reclamación de otro estado filial por el hijo, si a pesar de ostentar éste el título de legítimo, no tiene la posesión de estado como tal (art. 334-9 interpretación contrario-sensu). El conflicto se resuelve a favor de la filiación más verosímil y en defecto de elementos suficientes de convicción, se estará a lo que resulte de la posesión de estado (313-12).

Puede concluirse que la tendencia actual legislativa se esfuerza, sobre todo, en hacer prevalecer el interés del hijo a través de la posesión de estado. Si, por una parte, este elemento da firmeza al carácter matrimonial del hijo, por la otra su ausencia otorga mayores facilidades para el emplazamiento del nacido de conformidad con el vínculo biológico-social. En el ordenamiento argentino, esta orientación no se ha manifestado a través de normas concretas y sólo aparece en los casos judiciales de la paternidad del marido. La posesión de estado ha servido con mayor evidencia para probar la existencia de una filiación matrimonial que para desecharla, porque en el primer caso existe una regla expresa (art. 114, L.M.C.) y en el segundo supuesto, la ausencia de preceptos especificados, ha impedido la debida consideración de dicho factor.

CONCLUSIONES

No hemos tratado todos los aspectos de la acción de impugnación de la paternidad del marido, sino sólo aquellos en que se ha podido apreciar un cambio de orientación y, respecto de estos, únicamente hemos intentado destacar los lineamientos básicos de las soluciones propuestas.

En el ámbito de las causales de impugnación de la paternidad del marido, se tiende a eliminar los casos restringidos y de carácter taxativo y, respecto de las personas legitimadas para accionar, va desapareciendo la exclusividad marital, ampliándose la facultad a los otros partícipes de la relación filial, cuando el vínculo matrimonial ya no existe como realidad vital. Las legislaciones distinguen, en general, dos situaciones bien netas dándoles un tratamiento jurídico diferente. Una, cuando el matrimonio subsiste y, la otra, cuando los cónyuges se encuentran separados, es decir, en el supuesto de que hubiera desaparecido la convivencia. En el primer caso, se protege la filiación matrimonial y este amparo se manifiesta a través del elemento posesión de estado. Si el hijo tiene posesión de estado frente al marido, su estado matrimonial queda consolidado. En el segundo caso, máxime, cuando se ha constituido un nuevo núcleo familiar y el hijo ostenta la posesión de estado frente a su padre biológico, se defiende la evolución normal del menor, tratando de evitar las perturbaciones que le puede ocasionar la antinomia entre el vínculo biológico-social y el jurídico.

La intención de eliminar lazos ficticios, ha llevado a restringir los alcances de la presunción de paternidad del marido a límites en que puede ser justificada por una real cohabitación de los cónyuges. Los valores que hoy se consideran estimables en la regulación legal de la relación paterno-filial, han repercutido en la intensidad de la presunción de paternidad del marido y, por tanto, en la acción para su desconocimiento. Se piensa que la responsabilidad en la procreación debe ir unida a la responsabilidad de formar y educar a los hijos. Si la relación biológica alimenta al posterior vínculo social padre-hijo (posesión de estado), resulta inconveniente mantener un sistema que dificulte el emplazamiento en el estado acorde con la realidad. La imagen misma de la familia y del matrimonio empalidece si se fuerza el mantenimiento de vínculos formales. Valen aquí las palabras dichas hace ya más de un siglo por García Goyena: "por santa, fuerte y hasta tiránica que sea la presunción de paternidad, no puede admitirse contra lo imposible y absurdo: la ley que diera a una mentira evidente el título y poder de la verdad, no sería sino un escándalo social y el envilecimiento del matrimonio".²⁸

28 García Goyena, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Madrid 1852, pág. 112.

CONVENCIONES COLECTIVAS CELEBRADAS EN COSTA RICA (1968-1974)

Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Instituto de Derecho Social

Abel Castro Hidalgo

María del Mar González de la Mata

Elizabeth Odio Benito

María de los Angeles Soto Gamboa

Zarela Villanueva Monge

Mayo de 1976

Sumario: I. La Convención Colectiva de Trabajo en la Doctrina. Generalidades. II. La Convención Colectiva de Trabajo en la Legislación Costarricense. A. Su advenimiento en nuestro derecho positivo. B. Lo que nuestra ley denomina "contrato colectivo de trabajo". C. La regulación de la convención colectiva de trabajo en el Código Laboral. 1. Concepto y alcances de la misma. 2. Obligación patronal de celebrar la convención colectiva. 3. La titularidad de la convención colectiva de trabajo. 4. Formas de adquirir vida jurídica la convención colectiva de trabajo. a. La negociación directa. b. Fracaso de la negociación directa. i) La solución dada por nuestra jurisprudencia. ii) La negación del derecho de huelga. iii) La falta de garantías para los trabajadores. c. Abandono de este sistema y procedimientos ideado por los sindicatos para sustituirlo. d. La reforma al artículo 56 del Código de Trabajo. e. La intervención del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. 5. Formalidades de la convención colectiva de trabajo. 6. Contenido de la Convención Colectiva de Trabajo. III. CONVENCIONES COLECTIVAS (1968-1974). A. RESUMEN GRAFICO. B. CONTENIDO DE LAS CONVENCIONES: cláusulas normativas y cláusulas obligacionales. 1. CLAUSULAS NORMATIVAS EN LAS CONVENCIONES SUSCRITAS. a. SALARIOS. i) Aumentos. ii) Modo de pago. iii) Lugar, día y hora de pago. iv) Beneficios adicionales. b. AGUINALDO. c. JORNADA DE TRABAJO. i) Reducción de la jornada diaria y semanal. ii) Jornada de trabajo extraordinaria. iii) Jornada mixta y nocturna. iv) Jornada acumulativa y continua. v) Tiempo de trabajo efectivo (para efecto de pago) d. DESCANSOS. i) Descansos durante la jornada. ii) Pago de salario doble por trabajo en el día de descanso semanal. iii) Aumento del número de días de descanso semanal. iv) Descansos mínimos entre jornadas. e. DIAS FERIADOS. f. VACACIONES. i) Escalas progresivas. ii) Suspensión de vacaciones. iii) Remuneración de las vacaciones. iv) Epoca en que se concederán las vacaciones. g. LICENCIAS. i) Licencias sin goce de salario. ii) Licencias con goce de salario. h. ESTABILIDAD EN EL EMPLEO. i) Despido por causa justificada; por motivos no imputables al trabajador; reinstalación; despido injustificado. Procedimiento. ii) Estabilidad en el empleo; caso de sustitución patronal; caso de participación en huelga o conflicto; caso de incapacidad física o vejez. i) AUXILIO DE CESANTIA Y PREAVISO DE DESPIDO. i) Derecho a percibir el auxilio de cesantía conforme lo determina la ley. ii) Aumento del monto de la indemnización. iii) Período de prueba. iv) Preaviso de despido. v) Pago adelantado, parcial y anual del auxilio de cesantía. vi) Pago de prestaciones en caso de sustitución patronal. j. RIESGOS PROFESIONALES. k. SUBSIDIOS EN CASO DE ENFERMEDAD AMPARADA A LA CCSS O DE RIESGO PROFESIONAL. i) Subsidio patronal. ii) Pago de los cuatro primeros días de incapacidad no reconocidos por la C.C.S.S. iii) Subsidio conforme al estado civil del trabajador. iv) Fecha de pago y período durante el cual se reconoce el subsidio. v) Citas médicas. vi) Subsidio patronal con carácter de "préstamo". l. SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO. m. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR Y DEL PATRONO. n) CLAUSULAS OBLIGACIONALES EN LAS CONVENCIONES SUSCRITAS. a. CLAUSULAS QUE SE REFIEREN A LA PROPIA CONVENCION. i) Cumplimiento de las cláusulas de la convención. ii) Ambito de aplicación. iii) Reformas a la convención. iv) Junta de Relaciones Laborales. b. CLAUSULAS QUE AFECTAN AL SINDICATO PACTANTE. i) Reconocimiento del sindicato. ii) Libertad sindical. iii) Estabilidad en el empleo de los dirigentes sindicales. iv) Licencias con y sin goce de sueldo. v) Otras. c) CLAUSULAS QUE CONCEDEN BENEFICIOS COLECTIVOS NO ESTIPULADOS POR LEY. i) Problema de la vivienda. ii) Creación de cooperativas de consumo. iii) Creación de un fondo de retiro por contribución obrero-patronal. iv) Creación de un fondo de previsión para emergencias y otras necesidades. v) Mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores. IV. SUGERENCIAS. CONCLUSION. ANEXOS. BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION

Dentro del contexto socio-económico en que se desenvuelven las relaciones obrero-patronales en Costa Rica, ha ido adquiriendo notable importancia la utilización de los instrumentos jurídicos propios del Derecho Colectivo Laboral. Circunstancias específicas de ese mismo marco socio-económico del país han determinado que hasta fechas muy recientes, los conflictos entre patrono y trabajador se resolvieran, básicamente, dentro de los lineamientos de la relación individual de trabajo. Empero, hoy día es cada vez más importante la actividad que desarrollan las organizaciones sindicales y el papel que juegan como promotoras de cambio y mejoramiento de las condiciones generales de vida del trabajador. Dentro de este orden de ideas, las negociaciones colectivas suscritas entre patronos y trabajadores bajo la forma de convenciones colectivas son cada vez más frecuentes e importantes.

De igual manera, el planteamiento de conflictos colectivos que se rigen por procedimientos distintos a los de la convención y que no concluyen con la firma de una ley profesional como lo es ésta, son también métodos muy utilizados últimamente por los trabajadores en su lucha por conseguir mejoras sustanciales de las condiciones en las que se desenvuelve la relación laboral. Circunstancias derivadas en gran medida de las interpretaciones hechas por los Tribunales de las normas jurídicas que rigen la materia, han determinado que el planteamiento de un conflicto colectivo sea una vía más utilizada que la de la negociación. Aún así, estimamos de gran relevancia dentro del desarrollo de las instituciones del Derecho Colectivo Costarricense el auge tomado por ésta última.

Al propio tiempo, el desconocimiento que sobre la teoría y la práctica de una negociación colectiva encontramos en el sector de los trabajadores, sumado a lo anteriormente expuesto, nos determinaron a realizar una investigación sobre las convenciones colectivas celebradas en nuestro país en el período de 1968 a 1974.

Este trabajo no pretende ser un análisis exhaustivo de la doctrina en materia de convenciones colectivas. Tampoco, una revisión detallada de las normas que sobre la materia contiene el Código de Trabajo, ni de las reformas que urgentemente requieren. Nos propusimos realizar una investigación con finalidades eminentemente prácticas que ayuden a las partes que suscriben una convención a comprender mejor cuáles son sus posibilidades, alcances y contenido.

Evidentemente, para el mejor logro de nuestros propósitos, mencionamos las características más sobresalientes que en doctrina distinguen a la convención colectiva; asimismo, las normas que regulan en el Código de Trabajo estas negociaciones y la interpretación dada a dichos textos por los Tribunales de la materia.

El análisis que se refiere a las cláusulas de las convenciones celebradas en el período 1968-1974, constituyen la tercera parte del trabajo, en la cual nos propusimos, precisamente por la orientación práctica de nuestra investigación, hacerlo exhaustivo a fin de poner de manifiesto sus características más sobresalientes tanto en sus aspectos positivos como sus deficiencias.

Finalmente incluimos algunas sugerencias recomendaciones que, a nuestro juicio, podrían ser tomadas en cuenta por las partes que suscriban futuras negociaciones. Son sugerencias en cuanto a la forma y en cuanto al fondo de la negociación y confiamos en que resulten de utilidad para patronos y trabajadores.

Estamos convencidos de la enorme importancia de la convención colectiva como medio eficaz de solución de los conflictos entre patronos y trabajadores, como método contra la prevención de éstos y como fuente constitutiva de derecho. Confiamos en que una adecuada reforma de las normas jurídicas actualmente vigentes y una adecuada interpretación por parte de los Tribunales competentes, conviertan en un futuro cercano a la convención colectiva en lo que debe ser, a saber, el más importante instrumento jurídico para alcanzar la paz social a través de la justicia.

Queremos expresar nuestro sincero agradecimiento al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que nos brindó el material y las facilidades para que este trabajo fuera posible.

Con la realización de este trabajo, el Instituto de Derecho Social espera contribuir, de alguna manera, a la utilización adecuada de la convención colectiva en todas las posibilidades que ella ofrece.

San José, mayo de 1976.

I. La Convención Colectiva de Trabajo en la Doctrina. Generalidades.

Introducción.—

La divergencia de intereses entre obreros y patrono da origen a los conflictos colectivos económico-sociales.

De conformidad con la legislación costarricense, estos conflictos pueden resolverse de dos maneras: a través de la vía de negociación colectiva que planteada por un sindicato culmina con la firma de una *convención colectiva*, y por el procedimiento propio del conflicto colectivo planteado directamente por los trabajadores a través de sus representantes y cuyo resultado es la firma de un *convenio*.

Tanto la convención o negociación colectiva como el convenio tienen el carácter de procesos colectivos constituidos en el sentido de que crean un nuevo sistema de derecho entre las partes.

El organismo competente para conocer de este tipo de conflictos es un tribunal especial de conciliación o arbitraje. En la fase conciliatoria puede recurrirse si se desea a la intervención de un organismo administrativo, a saber, el Ministerio de Trabajo. →

Existe en doctrina, además, el conflicto colectivo de carácter jurídico que se genera en el incumplimiento o interpretación de la convención o el convenio. En este caso, estamos en presencia de un proceso colectivo de tipo declarativo toda vez que no se trata de la creación de nuevas normas sino de su interpretación y acatamiento. Consecuencia de ello es que este tipo de conflictos son de competencia de los jueces ordinarios de trabajo y se tramitan a través de los procedimientos propios del juicio ordinario laboral. 11x

La Convención o negociación colectiva.

De acuerdo con la doctrina más extendida puede definirse la convención colectiva de trabajo como el pacto celebrado entre uno o varios patronos o una o varias organizaciones patronales con una o varias organizaciones de trabajadores, con el objeto de reglamentar las condiciones en que el trabajo debe prestarse en la empresa o empresas de que se trate y a las cuales deben sujetarse los contratos de trabajo.

Se reconoce modernamente a la convención colectiva de trabajo el carácter de ley profesional, pues sus estipulaciones rigen para todos los trabajadores de la empresa o profesión a que la misma se refiere, aunque no sean miembros de la organización sindical que la suscribió y también para los que en lo futuro celebren contratos de trabajo.

El conocido autor mejicano Mario De La Cueva apunta a la convención colectiva de trabajo las siguientes funciones: "Es fuente de derecho, con plena validez y obligatoriedad. Por otra parte, sirve para concretar los mandatos del Derecho de Trabajo; las normas jurídicas son generalmente abstractas y se hacen concretas en el contrato colectivo (convención colectiva). Finalmente tiene el contrato colectivo como misión mejorar, en beneficio de los trabajadores, el derecho legislado y significa una enorme ventaja: es vehículo de progreso para la clase trabajadora y salva la lentitud de la ley. El derecho de trabajo es un derecho vital y cambia al variar las condiciones económicas de los pueblos; es un derecho en constante transformación, al que no puede seguir la ley; pues bien, este papel está reservado al contrato colectivo de trabajo; lo que la ley no puede, lo consigue el contrato colectivo; fácilmente se amolda a las necesidades del momento, porque puede variarse y porque su modificación es sencilla, ya que su vigencia es a corto plazo y porque basta la voluntad de las partes para modificar su contenido. El contrato colectivo de trabajo, por otra parte, completa la obra de la asociación profesional y produce una mayor solidaridad entre los trabajadores. El principio de la igualdad de condiciones de trabajo acostumbra a los hombres a estimar que su problema no es puramente individual, sino colectivo; en el contrato individual de trabajo obra cada trabajador un poco egoístamente, porque procura obtener las mayores ventajas, sin importarle las necesidades de los demás; en la asociación profesional y mediante el contrato colectivo, cambia la actitud del trabajador y procura el bien común".¹

II. *La Convención Colectiva de Trabajo en la Legislación Costarricense.*

A. *Su advenimiento en nuestro derecho positivo.*

Esta institución era extraña a nuestra legislación hasta el año 1943, en que se reformó la anterior Constitución Política de 1871, que entonces regía, por ley N° 24 de 2 de julio de 1943, en virtud de la cual se le introdujo a la carta política, en su Título III, una nueva Sección (III), que se llamó "De las Garantías Sociales", estableciendo principios básicos sobre Derecho Laboral y otras cuestiones sociales. En esa sección se incluyó el artículo 57 que literalmente decía:

1 DE LA CUEVA, Mario. "Derecho Mexicano del Trabajo" México, Editorial Porrúa, S.A. 1ª Edición, 1949, Tomo Segundo, pág. 486.

Artículo 57.—"Tendrán fuerza de ley las convenciones y contratos colectivos de trabajo, que con arreglo a la ley, se concierten entre patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados".

Como puede observarse, el texto transcrito hablaba de convenciones colectivas y contratos colectivos, atribuyéndoles por igual el valor de ley profesional y al promulgarse el Código de Trabajo se dio a la figura "contrato colectivo de trabajo" una fisonomía que en realidad no corresponde a una verdadera contratación colectiva, según se explicará. Ese error fue enmendado al emitirse la Constitución Política vigente, de 1949, cuyo artículo 62 solamente menciona las convenciones colectivas de trabajo. Por lo demás, en el período comprendido entre los años 1943 y 1949, no se suscitó en la práctica ninguna cuestión relativa a los llamados por nuestra ley "contratos colectivos de trabajo", porque éstos no tuvieron realización.

Al promulgarse el Código de Trabajo, en el año 1943, se reguló la convención colectiva de trabajo en los artículos 54 a 65. Según se expresa en el dictamen que rindió la Comisión Especial del Congreso de entonces, sobre el proyecto de Código de Trabajo, dicha Comisión tuvo como fuente principal sobre esta materia la obra "Derecho Español de Trabajo" del tratadista Alejandro Gallart Folch, de la cual se transcribe el siguiente párrafo:

"Es el pacto o convención colectiva de condiciones de trabajo, que en algunos países se denomina, con patente error en la terminología "contrato colectivo de trabajo", la más característica de las formas convencionales colectivas de regulación de las condiciones de trabajo, que es el concluido entre un patrono o grupo de patronos o asociación patronal profesional, con un sindicato o asociación profesional obrera, para regular las condiciones de trabajo y otras cuestiones aferentes, regulación a la que se habrán de adaptar los contratos, ya sean singulares, ya colectivos".²

Además, la comisión mencionada se guió por las enseñanzas de otros autores como Leon Duglit, G. Gurvich, Hauriou, H. Kelsen, y Jesús Castorena, llegando a la conclusión de que "la convención colectiva es un acto regla, esencialmente normativo de los contratos individuales o colectivos que luego se celebren en la empresa o empresas donde habrán de regir. En otras palabras, la convención colectiva es una verdadera ley profesional que regula las condiciones medulares a que tiene que sujetarse posteriormente a su vigencia la prestación concreta del trabajo, la cual como toda ley, se aplica no sólo a quienes la han elaborado sino también a terceras personas ajenas a la negociación".³

2 Dictamen de la Comisión Especial del Congreso Constitucional de entonces. Avance a "La Gaceta" N° 164 de 1943.

3 *Ibid.*

La anterior exposición sobre la institución de comentario responde a los principios consagrados por la doctrina más autorizada en esta materia y la denominación usada por nuestro legislador para designar aquélla es en realidad la correcta, pues no se trata verdaderamente de un contrato de acuerdo con la teoría relativa a éste.

B. *Lo que nuestra ley denomina "contrato colectivo de trabajo".*

En los artículos 49 a 53 nuestro Código de la materia regula una forma de contratación laboral bajo la denominación de "contrato colectivo de trabajo", el cual es definido por el artículo 49 diciendo que es "el que se celebra entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos, o uno o varios sindicatos de patronos, por virtud del cual el sindicato o sindicatos de trabajadores se comprometen, bajo su responsabilidad, a que algunos o todos sus miembros ejecuten labores determinadas, mediante una remuneración que debe ser ajustada individualmente para cada uno de éstos y perciba en la misma forma".

Como puede apreciarse, esa figura no corresponde a la que con igual nombre se conoce en Europa y México, y que es nuestra llamada convención colectiva de trabajo. Se trata propiamente de un contrato de ejecución, no de un convenio de carácter normativo.

Según se expone en el dictamen de la Comisión Especial del Congreso se informó sobre el proyecto de Código de Trabajo, ésta se guió en cuanto a ese punto por las enseñanzas del citado autor español Gallart Folch, quien a su vez se basó en la ley española del trabajo de 1932.⁴

En realidad, ese "contrato colectivo de trabajo" de nuestra ley viene a ser una especie de lo que en doctrina se conoce con el nombre de "contrato de equipo". Así lo consideran los tratadistas Juan D. Pozzo⁵ y Mario De La Cueva. Este último se expresa al respecto en los siguientes términos: "Con el nombre de contrato colectivo de trabajo se conoce en Costa Rica al llamado entre nosotros contrato de equipo, pero para protección de los trabajadores se prohíbe la fijación de remuneraciones globales y se ordena que los pagos se hagan directamente a los trabajadores".⁶

C. *La regulación de la convención colectiva de trabajo en el Código Laboral.*

1. *Concepto y alcances de la misma.*

El artículo 54 del Código de Trabajo define la convención colectiva expresando que "es la que se celebra entre uno o varios sindicatos de

4 GALLART FOLCH, *Ob. cit.* pág. 142-3.

5 D. POZZO, Juan "Derecho del Trabajo". Buenos Aires, Ediar S.A. 1ª Edición, 1951, pág. 301.

6 DE LA CUEVA, *Ob. Cit.*, pág. 549.

trabajadores y uno o varios patronos o sindicatos de patronos, con el objeto de reglamentar las condiciones en que el trabajo deba prestarse y las demás materias relativas a éste". Como puede apreciarse, nuestro legislador adoptó el criterio que sigue la ley mejicana al establecer que, en cuanto a la parte de los trabajadores, el convenio únicamente puede celebrarlo el respectivo sindicato, no admitiéndose en consecuencia, que lo pueda hacer un grupo de trabajadores sin personalidad jurídica, como lo autorizaban algunas leyes europeas.

El párrafo segundo de la disposición legal citada dispone que: "La convención colectiva tiene carácter de ley profesional y a sus normas deben adaptarse todos los contratos individuales o colectivos existentes o que luego se realicen en las empresas, industrias o regiones que afecte". La norma transcrita le confiere a la convención colectiva de trabajo el carácter de ley profesional, acogiendo al respecto la doctrina más generalizada. Además, ese carácter está consagrado en el artículo 62 de nuestra Constitución Política el cual establece que "Tendrán fuerza de ley las convenciones colectivas de trabajo que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos o sindicatos de patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados".

El artículo 55 del Código Laboral desenvuelve el mencionado principio y al efecto expresa que las estipulaciones de la convención colectiva de trabajo tienen fuerza de ley para:

- a) Las partes que la han suscrito.
- b) Todas las personas que en el momento de entrar en vigor trabajen en la empresa, empresas o centro de producción a que el pacto se refiera, en lo que aquéllas resulten favorecidas y aun cuando no sean miembros del sindicato o sindicatos de trabajadores que lo hubieran celebrado; y
- c) Los que concierten en lo futuro contratos individuales o colectivos dentro de la misma empresa, empresas o centros de producción afectados por el pacto, en el concepto de que dichos contratos no podrán celebrarse en condiciones menos favorables para los trabajadores que las contenidas en la convención colectiva.

El inciso a) al mencionar a las partes que han suscrito el convenio alude desde luego al sindicato o sindicatos de trabajadores y a la parte patronal que conjuntamente celebraron el pacto. Esa disposición se refiere indudablemente al "elemento obligatorio" que está constituido por las disposiciones que fijan las obligaciones que cada una de las partes contrae a favor de la otra y por las normas que tratan de asegurar la efectividad del elemento normativo.

Conforme al inciso b) del citado artículo 55, las cláusulas normativas que se estipulan en el convenio colectivo son aplicables a todos los trabajadores que prestan servicios en la empresa de que se trata o en el ámbito propio de la convención, cuando ésta se refiere a determinada profesión o a determinado centro de producción; y el inciso c) del mismo

artículo hace extensiva esa aplicación a los contratos individuales o colectivos que dentro de la misma empresa se celebren en lo futuro. En ambas situaciones quedan a salvo los contratos individuales en que, por alguna razón se hayan estipulado a favor del trabajador condiciones más favorables que las concertadas en el convenio.

Con respecto a la mención que se hace en el comentado inciso c) de "contratos colectivos de trabajo", ya se ha dicho en páginas anteriores que esa denominación la usó nuestro legislador, en el artículo 49 del Código de Trabajo, para referirse a lo que en doctrina se conoce como "contrato de equipo", aunque exigiendo que la retribución sea ajustada individualmente para cada uno de los trabajadores y sea percibida por éstos en la misma forma.

2. Obligación patronal de celebrar la convención colectiva.

El artículo 56 —párrafo primero— del Código Laboral estatuye que "Todo patrono particular que emplee en su empresa, o en determinado centro de producción si la empresa por la naturaleza de sus actividades tuviere que distribuir la ejecución de sus trabajos en varias zonas del país, los servicios de más de la tercera parte de los trabajadores sindicalizados, tendrá obligación de celebrar con el respectivo sindicato, cuando éste lo solicite, una convención colectiva de trabajo".

El legislador costarricense adoptó el principio que consagra la Ley Federal del Trabajo de Méjico¹ al imponer al empleador la obligación de celebrar la convención colectiva a solicitud del sindicato respectivo, pero condicionó esa obligación a la circunstancia de que aquél tenga a su servicio en su empresa o en determinado centro de producción, más de una tercera parte de trabajadores sindicalizados. Es oportuno destacar que nuestra ley, al establecer este requisito, no requiere que el sindicato de la convención cuente con más de una tercera parte de los trabajadores de la empresa, sino que lo que exige es que en ésta o en determinado centro de producción exista esa proporción de trabajadores sindicalizados, lo que desde luego no es lo mismo, pues éstos pueden estar repartidos en dos o más sindicatos.

Debe hacerse notar que la disposición comentada usa la expresión "patrono particular" lo que revela indudablemente la intención del legislador de excluir de la obligación comentada a los patronos del sector público. En ese sentido interpretó nuestra Sala de Casación dicha norma, en sentencia dictada a las 15 horas y 10 minutos del 20 de julio de 1951, en la cual esa Corte expresó al respecto lo siguiente:

"CONSIDERANDO I. Que el Tribunal Superior de Trabajo ha interpretado rectamente el artículo 56 del Código de la materia al entender

¹ Artículo 387 de la Ley Federal del Trabajo de Méjico. (México, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 2ª Edición, 1970).

que éste impone al patrono particular —en el supuesto a que el mismo se refiere— la obligación de celebrar con el respectivo sindicato, cuando éste lo solicite, una convención colectiva con el fin inherente a tales convenios, obligación ésa que no alcanza al Estado o a sus instituciones, pues el término "particular" que emplea dicho texto circunscribe la obligación a aquellos patronos que no son el Estado o sus instituciones".

Los alcances de la expresión "centro de producción".

El párrafo primero del artículo 56 comentado, al determinar la parte de trabajadores que deben estar sindicalizados a efecto de que nazca la obligación del respectivo patrono de celebrar una convención colectiva, se refiere al número de aquéllos que presten servicios a las órdenes de éste en su empresa o "en determinado centro de producción si la empresa por la naturaleza de sus actividades tuviere que distribuir la ejecución de sus trabajos en varias zonas del país". En consecuencia, es importante establecer cuál es el alcance de los términos "centro de producción", concepto que está relacionado en el texto legal de que se trata con el de "zona". Desde luego debe decirse que la regla examinada no es precisa y se presta a interpretaciones, ya que puede hablarse de zonas geográficas, administrativas, económicas, etc. La cuestión se planteó concretamente en relación con la Compañía Bananera de Costa Rica, pues ésta, precisamente por la naturaleza de sus actividades, tiene distribuida la ejecución de sus trabajos en varias regiones. El punto fue resuelto por primera vez en sentencia dictada por el Juzgado de Trabajo de Puerto Cortés a las nueve horas del veinte de octubre de mil novecientos cincuenta y uno, en la cual se hicieron al respecto las siguientes consideraciones:

"CONSIDERANDO V. Qué debe entenderse por centro de producción?: Dos situaciones especiales contempla el artículo 56 del Código de Trabajo para que un patrono esté obligado a concertar una convención colectiva de trabajo con un sindicato, a saber: la primera situación, cuando el número de trabajadores debe calcularse sobre el total de los que se ocupan en una empresa que realiza todas sus actividades en un territorio único y determinado y la segunda situación, cuando el número de trabajadores necesario para concertarlas debe calcularse sobre todos los que se ocupan en determinado centro de producción, si la empresa por la naturaleza de sus actividades, tuviera que distribuir la ejecución de sus trabajos en varias zonas del país. Ahora bien, qué podemos entender por centro de producción? Las legislaciones y la jurisprudencia en materia de trabajo no se refiere en forma concreta a este punto y por ser exclusivo de la legislación nacional, hay que definirlo aplicándolo a la realidad costarricense y tomando en cuenta el equilibrio que debe imperar en las relaciones obrero-patronales. Los contratos bananeros firmados por la Compañía Bananera de Costa Rica con el Gobierno de la República, se refieren repetidamente a "Región del Atlántico" y "Región del Pacífico", para significar, sin lugar a dudas, las divisiones de esa empresa establecidas en la zona Atlántica y la zona del Pacífico. Qué se entiende por Región? Se-

gún el diccionario "Larousse" se entiende por región "una gran extensión de territorio", es decir, región y división deben considerarse como palabras sinónimas porque división para el mismo diccionario es "la parte de un todo dividido". Llegamos entonces a la conclusión de que si los contratos bananeros nos hablan de región y la empresa para sus fines administrativos desde un punto de vista geográfico ha equiparado la región a una división, tácitamente cada una de esas regiones constituye un territorio o punto central donde la empresa lleva a cabo todas sus actividades en una forma coordinada, es decir, cada división viene a constituir un centro de administración y de producción. El Profesor Mario De La Cueva al comentar el Código de Trabajo de Costa Rica en su obra "Derecho Mexicano del Trabajo", se refiere a que la convención colectiva es una acto regla, tiene el mismo valor de la ley aún cuando rige por razón natural para la empresa, industria o región que comprende. Se equiparan así por el tratadista los términos región y centro de producción (de que habla nuestro Código Laboral), para referirlos, sin lugar a dudas, a un extenso territorio donde una empresa, con una sola administración lleva a cabo sus actividades. Así debe entenderse y definirse el centro de producción en el caso concreto, porque se ha demostrado que todas las fincas de la División de Quepos, veinticinco en total, constituyen un sólo todo en la negociación, a saber están comunicadas por una única vía férrea que es exclusiva de esa división; todos los productos exportables y aún los que ocupa la empresa para desarrollar sus actividades, se sirven de un único muelle propio de esa misma división; la administración está a cargo de un Gerente que es el jefe supremo de la división, al cual están subordinados todos los demás empleados de la empresa. Los departamentos de agricultura, ingeniería, médico, marina, contabilidad, legal y mercaderías y materiales, operan bajo un sistema perfectamente coordinado y así vemos, por ejemplo, que los departamentos agrícola, médico legal, asesoran a los mandadores de todas las fincas de la división en lo relativo a enganche de trabajadores...".

El anterior pronunciamiento del Juzgado de Trabajo de Puerto Cortés fue confirmado por el Tribunal Superior de Trabajo, conociendo en apelación del mismo, en sentencia N° 1040 dictada a las 10 horas y 15 minutos del 10 de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno. Posteriormente y en numerosos fallos dicho Tribunal mantuvo el mismo criterio, por lo que puede considerarse como una solución jurisprudencial sobre la cuestión planteada.

3. La titularidad de la convención colectiva de trabajo.

El párrafo primero del citado artículo 56 contiene, en sus incisos b) y c) reglas para resolver los problemas que se suscitan en cuanto a la llamada "titularidad de la convención colectiva de trabajo", o sea la cuestión relativa a determinar cuál es el sindicato con derecho a celebrar el pacto, cuando dos o más sindicatos pretenden tener ese derecho.

Esas disposiciones literalmente dicen, en lo que interesa:

- b) Si dentro de la misma empresa o centro de producción existen varios sindicatos, la convención colectiva se celebrará con el que tenga mayor número de trabajadores afectados directamente por la negociación...
- c) "Cuando se trate de una empresa o de un centro de producción que por la índole de sus actividades emplee trabajadores pertenecientes a diferentes profesiones u oficios, la convención colectiva deberá celebrarse con el conjunto de los sindicatos que representan cada una de las profesiones u oficios, siempre que éstos se pongan de acuerdo entre sí. En el caso de que no se pusieren de acuerdo, el sindicato correspondiente a cada profesión u oficio podrá exigir que se celebre una convención colectiva con él, para determinar las condiciones relativas a dicha profesión u oficio dentro de la mencionada empresa o centro de producción".

El inciso b) del artículo 56 que se examina se refiere a las siguientes situaciones:

1. Cuando concurren dos sindicatos de empresa. La solución es desde luego la de que el sindicato titular de la convención colectiva es el que cuenta con mayor número de trabajadores afiliados.

2. Cuando entran en juego dos sindicatos industriales. En este caso tiene la titularidad de la convención la organización social que cuente entre sus afiliados el mayor número de trabajadores que prestan servicios en la empresa de que se trata.

3. Cuando concurren uno o más sindicatos de empresa u uno o más sindicatos industriales. En esta situación se considera que es titular de la convención la organización sindical que tenga entre sus afiliados el mayor número de trabajadores que laboran en la empresa respectiva.

4. Un caso especial que pareciera no estar regulado expresamente en el inciso comentado es el que se presenta cuando entran en discusión un sindicato de empresa o industrial y un sindicato gremial. Este caso, sin embargo, puede resolverse aplicando el principio que contiene este inciso b) del artículo 56 del Código de Trabajo, al establecer que el convenio se celebrará con el sindicato que tenga mayor número de trabajadores "afectados directamente por la negociación".

Conforme a esa regla, la solución es la siguiente: Si el sindicato de empresa o de industria tiene mayor número de trabajadores del oficio que ejercen los afiliados al sindicato gremial dentro de la empresa de que se trata, que el que suma éste, también dentro de la misma empresa, el último no tiene derecho a celebrar convención colectiva. Si por el contrario, esa mayoría le corresponde al sindicato profesional, a él le compete ese derecho, a fin de regular el ejercicio de la profesión correspondiente.⁸

8 CASTORENA, J. Jesús "Tratado de Derecho Obrero", Méjico, 1942. Editorial Jaris, 1ª Edición, páginas 722-723.

El inciso c) del citado artículo 56 contempla la situación en la cual la empresa, por la índole de sus actividades emplea trabajadores que pertenecen a diferentes profesiones u oficios y que están afiliadas, por esa razón, a diversos sindicatos gremiales. En ese evento y conforme a la norma que sienta este inciso, la convención colectiva debe celebrarse con el conjunto de los sindicatos que representen a cada una de las profesiones u oficios, siempre que éstos se pongan de acuerdo entre sí. En el caso de que no se pusieren de acuerdo, el sindicato correspondiente a cada profesión u oficio podrá exigir al patrono que celebre con él, una convención colectiva, para determinar las condiciones relativas a la respectiva profesión, dentro de la empresa o centro de producción de que se trata. Como puede apreciarse, en la situación prevista por el comentado texto legal, se pueden dar varias convenciones colectivas dentro de una misma empresa.

Nuestra ley no prevé el caso en que existiendo en la empresa una convención colectiva de trabajo celebrada con un sindicato, pretenda otra organización sindical exigir al patrono que negocie otro convenio.

Conforme a la doctrina, la regla general es la de que existiendo una convención colectiva no tiene derecho ninguna otra agrupación a pretender la firma de una nueva. El tratadista mejicano J. Jesús Castorena⁹, admite dos excepciones a esta regla:

Primera: Cuando el sindicato de empresa o de industria no cuenta con los trabajadores de determinada profesión que laboran en la empresa. En este caso el sindicato gremial respectivo puede exigir la celebración de la convención colectiva; el hecho de que exista un estatuto general no priva al sindicato de oficio de su representación profesional.

Segunda: Cuando los sindicatos profesionales celebraron una sola convención colectiva de trabajo y no intervino en la formulación otro sindicato de oficio que asocia trabajadores de otra profesión diversa, algunos de los cuales prestan servicios en la empresa; este sindicato tiene derecho a exigir el respectivo convenio colectivo.

Pérdida de la titularidad de la convención colectiva.

Puede suceder que el sindicato de trabajadores que celebró la convención colectiva sufra una disminución de sus afiliados y otro llegue a constituirse en el sindicato mayoritario. Se habla entonces de la pérdida de la titularidad. Dentro de esta hipótesis, pueden darse dos soluciones al problema:

a) La organización sindical que llega a adquirir la calidad mayoritaria, estando vigente la convención colectiva celebrada por otro sindicato, es la que tiene derecho a ostentar la titularidad de la misma, con todas las consecuencias legales. Esta es la solución que adopta la Ley Federal del Trabajo de Méjico, vigente, en su artículo 389.

b) El sindicato que celebró la convención y que llegó a perder la calidad de mayoritario continúa ejerciendo la titularidad mientras aquélla

⁹ CASTORENA, *Ob. Cit.*, páginas 723-724.

esté vigente, pero la organización sindical que adquirió esa calidad es la que tiene derecho a denunciar el convenio y negociar la renovación del mismo.

Debe advertirse que nuestro Código de Trabajo no se hace cargo de este problema, pues no contiene disposición alguna que resuelva el punto.

4. Formas de adquirir vida jurídica la convención colectiva de trabajo.

a) La negociación directa.

El artículo 56 del Código Laboral, en forma muy sucinta prevé la negociación de la convención colectiva, si bien no contiene, como sí lo hacen otras legislaciones, normas que indiquen el procedimiento que ha de seguirse al respecto. En la práctica ese procedimiento consiste en que el sindicato respectivo elabora por medio de su Junta Directiva el proyecto de convención y envía copia del mismo, con la solicitud correspondiente, al patrono. Además, se acostumbra también enviar otra copia al Ministerio de Trabajo. En los primeros años de vigencia del Código de la materia se hacía constar la entrega de la solicitud al patrono mediante la intervención de un Inspector de Trabajo, el cual en un documento daba fe de esa entrega. La ley supone desde luego que de inmediato las partes entrarán en conversaciones para discutir el proyecto y llegar a un acuerdo sobre las diversas cláusulas que el mismo comprende, diálogo que se realiza en forma directa y sin intervención de ninguna autoridad. Si se produce ese acuerdo pleno, se redacta la convención colectiva con las formalidades de ley, a las que se hará referencia en un párrafo posterior y la misma debe ser aprobada por la Asamblea General del sindicato, según lo ordena el artículo 276, inciso c) del Código de Trabajo.

b) Fracaso de la negociación directa.

El inciso d) del citado artículo 56 establece el término de treinta días para que se realice la negociación directa entre las partes, pero es indudable que ese plazo puede ser prorrogado, de común acuerdo entre el sindicato y el patrono u organización patronal. Ese mismo inciso, sin embargo, dispone que si transcurrido el indicado término de treinta días, no hubieren llegado las partes a un acuerdo pleno sobre las estipulaciones de la convención, podrá cualquiera de ellas pedir a los Tribunales de Trabajo que resuelvan el punto o puntos en discordia.

i) La solución dada por nuestra jurisprudencia.

El texto transcrito no es claro ni preciso: en primer lugar, no indica cuáles son los Tribunales a quienes debe dirigirse la parte interesada solicitando que "resuelvan el punto o puntos en discordia"; y en segundo lugar, tampoco señala el procedimiento que debe seguirse al respecto. Las omisiones antes apuntadas dieron lugar a que, cuando se presentaron los primeros casos sobre planteamiento de una convención colectiva de trabajo, sin

que llegara a un acuerdo completo entre la empresa y el sindicato, surgieron muchas dudas y discusiones sobre los expresados extremos. La jurisprudencia tuvo que encargarse de llenar las lagunas que presenta nuestra legislación sobre el particular. En cuanto al primer punto se decidió que correspondía a los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, cuya organización está prevista en los artículos 397 a 401 del Código de Trabajo, conocer de los asuntos que se originaban en la solicitud formulada por cualquiera de las partes para que se resolviera sobre los puntos en los cuales éstas no habían llegado a acuerdo en la fase de negociación directa. Tal solución es desde luego acertada, pues el conflicto que en tal evento se plantea es indudablemente de carácter económico-social¹⁰, por lo que son los mencionados Tribunales los competentes para atenderlo, conforme a lo preceptuado por el artículo 395, inciso b) *ibidem*. Ahora bien, sentadas las anteriores premisas había de concluirse, necesariamente, que el procedimiento a seguir es el correspondiente a esa clase de conflictos, el cual está regulado por los artículos 500 a 535 del mismo Código; es decir, el procedimiento de conciliación y arbitraje, estableciéndose de ese modo, en forma indirecta, un arbitraje obligatorio. Ambos extremos fueron objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Superior de Trabajo, en resolución N° 730 de las 10 horas y 15 minutos del 31 de octubre de 1950, en la cual se expresó lo siguiente:

2. 879
"Doctrinariamente, en el proceso de formación de una convención colectiva de trabajo, se manifiesta un conflicto de carácter económico y social que tiende a resolverse creando normas nuevas que regulen las situaciones que lo producen; la creación de tales normas es, desde luego, atribución primordial de las partes, bien por arreglo directo o por medio de los Tribunales de Conciliación, y en último término, función de los Tribunales de Arbitraje, pero nunca materia de conocimiento de un Juez de Trabajo, que solamente está llamado a la aplicación de las normas ya existentes por ley, contrato o convención, (artículo 56, inciso d) y 395, inciso b) del Código de Trabajo)".

"Sometida a los Tribunales de Trabajo, de acuerdo con lo expresado en el considerando anterior, la resolución de los puntos en discordia, procede la instalación del Tribunal de Arbitraje que ha de dictar el pronunciamiento que corresponda".

"El pronunciamiento acerca de la legalidad de la huelga que la delegación de los trabajadores solicita, es improcedente, porque la resolución del punto o puntos en discordia debe ser obtenida por la vía Arbitral, como queda expuesto, y en consecuencia, no tiene en la especie cabida una huelga".

ii) La negación del derecho de huelga.

La negación del derecho de huelga en la especie, si bien está en un todo ceñida a nuestra ley, no parece ajustada a los principios doctrinarios predominantes en la materia, los cuales invocaron los sindicatos sin que

¹⁰ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. "Tribunales de Trabajo en América Latina". Ginebra, 1949, página 2.

podieran ser aceptados por los Tribunales en vista de las disposiciones expresas del Código de Trabajo.

En relación con el punto relativo al derecho de los trabajadores a acudir a la huelga como medio de presionar al patrono para que acepte determinadas cláusulas de la convención colectiva de trabajo, es oportuno transcribir los siguientes conceptos emanados de la Oficina Internacional del Trabajo:

"El derecho de los trabajadores a la huelga y el de los empleadores al "lock out" se consideran generalmente, con ciertas restricciones como esenciales para la libertad de las negociaciones y de los contratos colectivos. Cuando los trabajadores y los empleadores no están de acuerdo sobre una cuestión de principio o sobre una norma de condiciones de trabajo, los trabajadores pueden negarse a trabajar y los empleadores a ofrecer empleo en condiciones que desaprobaban. Esta situación origina una prueba de fuerza que dura hasta que una de las partes se da por vencida o hasta que las pérdidas sufridas por ambas las inducen a reunirse de nuevo para negociar una transacción". "En la mayor parte de los países de economía liberal suele reconocerse el derecho a la huelga en tiempos de paz".¹¹

En lo que se refiere a nuestro país los derechos de huelga y de paro están plenamente reconocidos por el artículo 61 de la Constitución Política, el cual estatuye lo siguiente: "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 conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia". Ese texto constitucional es muy claro y terminante; únicamente admite, como excepción a la facultad de los patronos a acudir al paro y de los trabajadores, a la huelga, los casos en que el conflicto afecta un servicio público, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley.

La ley mejicana, conforme a la exposición que sobre el particular hace el conocido tratadista Mario De La Cueva, ofrece a los trabajadores una alternativa: la de acudir a la huelga a fin de presionar al patrono para que acepte las cláusulas de la convención colectiva que se ha negado a admitir en la negociación directa —derecho que la ley Federal del Trabajo de Méjico reconoce en forma expresa en su artículo 387, párrafo segundo— o bien la de solicitar a las Juntas de Conciliación y Arbitraje la fijación del contenido del convenio. Esta última solución la hace derivar el tratadista Mario De La Cueva, de algunas disposiciones de la ley mejicana.¹²

La solución adoptada por nuestro legislador del año 1943 al no permitir el ejercicio del derecho de huelga como medio de obtener la celebración de una convención colectiva de trabajo parece inspirada en la tendencia de limitar en lo posible ese ejercicio, en una época en que nuestro

¹¹ Oficina Internacional del Trabajo, "Las negociaciones colectivas". Ginebra, Imprenta Henri Studer, S. A., 1960.

¹² De La Cueva, *Ob. Cit.*, pág. 580.

país atravesaba por una situación política conflictiva y en que la principal fuente de riqueza era la agricultura, encontrándose la industria apenas en sus comienzos. Es de importancia resaltar que nuestro Código prohíbe el ejercicio del derecho de huelga a 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 dichos productos" (Artículos 239 —inciso a)—. En consecuencia, tratándose de las actividades antes enumeradas, los conflictos colectivos de carácter económico social que se presenten deben someterse necesariamente al arbitraje, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 521, párrafo segundo del mismo Código, el cual establece que las reglas sobre el procedimiento de arbitraje se aplicarán "a aquellos casos en que se prohíbe la huelga o el paro y es obligatorio el arbitraje".

También podría fundarse la disposición de nuestra ley de trabajo que somete prácticamente al arbitraje obligatorio el planteamiento de una convención colectiva, cuando no hay acuerdo entre las partes, en el criterio sustentado por algunos tratadistas en el sentido de que debe existir una intervención estatal en cuanto a la celebración de las convenciones. Así por ejemplo Juan D. Pozzo expresa al respecto lo siguiente: "Pero debe necesariamente reconocerse que esa libertad convencional de las partes no puede ser absoluta por distintas razones. En primer término, como ya lo hemos enunciado en párrafos anteriores, porque las convenciones colectivas no solamente repercuten sobre las partes directamente afectadas por las mismas, sino también sobre terceros ajenos a las mismas; por ejemplo, cuando como consecuencia del aumento de las remuneraciones a los trabajadores o del establecimiento de nuevas cargas al empleador, surge el alza de los precios de las mercaderías. En segundo lugar, porque si las convenciones colectivas sólo tienen un efecto sobre determinados sectores de una actividad profesional, puede establecerse una diferencia entre esos sectores, sobre todo en el de los empleadores, lo cual influye en una desigualdad de costo y en una competencia entre los productores... Señalamos esta repercusión de la convención colectiva para indicar que la libertad convencional de las partes puede tener, a veces, un límite y que ella debe ser controlada por una autoridad superior estatal". El mencionado autor cita un trabajo del Dr. Mario D. Deveali sobre "Proyecciones económico-sociales y regulación de los convenios colectivos de trabajo", en el que ese tratadista se manifiesta partidario de la intervención estatal en este campo, "siempre que no implique la absorción o anulación de las asociaciones profesionales y de la convención colectiva".¹³

La tendencia de la comentada intervención estatal se manifestó sobre todo en el período de la segunda guerra mundial y en los años posteriores y desde luego se ejerce en una forma total en los países totalitarios. Aún en Francia, una ley de 23 de diciembre de 1946 negaba toda eficacia a los convenios colectivos mientras no hubieran sido sancionados por la autoridad estatal y prohibía la intervención de los sindicatos en materia sala-

13 De Pozzo, *Ob. Cit.* pág. 257.

rial. Ello se explica desde luego como consecuencia de las condiciones económico-sociales que reinaban a la terminación de la guerra. Sin embargo, una nueva ley de 1950 restringió la intervención estatal en materia de salarios, dándole mayor libertad a las partes para su fijación.

Tratándose de los servicios públicos, está justificada la intervención de los Tribunales de Arbitraje para dirimir las diferencias entre el patrono y el sindicato sobre determinadas cláusulas de la convención colectiva, pues al respecto nuestra Constitución Política no permite el ejercicio de los derechos de huelga y de paro en su artículo 61, y en armonía con ese texto constitucional, el artículo 368 del Código de Trabajo establece que no son permitidas las huelgas ni los paros en los servicios públicos, agregando que "las diferencias que en éstos ocurran entre patronos y trabajadores, así como en todos los demás casos en que se prohíben las huelgas, se someterán obligatoriamente al conocimiento y resolución de los Tribunales de Trabajo"; por su parte, el artículo 76 expresa que es aplicable al paro la disposición del artículo 368.

iii) La falta de garantías para los trabajadores

Otra cuestión importante que se suscitó en la aplicación del artículo 56 del Código de Trabajo, es la relativa al período de treinta días señalado por el inciso d) como plazo para la negociación directa entre las partes. En la práctica se presentaron algunos casos en que el empleador, durante ese término, despedía a gran número de trabajadores sindicalizados, lo que hacía con el propósito de reducir el número de ellos comprendidos en la empresa, para los efectos de la determinación del porcentaje requerido por la ley, o bien como represalia contra los que habían participado activamente en el planteamiento del convenio colectivo. Los trabajadores invocaron la disposición del artículo 503 del Código de Trabajo, que establece que a partir del momento en que se presente el pliego de peticiones ante el Juez, en un conflicto económico-social toda terminación de contratos de trabajo debe ser autorizada previamente por éste. El punto fue objeto de amplio debate ante los tribunales, pero en definitiva, éstos denegaron la petición de los trabajadores. En efecto, la Sala de Casación, en sentencia N° 121 dictada a las 16 horas y 30 minutos del 26 de diciembre de 1951 se pronunció en la siguiente forma: "Concuera este Tribunal con el criterio que sustenta el fallo recurrido al estimar que la disposición del artículo 503 del Código de Trabajo, sobre la necesidad de autorización judicial para dar por concluido el contrato laboral, en casos de planteamientos de conflictos colectivos de carácter económico-social, previstos en el Título Sexto de ese cuerpo de leyes, no es aplicable a la situación de las solicitudes de suscripción de convenciones colectivas, por contar éstas con una reglamentación específica en el mismo Código, la cual no contiene aquella prohibición o requisito. El punto es suficientemente claro y no requiere una especial interpretación".

Es indudable que los sindicatos tenían razón al alegar que en las situaciones apuntadas se estaba en presencia de un conflicto económico-social,

pues precisamente la convención colectiva de trabajo tiene como principal finalidad establecer mejores condiciones de trabajo para los obreros, entre ellas aumento de salarios. Además de que la doctrina lo reconoce así unánimemente, la Oficina Internacional del Trabajo ha definido el conflicto de intereses expresando que éste "no versa sobre la interpretación de un derecho adquirido, fundado en la ley o en el contrato, es una reivindicación que tiende a modificar un derecho existente o a crear un derecho nuevo".¹⁴ No obstante, es lo cierto que nuestro Código no considera para el caso planteado el conflicto desde que el sindicato de trabajadores entrega al patrono el respectivo proyecto de convención colectiva, para el efecto de impedir las represalias, sino que en aplicación del procedimiento corriente de conciliación y arbitraje, ese planteamiento se tiene por hecho en el momento en que los trabajadores acuden ante el Juez de Trabajo, una vez vencido el plazo de treinta días de negociación directa sin resultado positivo, para que inicie el procedimiento judicial de conciliación.

c) *Abandono de este sistema y procedimiento ideado por los sindicatos para sustituirlo.*

Para superar los inconvenientes del sistema antes expuesto, acudieron los sindicatos al procedimiento de promover un conflicto de carácter económico-social, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 500 y siguientes del Código de Trabajo, incluyendo en el pliego de peticiones previstos por el artículo 501 *ibídem*, una serie de cláusulas que en el fondo constituyen el contenido de una convención colectiva de trabajo. Ese pliego no va suscrito, desde luego por los personeros del sindicato, sino por "delegados de los trabajadores", como lo ordena la última disposición citada. De esta manera puede la organización obtener en forma indirecta, una regulación colectiva de las condiciones del trabajo en la empresa, sea mediante el procedimiento de conciliación judicial o por medio de la huelga, pero es evidente que ese instrumento no tiene los efectos legales de una convención colectiva de trabajo, pues no está suscrita, en cuanto a la parte obrera, por el sindicato.

Sin embargo, es corriente que entre las estipulaciones acordadas por las partes se establezcan algunas sobre reconocimiento de éste y se le dé participación en cuanto a la solución de problemas laborales.

Puede suceder también que en el procedimiento seguido para la resolución del conflicto planteado por la mayoría de los trabajadores de la empresa (no por el sindicato), fracase la fase de conciliación, sin que se convenga el someter el caso a arbitraje, situación que permite a los trabajadores ir a la huelga legal, si cuentan con el respaldo de más del sesenta por ciento de los que prestan servicios en la empresa, lugar o negocio de que se trate y si el conflicto no afecta a un servicio público (Artículo 366 y 368 del Código Laboral). En las circunstancias apuntadas se ve obligado el patrono, en algunos casos bajo la presión de la huelga, a negociar con los trabajadores y en tal caso sí entra el sindicato a representar a

14 O.I.T. *Los Tribunales de Trabajo*, Ginebra, 1938.

éstos en dicha negociación produciéndose de ese modo una típica convención colectiva de trabajo, después de un largo proceso. Lo anteriormente narrado fue lo que ocurrió en el último conflicto que se presentó en la Compañía Bananera de Costa Rica, en el año 1974.

La ventaja del procedimiento indicado en los párrafos anteriores es que, a partir del momento en que se entrega el pliego de peticiones al Juez, se entiende por planteado el conflicto, para el efecto de que ninguna de las partes pueda tomar la menor represalia contra la otra y de que toda terminación de contratos deba ser autorizada previamente por dicho funcionario. De esta suerte, los trabajadores cuentan con una garantía que los pone a cubierto de represalias y despidos. (Artículos 502 y 503 del Código de la materia).

—*Los alcances del artículo 503 del Código de Trabajo*

Esta disposición sienta una regla de carácter general en una forma precisa y sin el necesario desarrollo del principio que sustenta. Ello dio lugar a que en su aplicación se presentaran dudas y discusiones. Inclusive algunos jueces, guiados por el carácter formalista del Derecho Procesal Civil, entendieron que la autorización requerida por ese texto legal era una simple formalidad y de acuerdo con ese criterio concedían de plano al patrono la autorización para despedir a trabajadores estando planteado un conflicto colectivo de carácter económico-social. Ese criterio no se aviene desde luego con la finalidad que persigue la norma comentada.

El tribunal Superior de Trabajo hubo de fijar los alcances de la misma en varias resoluciones, entre ellas la dictada a las 10 horas y 20 minutos del 5 de abril de 1954, que en lo conducente dice:

"CONSIDERANDO II.—Dispone el artículo 503 del Código Laboral que a partir del momento en que se entregue a la autoridad administrativa o al Juez de Trabajo el pliego de peticiones con motivo de un conflicto colectivo de carácter económico-social, toda terminación de contratos de trabajo debe ser autorizada previamente por el respectivo Juez. Tal disposición tiene por objeto evitar, por una parte, que el patrono pueda, por medio de despidos, hacer disminuir el número de trabajadores que apoyan el movimiento y por otra, impedir que aquél tome represalias contra éstos con ocasión del conflicto, conforme a la doctrina del artículo 502 *ibídem*, pero para evitarle posibles perjuicios al patrono obligándolo a mantener obreros que han incumplido sus obligaciones haciéndose acreedores a su separación, establece la ley que el despido pueda verificarse siempre que sea autorizado previamente por el Juez. Para ello, claro está, debe hacerse la comprobación respectiva, la cual debe tramitarse, según lo ha resuelto este Tribunal por vía de incidente, dentro de los procedimientos relativos al conflicto".

En resolución de las 16 horas del 27 de octubre de 1952, se había ocupado el Tribunal Superior de Trabajo de la cuestión relativa a la forma en que debía tramitarse y resolverse la solicitud formulada por un patrono,

dentro de un proceso colectivo de carácter económico-social, para despedir a un trabajador. En esa resolución se expresó lo siguiente:

"CONSIDERANDO: Si bien es cierto que, como lo expresa la resolución del Juzgado venida en apelación, los conflictos de carácter jurídico deben ser tramitados conforme al procedimiento ordinario de trabajo, estima el Tribunal que tratándose de la cuestión planteada por el patrono en su escrito de fecha... no es aplicable esa regla, por existir una disposición especial contenida en el artículo 503 del Código de la materia, sobre el caso. En efecto, dicho artículo dispone que "A partir del momento a que se refiere el artículo anterior (planteamiento de un conflicto de carácter económico-social) toda terminación de contratos de trabajo debe ser autorizada previamente por el respectivo Juez". Ahora bien, por estar colocada esa disposición en el capítulo que regula el procedimiento relativo a los conflictos colectivos de carácter económico-social, lo que indica que el trámite en ella establecido es parte de ese procedimiento, y por no exigir la misma declaratoria en juicio ordinario aparte, debe entenderse que la autorización del Juez para dar por terminados los contratos de trabajo, durante el tiempo que dure el conflicto, puede pedirse dentro del juicio en que se conoce dicho conflicto. Esta solución, además, se aviene con la exigencia de que el punto de que se trata sea resuelto con la rapidez que el mismo demanda, pues de lo contrario podría suceder que, cuando se viniera a hacer el juicio ordinario respectivo la declaratoria sobre terminación de contratos, ya el conflicto hubiera finalizado y entonces resultaría carente de aplicación el citado artículo 503. Como en la especie se trata de una cuestión incidental que no suspende el curso del juicio principal, debe dársele el trámite que señalan los artículos 386 a 390 del Código de Procedimientos Civiles)".

d) *La reforma al artículo 56 del Código de Trabajo*

Por ley N° 1824 de 24 de diciembre de 1954 fue adicionado el artículo 56 del Código de Trabajo con un párrafo que literalmente dice:

"En los casos en que los patronos hayan celebrado contratos con el Estado, aprobados por una ley de la República, en los cuales se haya estipulado que no es obligatorio el procedimiento de arbitraje para resolver los conflictos entre dicho patrono y sus trabajadores, al finalizar el término anteriormente señalado, cualquiera de las partes podrá acudir al procedimiento establecido en el Título Sexto de este Código".

El término a que se alude es el de treinta días posteriores a la solicitud hecha por el sindicato respectivo al patrono para la celebración de una convención colectiva de trabajo, señalado por el inciso d) del párrafo primero de ese artículo 56.

De acuerdo con el párrafo transitorio, si el patrono es una empresa que ha celebrado un contrato con el Estado, para el desarrollo de sus acti-

vidades, y en dicho contrato se ha establecido que no es obligatorio el procedimiento de arbitraje para resolver los conflictos entre patrono y trabajadores, al fracasar la negociación directa para la celebración de un convenio colectivo, el sindicato puede acudir a la huelga legal para presionar a la empresa a fin de que acepte las cláusulas de la convención, pues el procedimiento señalado establecido en el Título Sexto del Código de Trabajo es el relativo a la huelga y al paro. Las condiciones antes indicadas se dan, entre otros casos, respecto a la Compañía Bananera de Costa Rica, la cual tiene celebrado contrato con el Estado, estableciéndose que no es obligatorio el arbitraje para resolver los conflictos laborales.

Como puede apreciarse los trabajadores de las empresas a que alude la adición hecha al inciso d) del comentado artículo 56, se encuentran en una condición diferente y privilegiada respecto de los demás trabajadores, sobre todo en cuanto a aquellos que prestan su servicios en actividades iguales o similares a las que realiza la empresa o empresas que hayan celebrado contratos con el Estado en los términos que se indican en el párrafo con que se adicionó la citada disposición legal.

e) *Intervención del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.*

En los últimos cinco años se ha notado una mayor actividad en la celebración de las convenciones colectivas de trabajo y tanto los sindicatos de trabajadores como los patronos solicitan con frecuencia la intervención del Ministerio de Trabajo, en los casos en que las partes no logran llegar a un acuerdo pleno sobre las cláusulas de la convención colectiva. De esa manera en la actualidad se firman como promedio una o dos convenciones por mes en dicho Ministerio, el cual cuenta con un grupo de mediadores y conciliadores que poseen experiencia en esta materia. Si bien el Código Laboral no contiene ninguna disposición expresa que conceda al Ministerio de Trabajo esas facultades, la Ley Orgánica del mismo N° 1860 de 18 de febrero de 1963, establece en su artículo 2°, inciso d) que "En el desempeño de sus funciones el Ministerio de Trabajo atenderá de preferencia el estudio y solución de todos los problemas resultantes de las relaciones entre el capital y el trabajo"; y el artículo 39, inciso b) de la misma ley confiere a la Oficina de Asuntos Gremiales y Conciliación Administrativa (hoy Departamento de Relaciones Laborales) la facultad de "intervenir amigablemente en los conflictos de trabajo con el objeto de solucionarlos", normas esas que dan sustento legal a la intervención de ese Ministerio en el aspecto indicado.

5. *Formalidades de la convención colectiva de trabajo.*

El artículo 57 del Código de Trabajo ordena que la convención colectiva de trabajo debe extenderse por escrito, en tres ejemplares, bajo pena de nulidad absoluta. En consecuencia, el documento es una formalidad adsolemnitatem, lo que constituye uno de los pocos casos en que nuestra legislación laboral establece esa condición. Esa exigencia se justifica plenamente

en razón de la trascendencia de la convención colectiva de trabajo y de sus efectos aun respecto de terceros.

La misma norma ordena que cada una de las partes conserve un ejemplar del convenio y que el tercero sea depositado en la Oficina de Conciliación Administrativa y Asuntos Gremiales del Ministerio de Trabajo (hoy Departamento de Relaciones Laborales), agregando que la convención no tendrá valor legal sino a partir de la fecha en que quede depositada la copia, lo que pareciera dar a entender que la vigencia de aquélla comienza en ese momento. Sin embargo, se advierte, por otra parte, que en el artículo 58, inciso e) del mismo Código se deja en libertad a las partes para determinar "el día en que comenzará a regir", de modo que aparentemente existe una contradicción entre las dos reglas citadas, en cuanto a este punto concreto se refiere.

En relación con esta exigencia que establece nuestra ley, la Sala de Casación declaró en sentencia N° 119 de las 15 horas y 45 minutos del 25 de octubre de 1962 lo siguiente:

"En esas condiciones y aún cuando fuese indubitable que la convención colectiva se suscribió, es lo cierto que no tuvo valor legal, por no haber sido depositada en el Ministerio de Trabajo (Oficina de Asuntos Gremiales y Conciliación Administrativa)".

Del párrafo anterior se desprende con toda claridad que la Sala de Casación considera como un requisito "sine qua non" el requisito de depósito de la convención colectiva en el Ministerio de Trabajo.

El párrafo segundo del artículo 57 del Código de la materia faculta a la dependencia del Ministerio de Trabajo antes mencionada para que revise el convenio que ha sido depositado y "ordene a las partes ajustarse a los requisitos de ley en caso de que la convención contenga alguna violación a las disposiciones del presente Código". La disposición no es muy clara ni precisa; aunque primeramente se habla de "requisitos" palabra que pudiera entenderse como referida a cuestiones formales del convenio, posteriormente se alude a violaciones de las disposiciones del Código, concepto que comprendería desde luego el examen del contenido del pacto.

Conforme a una interpretación amplia de este texto legal puede concluirse que la facultad que confiere la ley al citado departamento abarca los dos aspectos indicados, pues ambos son muy importantes. En efecto tanto interesa para los fines del control previsto por el legislador que el convenio haya sido celebrado con observancia de los requisitos de ley, como que el mismo no lesiones ningún derecho consagrado por ésta a favor de los trabajadores.

Cabe observar que el Código no establece para que sea ejercida la comentada facultad, lo que puede crear una situación de incertidumbre al respecto en cuanto a la validez de las cláusulas de la convención.

Cuando ésta ha sido celebrada mediante el trámite de conciliación judicial y cuando su contenido ha sido fijado mediante sentencia de arbitraje, el control de que se ha hecho referencia es realizado por el Tribunal

Superior de Trabajo, en virtud de la consulta que ordenan los artículos 513 y 526 del Código Laboral. En efecto, el primero de ellos establece que el convenio de arreglo, que en este caso constituye una convención colectiva de trabajo, debe enviarse al citado Tribunal con el objeto de que constate que no se han violado las leyes de trabajo; y el segundo dispone que el fallo arbitral será enviado en consulta, en todo caso, al Tribunal Superior de Trabajo.

6. Contenido de la convención colectiva de trabajo.

El artículo 58 del Código de Trabajo se refiere al contenido de la convención colectiva de trabajo al disponer que en ésta se especificará todo lo relativo a:

- a) La intensidad y calidad del trabajo;
- b) La jornada de trabajo, los descansos y las vacaciones;
- c) Los salarios;
- d) Las profesiones, oficios, actividades y lugares que comprenda;
- e) La duración de la convención y el día en que comenzará a regir. Es entendido que no podrá fijarse su vigencia menor de un año ni mayor de tres, pero que en cada ocasión se prorrogará automáticamente durante un período igual al estipulado, si ninguna de las partes la denuncia con un mes de anticipación al respectivo vencimiento. Cuando la denuncia la hicieren los trabajadores, deberán representar por lo menos el sesenta por ciento de la totalidad de miembros que tenían el sindicato o sindicatos que la hubieren celebrado; y cuando la formulen los patronos, éstos deberán en ese momento tener trabajando por lo menos igual porcentaje de los afectados por la convención;
Copia de dicha denuncia debe hacerse llegar a la Oficina General de Trabajo antes de que se inicie el transcurso del mes a que alude el párrafo anterior;
- f) Las demás estipulaciones legales en que convengan las partes. No será válida la cláusula que obligue al patrono a renovar el personal a solicitud del sindicato de trabajadores, o cualquier otra que ponga en condiciones de manifiesta inferioridad a los sindicalizados; y
- g) El lugar y fecha de la celebración de la convención y las firmas de las partes o de los representantes de éstas".

Los tres primeros incisos del artículo transcrito se refieren a las llamadas cláusulas normativas, sean las que fijan las condiciones generales para la prestación individual de los servicios y que pasan a formar parte del contenido de los contratos individuales de trabajo.

ojo → Ferris.

El inciso d) se ocupa de la determinación del ámbito de aplicación del convenio, pues éste puede comprender a todos los trabajadores de una empresa o bien solamente a los que realizan determinados oficios, profesiones o actividades. También puede comprender únicamente a los trabajadores de determinado centro de producción de la empresa.

Tanto ese inciso como el señalado con la letra e), que alude a la duración de la convención colectiva y al día en que comenzará a regir constituye parte de lo que la doctrina denomina "la envoltura de la convención colectiva", la cual comprende las normas sobre el imperio y la vida de esa institución.

El inciso f) comprendería las cláusulas obligacionales. En ese inciso el legislador expresamente dispuso que no son permitidas entre nosotros las cláusulas de exclusión de ingreso y de exclusión por separación, que autoriza la legislación mejicana.¹⁵ En virtud de la primera el empresario se obliga a utilizar únicamente a trabajadores sindicados o bien a los miembros de determinada organización sindical.

Conforme a la segunda, a petición del respectivo sindicato debe ser despedido por la empresa el trabajador que, formando parte de dicho sindicato, se desafilia del mismo o es expulsado de él. Esas cláusulas en el fondo llevan a establecer la obligatoriedad de la sindicación, lo que riñe con los principios que sienta nuestra Constitución Política.

III. CONVENCIONES COLECTIVAS (1968 - 1974)

A. RESUMEN GRAFICO

Al analizar las convenciones colectivas del período 1968 a 1974 se comprueba que la mayoría de ellas se celebraron en el sector privado de la actividad económica del país. Según se observa en el cuadro N° 1, durante el lapso dicho se firmaron 75 convenciones en el sector privado mientras que en el sector público, únicamente 10. Ello no significa que en las instituciones públicas la actividad sindical carezca de importancia. Todos conocemos las luchas libradas en los últimos años por sindicatos de empleados públicos por el mejoramiento, básicamente, de sus salarios.

Los empleados estatales, precisamente por encontrarse rodeados de una serie de garantías de que no disfrutaban los empleados del sector privado —tal por ejemplo, la estabilidad en el empleo—, son en ocasiones francamente agresivos y numerosos los conflictos que atraviesan.

15 Artículo 395 de la Ley Federal del Trabajo de Méjico. Secretaría del Trabajo y Previsión Social, México, 1970.

PROCESO COLECTIVO CONSTITUTIVO DE TRABAJO CONFLICTOS LABORALES

Tipo	Origen	Característica	Organismo Competente	RESULTADO	PROCEDIMIENTOS
1. Económico-Social	Divergencia de intereses obrero-patronales	Proceso Colectivo CONSTITUTIVO	Tribunal Especial (Conciliación o Arbitraje) u Organismo Administrativo	Convenio colectivo o bien CONVENCION colectiva (fuerza de ley)	1. <i>Del convenio (patrono-trabajadores)</i> a. arreglo directo (extrajudicial) → huelga o paro b. conciliación → arbitraje obligatorio 2. <i>De la convención (patrono-sindicato)</i> a. arreglo directo o negociación b. arbitraje obligatorio → sentencia obligatoria 3. <i>Conflictos que afectan los TRANSPORTES</i> a. conciliación judicial. derecho → huelga → Arbitr. obligat. b. conciliación administrativa 4. <i>Conflictos que afectan los servicios públicos</i> a. arbitraje obligatorio → sentencia obligatoria
2. JURIDICO	Incumplimiento o interpretación de la convención	Proceso Colectivo DECLARATIVO	Tribunal de Derecho: Juez de Trab. Juicio Ord. de Trabajo		

CONVENCIÓNES COLECTIVAS

1968 - 1974

Sector	PUBLICO	PRIVADO	MIXTO	TOTAL
Actividad				
INDUSTRIAL	1	25		26
AGRICOLA		40		40
SERVICIOS	18	10	3	31
TOTAL	19	75	3	97

El predominio de las convenciones colectivas realizadas dentro del sector privado sobre el público tiene a nuestro juicio una explicación: lo dispuesto por el artículo 56 del Código de Trabajo y su aplicación por parte de los Tribunales.¹⁶ El texto citado obliga exclusivamente al patrono particular y no al Estado a celebrar una convención colectiva cuando se cumplan las hipótesis previstas por la norma citada. De allí que, en gran cantidad de casos, los representantes de las diversas entidades estatales se nieguen a firmar una convención y en su lugar celebren simples convenios como fórmula para resolver el conflicto planteado.

16 Artículo 56.—Todo patrono particular que emplee en su empresa, o en determinado centro de producción si la empresa por la naturaleza de sus actividades tuviere que distribuir la ejecución de sus trabajos en varias zonas del país, los servicios de más de la tercera parte de los trabajadores sindicalizados, tendrá obligación de celebrar con el respectivo sindicato, cuando éste lo solicite, una convención colectiva. Al efecto se observarán las siguientes reglas:

- El porcentaje a que se refiere el párrafo anterior se calculará sobre la totalidad de los trabajadores que presten sus servicios en dicha empresa o centro de producción determinado;
- Si dentro de la misma empresa o centro de producción existen varios sindicatos, la convención colectiva se celebrará con el que tenga mayor número de trabajadores afectados directamente por la negociación, en el concepto de que el pacto no podrá concertarse en condiciones menos favorables para los trabajadores que las contenidas en contratos vigentes dentro de la propia empresa o centro de producción;

Revela también el cuadro en estudio que dentro de la economía del país es en el sector agrícola en donde se dan la mayoría de las negociaciones colectivas. Le sigue el sector industrial y por último el sector de servicios. Lo anterior es una consecuencia lógica del modo en que está estructurada la economía del país, en cuya composición la actividad agrícola es preeminente. Cabe apuntar que dentro de la agricultura del banano la organización sindical ofrece toda una tradición que se remonta a épocas anteriores a la promulgación del Código de Trabajo, de ahí que sean en la actividad bananera en donde la negociación colectiva se celebre con mayor frecuencia.

Por lo demás, las características propias de otras actividades agrícolas muy importantes en nuestra economía, tales como la cafetalera y la ganadera, no propician el nacimiento y organización de agrupaciones sindicales. Por ejemplo, el carácter estacional de la agricultura cafetalera, la exigua mano de obra permanente que requieren estas fincas, —características que comparten las fincas ganaderas por grandes que sean—, son factores que, sin duda, no constituyen materia prima adecuada para el funcionamiento de una agrupación sindical.¹⁷

En orden de importancia, el sector industrial ocupa el segundo lugar como fuente de las convenciones colectivas firmadas durante el período en estudio. Esta situación refleja el nivel que ocupa la actividad industrial en la economía general del país. Por su parte, la industria costarricense es de creciente desarrollo (su auge comienza al firmarse en 1963 los tratados de Integración Económica Centroamericana), y por otra parte, es en este sector en donde los patronos han mostrado una actitud más tenazmente negativa a permitir el desarrollo del movimiento sindical. Sin entrar a considerar los factores que motivan tal actitud, nos limitamos a ponerla de manifiesto.

c) Cuando se trate de una empresa o de un centro de producción que por la índole de sus actividades emplee trabajadores pertenecientes a diferentes profesiones u oficios, la convención colectiva deberá celebrarse con el conjunto de los sindicatos que represente a cada una de las profesiones u oficios, siempre que éstos se pongan de acuerdo entre sí. En el caso de que no se pusieren de acuerdo, el sindicato correspondiente a cada profesión u oficio podrá exigir que se celebre una convención colectiva con él, para determinar las condiciones relativas a dicha profesión u oficio dentro de la mencionada empresa o centro de producción; y

d) Si transcurridos treinta días después de la solicitud hecha al patrono por el respectivo sindicato para la celebración de la convención colectiva, no hubieren llegado las partes a un acuerdo pleno sobre sus estipulaciones, podrá cualquiera de ellas pedir a los Tribunales de Trabajo que resuelvan el punto o puntos en discordia.

17 A manera de simple observación cabe mencionar que en estos momentos se advierte el inicio de una fuerte actividad sindical en la agricultura de la caña, cuya naturaleza involucra tanto las labores propiamente agrícolas, como las industriales de procesamiento en los ingenios azucareros. Los conflictos que han ocurrido recientemente y las convenciones que se han planteado ya, permiten asegurar que un futuro próximo aumentará considerablemente la importancia de la negociación colectiva en este sector agrícola-industrial.

Por último, encontramos que en el sector de servicios, también tercero dentro de la estructura de la economía nacional, es donde menor número de convenciones se firmaron en el período analizado. Es importante observar que en este sector de servicios nos aparece un número mayor de convenciones dentro del sector público que dentro del privado. Una explicación podría ser que el Estado costarricense tiende a absorber la prestación de servicios considerados de utilidad pública. Es el caso evidente de los transportes de personas y fundamentalmente, los ferroviarios. (Cuadro N° 2).

En lo que se refiere al cuadro N° 2, el dato más sobresaliente que nos muestra es el aumento del número de convenciones que se registran anualmente. Este incremento es notable en los años 1972 y 1973, en los cuales se suscribieron 27 y 28 convenciones respectivamente, predominando las del sector agrícola. La disminución en el número de negociaciones en 1974 obedece precisamente a que se encuentran en vigencia las convenciones de los años inmediatamente anteriores.

El cuadro N° 3 se refiere al procedimiento utilizado por las partes para celebrar las convenciones colectivas y muestra que en una mayoría muy apreciable de casos la convención se celebró por negociación directa entre el sindicato y el patrono.

En segundo término, los interesados recurrieron al Ministerio de Trabajo para celebrar su negociación. Únicamente en un número reducido de casos se solicitó la intervención de las autoridades judiciales, posiblemente por el mayor costo que tal procedimiento implica.

B. CONTENIDO DE LAS CONVENCIONES

La doctrina más generalizada sobre la materia que estudiamos divide el contenido de las negociaciones colectivas en dos tipos de cláusulas denominadas cláusulas normativas y cláusulas obligacionales.

En el desarrollo que haremos a continuación de las cláusulas más importantes que figuran en las negociaciones colectivas celebradas en nuestro país durante el lapso de 1968-1974, seguiremos esta clasificación doctrinaria.

CLAUSULAS NORMATIVAS

Los autores alemanes Drs. Alfred Hueck y H. C. Nipperdey definen la parte normativa de la negociación colectiva como "... la suma de las reglas que determinan o afectan directamente, según la voluntad de las partes convencionales, al contenido, celebración y extinción de relaciones privadas de trabajo dependiente, así como regulan cuestiones de la empresa, de su organización social o cuestiones que tienen por objeto instituciones conjuntas de las partes del convenio".¹⁸

¹⁸ HUECK, Dr. Alfred; NIPPERDEY, Dr. H.C.; *Compendio de Derechos del Trabajo*; Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pp. 301-302.

CUADRO N° 2
CONVENCIONES COLECTIVAS POR AÑOS Y ACTIVIDADES
(Período 1968 - 1974)

años	1968	1969	1970	1971	1972	1973	1974	TOTAL
Portuaria							1	1
Educación							1	1
Administrativa							1	1
Construcción		1				1		2
Bancaria		1	1	1		1		4
Transporte	1			2	2	5	2	12
Hospitalaria			1	2		1		4
Servicios Eléctricos					1	1		2
Municipal			1	1	1		1	4
Agrícola		1		6	17	13	3	40
Industrial	1	2	1	3	6	6	6	25
Maderera				1				1
Total Convenciones	2	5	4	16	27	28	15	97

CUADRO N° 3
 NUMERO DE CONVENCIONES COLECTIVAS
 FIRMADAS ANTE DIFERENTES INSTITUCIONES
 1968 - 1974

Sector	PUBLICO	PRIVADO	MIXTA	TOTAL
Forma de negociarse				
Negociación Directa	15	33	3	51
Tribunales de Justicia	3	10		13
Ministerio de Trabajo	1	32		33
Total	19	75	3	97

Siguiendo el criterio del conocido tratadista Krotoschin, podemos dividir las cláusulas normativas en tres grupos.¹⁹

a) *Cláusulas que fijan las obligaciones principales de ambas partes del contrato de trabajo*, a saber, la obligación de pagar el salario y la de prestar el servicio, con sus correspondientes modalidades (monto, evaluación, elementos complementarios que entran en la composición del salario, modo de pago, género y volumen del trabajo, rendimiento, jornadas, vacaciones, horas extras, descansos, etc.).

b) *Cláusulas que se refieren a obligaciones de carácter accesorio*. Por parte del empleador, la obligación de tomar medidas de previsión y seguridad en lo que atañe a la persona o propiedad del trabajador, la obligación de proveerlo del material necesario para el trabajo (ropa, herramientas), prestaciones marginales (asistencia médica u otros servicios sociales de la empresa), disposiciones de "seguridad social" (pensiones de vejez, indemnizaciones de desempleo). Por parte del trabajador, la obligación de no divulgar secretos de fabricación, la obligación de colaborar con la dirección de la empresa para aumentar la producción y reducir las pérdidas de tiempo y material, etc.

¹⁹ KROTOSCHIN, Ernesto; *Instituciones de Derecho del Tratado*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1968.

c) *Cláusulas que conciernen al comienzo y la terminación del contrato individual de trabajo*. Estas disposiciones contemplan los despidos colectivos, la prohibición de despido por actividades sindicales, las causales de despido, etc.

d) *Casos dudosos*. Dentro de este grupo, Krotoschin incluye una serie de disposiciones cuyo carácter normativo es algunas veces discutido, por ejemplo, disposiciones que se refieren no a la ejecución sino al establecimiento del contrato de trabajo, tales como cláusulas sobre aptitudes del trabajador, obligación de reintegro que obliga al patrono a reincorporar a los trabajadores despedidos con ocasión de huelga o conflicto, etc.

CLAUSULAS OBLIGACIONALES

La doctrina entiende por cláusulas obligacionales aquéllas que crean derechos y deberes entre las partes de la convención.²⁰

La cláusula obligacional se distingue de la cláusula normativa en que ésta se refiere básicamente a las relaciones privadas entre patrono y trabajador, en tanto que las cláusulas obligacionales afectan a las partes que negocian y firman la convención, es decir, el patrono o patronos y la organización sindical.

A nuestro juicio, se pueden distinguir 3 tipos de cláusulas obligacionales:

a) *Cláusulas que se refieren a la propia convención*.

Una de las funciones más importantes que cumple, jurídica y socialmente, la convención colectiva, es la de garantizar un período durante el cual las relaciones obrero-patronales no sufran las tensiones de un nuevo conflicto.

Dentro de este orden de ideas se pacta en las convenciones la *obligación de abstenerse*, durante su vigencia, de toda presión, directa o indirecta, tendiente a modificar el contenido de la negociación.

Esta obligación de paz puede ser relativa o absoluta, según que el compromiso de abstenerse de plantear un nuevo conflicto excluya aspectos no contemplados en la convención, o bien, fije un compromiso absoluto de no adoptar medidas de lurcha en ningún caso, se trate de asuntos considerados o no por la convención.

Encontramos también cláusulas que contemplan la *obligación de ejecutar la convención*. En este sentido figuran el cumplimiento de las obligaciones propias de las partes y el compromiso de influir en los miembros del sindicato pactante para que a su vez respeten y observen la negociación.

Asimismo, en gran mayoría de las convenciones se crea un organismo denominado "Junta de Relaciones Laborales", cuya función se describe

²⁰ HUECK, Cr. Alfred; NIPPERDEY, Dr. H.C., *Compendio de Derecho del Trabajo*; Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1963, pp. 315.

como la de mediadora en los conflictos individuales o colectivos que se produzcan en la empresa por razón del servicio.

b) *Cláusulas que afectan al sindicato pactante.*

Incluimos dentro de esta categoría las disposiciones que reconocen derechos al sindicato y sus miembros. Por ejemplo: reconocimiento del sindicato como organismo representante de los trabajadores, libertad sindical, estabilidad en el empleo de los dirigentes sindicales, licencias con y sin goce de sueldo para asistir a actividades sindicales.

c) *Cláusulas que conceden beneficios colectivos no estipulados por ley.*

Dentro de ellas encontramos beneficios tales como programas de vivienda, establecimiento de centros escolares, creación de cooperativas, de fondos de retiro, de fondos de previsión para emergencias, acondicionamiento de comedores, instalación de pozos de agua potable, ayuda para actividades culturales y deportivas, etc.

Conviene advertir que existe una estrecha relación e interdependencia entre la parte obligacional y la parte normativa de un convenio.

Derivado a la naturaleza jurídica de la convención, en la cual se mezclan elementos obligacionales de derecho privado con institutos de derecho público, resulta difícil en ocasiones distinguir nítidamente una cláusula normativa de otra de tipo obligacional. De tal suerte, las distinciones que hacemos siguiendo la doctrina, tienen una finalidad metodológica de estudio ordenado del contenido de las convenciones analizables, pero en modo alguno constituyen criterios absolutos de clasificación.

A manera de ejemplo de la interdependencia señalada, puede citarse el hecho de que las reglas normativas establecen el contenido y los límites del deber de paz relativo y del deber de ejecución. A su vez, el deber de ejecución se limita a las condiciones normativas de trabajo establecidas en la negociación.

1. CLAUSULAS NORMATIVAS EN LAS CONVENCIONES SUSCRITAS.

a. SALARIOS

Dentro del conjunto de las cláusulas normativas de las convenciones celebradas en nuestro país, la materia indiscutiblemente más importante es la que se refiere a los salarios. Durante el período de negociaciones es éste el punto álgido de las discusiones y el que frecuentemente retrasa la firma de la convención. Es obvio que para ambas partes contratantes resulta decisivo el acuerdo a que se llegue. Para los trabajadores, porque durante un lapso de dos o tres años no podrán pedir nuevos aumentos; para el patrono,

porque el aumento que conceda incide de manera directa sobre los costos de producción y disminuye, por lo mismo, su margen de utilidad.

Los diversos aspectos que se consideran en las cláusulas relativas a salarios son:

i) *Aumentos*

En la totalidad de las convenciones estudiadas, el aumento de salarios sobre los mínimos fijados en la propia negociación se hacen depender de factores tales como antigüedad, traslados a puestos de mayor jerarquía o capacitación adicional en el desempeño del cargo u oficio.

Los aumentos de salarios que se pactan obedecen, fundamentalmente, al aumento periódico en el costo de la vida. Así se argumenta en la fase de discusiones, sin que luego se exprese en el texto de la convención. En algunas de las negociaciones estudiadas se especifica que se procederá a reajustar los salarios convenidos conforme a un porcentaje indicado al efecto. También se encuentra el compromiso del patrono de revisar los salarios anual o bienalmente. Esta clase de pactos obedece a la razón antes señalada de que los trabajadores procuran obtener reajustes de sus salarios debido al aumento creciente del costo de la vida en lapsos durante los cuales se encuentran en vigencia la convención.

ii) *Modo de pago*

De conformidad con lo que establece el propio Código, se estipula que el salario se puede pagar:

- por unidad de tiempo trabajado;
- por tarea o a destajo;
- por tipo de labor realizada.

iii) *Lugar, día y hora de pago*

En los diferentes convenios se señala, según el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de que se trate, si el salario se pagará en el propio lugar de trabajo o fuera de él, durante o fuera de las horas hábiles de trabajo y el día en que se pagará, de conformidad con el modo de pago.

iv) *Beneficios adicionales*

Es frecuente encontrar en las convenciones cláusulas que otorgan al trabajador beneficios adicionales muy importantes, directamente vinculados con su salario. En la mayoría de los casos se trata de pactos que mejoran notablemente las condiciones contenidas en la legislación laboral. De esta suerte, encontramos disposiciones en virtud de las cuales se garantiza el pago completo del salario cada vez que las labores se suspenden por motivos

no imputables al trabajador, sobre todo en caso de lluvia en labores agrícolas.²¹

Del mismo modo se incorporan a los convenios normas relativas al pago de transporte (en caso de enfermedad, hasta el centro hospitalario; hasta el centro de trabajo, conforme lo dispone el Código),²² alimentación gratuita, suministro de uniformes, herramientas, viáticos, subsidios para gastos de entierro, pago de salario, completo o parcial durante el tiempo empleado en recibir atención médica, venta a precio de costo de productos manufacturados por la empresa respectiva, salario nocturno superior al salario diurno.

b. AGUINALDO

El beneficio del décimo-tercer mes de salario, previstos en la ley 2412 de 23 de octubre de 1959, y el cual todavía se encuentra limitado por dicha ley a un 50% del salario mensual del trabajador, en aquellas empresas cuyas utilidades líquidas gravables no sean superiores a — — \$ 300.000,00 anuales, es uno de los aspectos que figuran siempre en el texto de la convención. Resulta importante destacar que aún en los casos en los que no se concede un margen de beneficio superior al que estipula la ley, se consagra siempre la obligación de su pago.

En algunas de las convenciones estudiadas se contienen aumentos sobre el monto previsto por la ley, los cuales oscilan entre el 60 y el 100% del salario mensual. Con todo, predominan los casos en los cuales la empresa se compromete a pagar por concepto de aguinaldo un mes completo de salario.

Se encuentran casos en los que el pago de aguinaldo se estipula proporcionalmente a los años servidos en la empresa.

Otro aspecto regulado en las convenciones sobre la materia es la determinación de la fecha en la cual se hace el pago del aguinaldo, escogida de entre los primeros 20 días del mes de diciembre que es el plazo señalado por la ley. Se encontró un caso en el cual las fechas de pago de aguinaldo se distribuyen en los meses de diciembre, enero y marzo del año siguiente. Los pagos hechos en estos meses de enero y marzo son de porcentajes adicionales al 50% mínimo fijado por ley.

c. JORNADA DE TRABAJO

Las disposiciones legales vigentes establecen jornadas máximas de 8 horas diarias en labores diurnas, 6 en las nocturnas y un total de 48 semanales. El Código autoriza jornadas diurnas de hasta 10 horas diarias cuando se trata de jornadas acumulativas. Todo trabajo efectivo que se

21 De conformidad con el art. 74 del Código de Trabajo, la fuerza mayor y el caso fortuito son causas de suspensión temporal de los contratos, sin responsabilidad para el patrono ni para los trabajadores, lo cual implica que durante esos lapsos el trabajador no devenga salarios.

22 Cf. Código de Trabajo, artículos 38 y 39.

ejecute fuera de los límites señalados se considera jornada extraordinaria y se remunera con un 50% más del salario correspondiente. También existen excepciones previstas en el Código para los trabajadores denominados "de confianza" y otras categorías de empleados que la propia norma enumera, entre los cuales por ejemplo se han incluido siempre los empleados de las empresas de transporte.²³

i) Reducción de la jornada diaria y semanal

Reducción

En un alto porcentaje de las convenciones estudiadas, se reduce el número de horas de la jornada diaria a 6 y el de la jornada semanal a 40 o 44. En algunos casos se fijan jornadas semanales de 5 días, en otros máximos semanales de 60 horas (empleados de transportes).

ii) Jornada de trabajo extraordinaria

El Código establece el máximo de horas extraordinarias que puede laborar diariamente el trabajador, al señalar que la jornada extraordinaria sumada a la ordinaria no podrá exceder de 12 horas. Ello significa que en jornadas ordinarias de ocho horas puede laborarse hasta 4 en tiempo extraordinario, y en jornadas acumulativas de 10 horas, la jornada extraordinaria no podrá exceder de 2 horas diarias. Es reiterada la jurisprudencia de los Tribunales de la materia en el sentido de que la jornada extraordinaria debe computarse diariamente, aun en aquellos casos en que se labore jornada acumulativa semanal.

En la casi totalidad de las convenciones se repite la disposición del Código del pago de la jornada extraordinaria con un 50% adicional del salario de la jornada ordinaria, salvo en el caso de una negociación colectiva suscrita por una institución pública que autoriza el pago doble de este tipo de jornada.

iii) Jornada mixta y nocturna

La jornada mixta es aquella que se realiza parcialmente en horas diurnas y nocturnas y que en ningún caso excederá de 7 horas. La jornada nocturna no puede exceder de 6 horas diarias.

23 Artículo 143.—Quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata; los trabajadores que ocupan puestos de confianza; los agentes comisionistas y empleados similares que no cumplen su cometido en el local del establecimiento; los que desempeñen funciones discontinuas o que requieran su sola presencia; y las personas que realizan labores que por su indudable naturaleza no están sometidas a jornadas de trabajo.

Si nembargo, estas personas no estarán obligadas a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo y tendrán derecho, dentro de esa jornada, a un descanso mínimo de una hora y media.

(Así reformado por ley N° 2378 de 29 de setiembre de 1960).

Preveen las convenciones estudiadas jornadas de este tipo iguales a las 8 horas de la jornada diurna, lo cual ha sido un principio reiterado que señala la ley y establecen que se pagarán con un salario equivalente mente establecido por la jurisprudencia de los Tribunales de Trabajo.

iv) *Jornada acumulativa y continua*

Algunas de las negociaciones establecen jornadas de esta clase cuyo objetivo, generalmente, consiste en reducir el número de días laborados por semana.

v) *Tiempo de trabajo efectivo* (para efecto de pago).

En general se pacta en las convenciones que el tiempo durante el cual el trabajador permanezca inactivo por causas que no le resulten imputables, se reputa como de trabajo efectivo para efectos de su pago. Esto constituye un beneficio adicional toda vez que, de conformidad con el Código, la suspensión de labores solamente se remunera cuando sus causas son atribuibles al patrono.

De esta suerte, encontramos disposiciones que consideran el pago de las horas no trabajadas por desperfectos en la maquinaria, por no haber recibido notificación anticipada de suspensión de labores, por no empezar el trabajo a la hora señalada, etc.²⁴

d. *DESCANSOS*

En virtud de lo prescrito por la legislación, todo trabajador tiene derecho a disfrutar de un día de descanso absoluto después de cada semana o de cada 6 días de trabajo continuo. Por ley, este descanso semanal sólo se remunera en actividades comerciales; y por haberlo establecido así la jurisprudencia, en aquellas labores retribuidas quincenal o mensualmente. En el caso de que por necesidades urgentes de la empresa o por convenirlo así las partes, se labore el día de descanso semanal, el trabajador tendrá derecho a percibir el doble del salario diario ordinario. Si el trabajo se ejecuta al servicio de explotaciones agrícolas o ganaderas, la remuneración será del 50% sobre el salario diario ordinario.

i) *Descansos durante la jornada*

En algunas de las convenciones estudiadas se repite el principio establecido en el Código del descanso obligatorio de media hora destinado al almuerzo cuando la jornada es continua. Este descanso forma parte del tiempo de trabajo efectivo.

Se encuentra también con frecuencia la cláusula que concede un descanso adicional de 15 minutos en la mañana y 15 en la tarde, también computado como de trabajo efectivo.

24 Cf. Art. 74 del Código de Trabajo.

ii) *Pago del salario doble por trabajo en el día de descanso semanal.*

En un buen número de negociaciones del sector agrícola-ganadero se conviene remunerar con salario doble el trabajo en el día de descanso semanal, lo cual constituye un beneficio adicional al que concede el Código.

iii) *Aumento del número de días de descanso semanal.*

En un único caso, se encontró un convenio en el cual se otorga a los trabajadores un día de "permiso con pago después de cinco laborados", ello además del día de descanso semanal. En el caso de que se labore en el día de permiso o de descanso semanal la remuneración del trabajador será el doble del salario diario ordinario.²⁵

iv) *Descansos mínimos entre jornadas*

Directamente relacionado con el tipo de trabajo que se realiza nos encontramos una regulación que fija la obligatoriedad de un descanso mínimo de 10 horas entre jornada y jornada de trabajo.²⁶

e. *DIAS FERIADOS*

El régimen de días feriados que establece el Código los divide en dos tipos los que son de pago obligatorio y los que no lo son. En caso de laborarse en los primeros, el salario correspondiente será el doble del salario ordinario diario. Salvo que hubiere convenio o costumbre en contrario, el trabajo en los días feriados que no son de pago legal obligatorio se remunera con el salario diario ordinario.

En los convenios estudiados se encontraron frecuentemente cláusulas en virtud de las cuales se aumenta el número de días feriados remunerados sobre los que indica la ley y se regula la remuneración de los días feriados que no son de pago obligatorio. En este último caso el monto del salario estipulado oscila entre el 50% y el 100% adicional al salario ordinario.

En algunas negociaciones se encuentran disposiciones que estipulan el pago con salario doble por trabajo en los días de "asuetos". Se denominan así los días durante los cuales se suspenden las labores con pago de salario por motivos de índole cívica o religiosa.

f. *VACACIONES*

El lapso de vacaciones remuneradas lo fija el Código en 2 semanas por cada 50 de trabajo continuo al servicio de un mismo patrono.

25 Convención Colectiva: Recope-Sindicato de Trabajadores Petroleros, Químicos y afines, 14 de junio de 1974.

26 Convención Colectiva: Japdeva-Sindicato de Trabajadores del Ferrocarril Nacional al Atlántico, 6 de marzo de 1973.

i) Escalas progresivas

Algunas convenciones consideran el otorgamiento de vacaciones dentro de los límites fijados por ley. Pero en un gran número de ellas se establecen escalas progresivas de vacaciones por concepto de antigüedad que oscilan entre 2 semanas y un mes.

ii) Suspensión de vacaciones

La jurisprudencia ha establecido el principio que recogen algunas convenciones de que las vacaciones se suspenden por circunstancias tales como enfermedad, accidente, necesidades imperiosas de trabajo y por lo general, en casos de emergencia.

iii) Remuneración de las vacaciones.

Se encuentran cláusulas que repiten la norma de que las vacaciones anuales son remuneradas. Pero también figuran otras que marcan beneficios adicionales como por ejemplo, el pago anticipado del período de vacaciones, así como un pago mayor a la proporción legal de acuerdo con la antigüedad en el servicio.

En otros convenios —suscritos en su mayoría por empresas agrícolas o ganaderas—, se establecen períodos mayores al fijado por el Código para calcular el salario que el trabajador debe recibir durante sus vacaciones. Para este tipo de labores la ley prescribe que el cálculo del salario respectivo se haga de acuerdo al promedio de las remuneraciones ordinarias y extraordinarias devengadas por el trabajador durante la última semana de actividades (artículo 157 del Código).²⁷

iv) Epoca en que se concederán las vacaciones.

El principio que señala la legislación es el de que los trabajadores deben gozar sin interrupciones de su período de vacaciones. Empero, se autoriza dividirlos en dos períodos como máximo, por convenio de partes, o por la índole de las labores. Este mismo principio se recoge en las negociaciones, en algunas de las cuales se concreta la costumbre, muy generalizada ya en algunas empresas, de otorgar vacaciones colectivas a sus trabajadores en Semana Santa y en los días de fin de año.

g. LICENCIAS

El Código de la materia no contiene disposiciones en punto a licencias. Este tema, importante en las relaciones obrero-patronales, figura regulado

²⁷ Algunos juristas consideran que la norma citada ha quedado insubsistente al ser derogado el párrafo 3° del art. 153, en virtud del cual, los trabajadores de explotaciones agrícolas o ganaderas percibían en concepto de vacaciones el pago de todos los días feriados (15 en total) que señala el Código.

únicamente en los reglamentos interiores de trabajo y en las convenciones. De ahí que prácticamente en todas las negociaciones estudiadas se encuentran pactos que norman la concesión de licencias con y sin goce de salario.

i) Licencias sin goce de salario

Son solicitadas por el trabajador para atender asuntos personales. En el sector privado, la norma general es que se conceden por un plazo máximo de 15 días anuales; en el sector público los plazos oscilan entre 2 y 6 meses máximo.

ii) Licencias con goce de salario

Las diversas causas que generan el otorgamiento de licencias de este tipo se resumen del siguiente modo: enfermedad grave o fallecimiento de un familiar cercano del trabajador (padres, hermanos, cónyuges o hijos), matrimonio del trabajador, nacimiento de un hijo, matrimonio de los hijos y visitas al Seguro Social.

Además de las enunciadas, se encontraron ejemplos únicos que consideran otras causas tales como incendio de la casa, estudios que el trabajador realice dentro o fuera del país y que interesen a la institución, llamadas de emergencia de la casa o de la autoridad, traslado a otro centro de trabajo y maternidad, esta última por un plazo y con un goce de salario superiores a los previstos por la ley.²⁸

Los plazos de disfrute de la licencia oscilan entre medio día y una semana. Existe la tendencia evidente a aumentar los plazos en las negociaciones celebradas con las instituciones estatales.

Por lo general, las licencias se conceden con goce íntegro del salario. Sin embargo aparecen excepciones en las cuales la remuneración corresponde a un 50% del salario ordinario.

h. ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Las cláusulas que se refieren a esta materia consideran los siguientes temas:

i) Despido

Dentro de la legislación laboral subsiste el principio de libre terminación del contrato de trabajo. Tanto patrono como trabajador pueden dar por finalizada la relación laboral sin otra responsabilidad de su parte que el pago de los extremos que la propia ley prevee para tal supuesto. En el caso del patrono, su deber se fija en el pago de preaviso de despido

²⁸ Artículo 95 y 96 del Código de Trabajo: fijan los descansos pre y post-natales en 30 días cada uno, y el salario, en las 2/3 partes del sueldo o en lo que falta para recibirlo completo si estuviere protegida por la Caja Costarricense de Seguro Social. El seguro de maternidad es prácticamente universal en el país.

y del auxilio de cesantía en los montos que determina la norma respectiva. Para el trabajador, su obligación se marca en el pago o la concesión del preaviso de despido por el lapso contenido en la ley correspondiente.²⁹

Como se observa, la reinstalación del trabajador en caso de un despido injustificado no está prevista por nuestra legislación, salvo para los empleados y funcionarios públicos protegidos por el Estado de Servicio Civil.

La conclusión del contrato de trabajo puede darse también por motivo justificado proveniente bien del patrono, bien del trabajador. Las causales de conclusión justificada del vínculo laboral las enumeran los artículos 81 y 83 del Código de la materia.

29 Artículo 28.—En el contrato por tiempo indefinido cada una de las partes puede ponerle término, sin justa causa, dando aviso previo a la otra, de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) Después de un trabajo continuo no menor de tres meses ni mayor de seis, con un mínimo de una semana de anticipación;
- b) Después de un trabajo continuo que exceda de seis meses y no sea mayor de uno año, con un mínimo de quince días de anticipación; y
- c) Después de un año de trabajo continuo con un mínimo de un mes de anticipación.

Dichos avisos se darán siempre por escrito, pero si el contrato fuere verbal, el trabajador podrá darlo en igual forma en caso de que lo hiciera ante dos testigos; y pueden omitirse, sin perjuicio del auxilio de cesantía, por cualquiera de las partes, pagando a la otra una cantidad igual al salario correspondiente a los plazos anteriores.

Durante el término del aviso el patrono estará obligado a conceder un día de sueto al trabajador, cada semana, para que busque colocación.

Artículo 29.—Si el contrato de trabajo por tiempo indeterminado concluye por razón de despido injustificado, por alguna de las causas previstas en el artículo 83, u otra ajena a la voluntad del trabajador, el patrono deberá pagarle a éste un auxilio de cesantía de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) Después de un trabajo continuo no menor de tres meses ni mayor de seis, con un importe igual a diez días de salario;
- b) Después de un trabajo continuo mayor de seis meses pero menor de un año, con un importe igual a veinte días de salario;
- c) Después de un trabajo continuo mayor de un año, con un importe igual a un mes de salario por cada año de trabajo o fracción no menor de seis meses;
- d) Después de un trabajo continuo mayor de seis meses pero menor de un año, con un importe a veinte días de salario;
- c) Después de un trabajo continuo mayor de un año, con un importe igual a un mes de salario por cada año de trabajo o fracción no menor de seis meses;
- d) En ningún caso podrá exceder dicho auxilio del salario de ocho meses;
- e) El auxilio de cesantía deberá pagarse aunque el trabajador pase inmediatamente a servir a las órdenes de otro patrono.

En una cantidad considerable de conversaciones se reitera que los despidos se harán conforme a lo dispuesto por la ley.³⁰

Por lo general se acuerda comunicar dichos despidos a la Junta de Relaciones Laborales, al Comité Sindical o al Sindicato, a fin de que se compruebe la causal aducida por el patrono.

—Por motivos no imputables al trabajador

En muchas de las negociaciones estudiadas se establece que en caso de que se operen despidos *por reducción de personal, por fuerza mayor o durante el período de prueba*, dichos despidos sean comunicados al sindicato o a la Dirección General de Inspección de Trabajo, a fin de que éstos se pronuncien sobre la necesidad de tales medidas.

30 Artículo 81.—Son causas justas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo:

- a) Cuando el trabajador se conduzca durante sus labores en forma abiertamente inmoral, o acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono;
- b) Cuando el trabajador cometa alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra algún compañero, durante el tiempo que se ejecutan los trabajos, siempre que como consecuencia de ello se altere gravemente la disciplina y se interrumpan las labores;
- c) Cuando el trabajador, fuera del lugar donde se ejecutan las faenas y en horas que no sean de trabajo, acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o contra los representantes de éste en la dirección de las labores, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para la realización de trabajo;
- d) Cuando el trabajador cometa algún delito o falta contra la propiedad en perjuicio directo del patrono o cuando cause intencionalmente un daño material en las máquinas, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados en forma inmediata e indudable con el trabajo;
- e) Cuando el trabajador revele los secretos a que alude el inciso g) del artículo 71;
- f) Cuando el trabajador comprometa con su imprudencia o descuido absolutamente inexcusable, la seguridad de lugar donde se realizan las labores o la de las personas que allí se encuentren;
- g) Cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono, sin causa justificada durante dos días consecutivos o durante más de dos días alternos dentro del mismo mes calendario;
(Reformado por ley N° 25 de 17 de noviembre de 1944).
- h) Cuando el trabajador se niegue de manera manifiesta y reiterada a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; o cuando el trabajador se niegue en igual forma a acatar, en perjuicio del patrono, las normas que éste o su representante en la dirección de los trabajos le indique con claridad para obtener la mayor eficacia y rendimiento en las labores que se están ejecutando;

De conformidad con las normas respectivas, cuando se producen despidos por reducción de personal o por casos de fuerza mayor, el trabajador conserva su derecho a percibir las prestaciones correspondientes. El despido que sufra o la renuncia que haga el trabajador durante el período de prueba —que en nuestra legislación es de 3 meses—, es libre y no genera el pago de los extremos mencionados.

—Reinstalación

En algunas de las convenciones analizadas aparece la cláusula en virtud de la cual el patrono se obliga dar prioridad, para efectos de reinstalación, a trabajadores despedidos por supresión de plazas.

—Despido injustificado. Procedimiento

Como lo observamos antes, el principio de la libertad contractual de libre terminación del contrato de trabajo no acarrea al patrono más obligación que el pago de prestaciones en caso de que decida despedir sin causa justificada a un trabajador. De allí que resulten importantes las cláusulas que figuran en buen número de las convenciones estudiadas según las cuales el patrono a quien se le pruebe haber procedido injustificadamente al despedir a un trabajador, queda obligado a reinstalarlo en sus labores con el pago de los salarios caídos. Otra solución que se encuentra en estos casos es la de que al trabajador despedido sin causa se le pague una suma adicional además de las prestaciones que le corresponden por ley.

ii) Estabilidad en el empleo

—Caso de sustitución patronal

Por disponerlo así la legislación positiva, la sustitución de patrono por venta, traslado o cambio de razón social de la empresa, no afecta los

- i) Cuando el trabajador, después de que el patrono lo aperciba una vez, incurra en las causales previstas en los incisos a), b), c), d), y e), del artículo 72;
- j) Cuando el trabajador al celebrar el contrato haya inducido en error al patrono, pretendiendo tener cualidades, condiciones o conocimientos que evidentemente no posee, o presentándole referencias o atestados personales cuya falsedad éste luego comprueba, o ejecutando su trabajo en forma que demuestre claramente su incapacidad en la realización de las labores para las cuales ha sido contratado;
- k) Cuando el trabajador sufra prisión por sentencia ejecutoriada; y
- l) Cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato.

Es entendido que siempre que el despido se funde en un hecho sancionado también por las leyes penales, quedará a salvo el derecho del patrono para entablar las acciones correspondientes ante las autoridades represivas comunes.

contratos de trabajo existentes en perjuicio del trabajador. Empero, temores que sobre el particular siempre existen en los trabajadores, motivan que en buen número de convenciones aparezcan cláusulas en las que expresamente se consagra este precepto.

—Caso de participación en huelga o conflicto

Asimismo, es frecuente encontrar en las convenciones cláusulas que garantizan a los trabajadores que no se tomarán represalias contra aquéllos que hubieren participado en una huelga o conflicto laboral. Del propio modo, también aparecen cláusulas sobre reinstalación de trabajadores despedidos durante el conflicto.

Conviene recordar brevemente que en virtud del diferente procedimiento que el Código establece para el trámite de una negociación colectiva y de un conflicto colectivo de carácter económico-social, durante la tramitación de la primera los trabajadores pueden ser despedidos sin justa causa (con el pago de prestaciones), en tanto que una vez interpuesto por los trabajadores el conflicto económico-social, todo despido debe ser autorizado previamente por el Tribunal que conoce del mismo.

—Caso de incapacidad física o vejez

En algunas convenciones se pacta la obligación del patrono de no despedir a su trabajador por razones de incapacidad física o de vejez, sino más bien de trasladarlo a otro puesto acorde con sus condiciones.

i. AUXILIO DE CESANTIA Y PREAVISO DE DESPIDO.

Los contratos de trabajo por tiempo indefinido así como los contratos a plazo fijo, pueden darse por concluidos, sin justa causa, por cualquiera de las partes. En el primer caso, el Código establece las reglas que conceden el auxilio de cesantía y el preaviso de despido a los cuales tiene derecho el trabajador; por su parte, al patrono corresponde el preaviso de despido o su pago. Del propio modo establece el Código las indemnizaciones correspondientes a las partes en caso de ruptura de contrato de trabajo a plazo fijo y para obra determinada.³¹

³¹ Artículos 28, 29, ya transcritos.

Artículo 30.—El pre-aviso y el auxilio de cesantía se regirán por las siguientes reglas comunes:

- a) El importe de los mismos no podrá ser objeto de compensación, venta o cesión, ni podrá ser embargado, salvo en la mitad por concepto de pensiones alimenticias;
- b) La indemnización que corresponda se calculará tomando como base el promedio de salarios devengados por el trabajador durante los últimos seis meses que tenga de vigencia el contrato, o fracción de tiempo menor si no hubiere ajustado dicho término;

i) *Derecho a percibir el auxilio de cesantía conforme lo determina la ley.*

En gran número de casos se encuentra repetida la norma que contiene el Código en punto al derecho del trabajador a percibir el auxilio de cesantía. De esta suerte, son frecuentes las cláusulas que señalan como supuestos para recibir el pago correspondiente, el despido injustificado, la enfermedad o riesgo profesional, la vejez y la destitución por errores involuntarios que no es sino un despido sin justa causa.

Además de los enunciados, en una de las convenciones se encontró un supuesto distinto de los contenidos en el Código, según el cual el trabajador que demuestre ser objeto de persecución por parte de superiores, goza del derecho de solicitar su despido con pago de prestaciones.

ii) *Aumento del monto de la indemnización.*

Las normas antes citadas limitan el monto máximo del auxilio de cesantía a 8 meses de salario. Este tope es objeto de frecuentes revisiones al negociarse una convención. Es así que un buen número de ellas, muy especialmente las suscritas por entidades públicas, aumentan el máximo señalado a los 10, 12 y hasta 20 meses.

iii) *Período de Prueba.*

Dijimos anteriormente que existe en el Código un período de prueba de 3 meses, durante el cual cualquiera de las partes puede dar por concluido

- c) La continuidad del trabajo no se interrumpe por enfermedad, vacaciones, huelga legal y otras causas análogas que, según este Código, no rompen el contrato de trabajo; y
- d) Será absolutamente nula la cláusula del contrato que tienda a interrumpir la continuidad de los servicios prestados o por prestarse.

Art. 31.—En los contratos a tiempo fijo y para obra determinada, cada una de las partes puede ponerles término, sin justa causa, antes del advenimiento del plazo o de la conclusión de la obra, pagando a la otra los daños y perjuicios concretos que demuestre, en relación con el tiempo de duración del contrato, con la importancia de la función desempeñada y con la dificultad que el trabajador tenga para procurarse cargo o empleo equivalente, o el patrono para encontrar sustituto, todo a juicio de los Tribunales de Trabajo.

Cuando el patrono ejercite la facultad a que alude el párrafo anterior, deberá pagar además al trabajador, en el mismo momento de dar por concluido el contrato, el importe correspondiente a un día de salario por cada seis días de trabajo continuo ejecutado, o fracción de tiempo menor si no se hubiere ajustado dicho término, pero en ningún caso esta suma podrá ser inferior al equivalente de tres días de salario.

No obstante, si el contrato se hubiere estipulado por seis meses o más, o la ejecución de la obra por su naturaleza o importancia tuviere que durar ese plazo u otro mayor, la referida indemnización adicional podrá ser menor de un mes de salario.

(Reformado por ley N° 668 de 14 de agosto de 1946).

do el contrato de trabajo sin responsabilidad alguna. En ocasión de discutir una negociación, el sector de los trabajadores intenta frecuentemente que se disminuya ese período de prueba. Por ello en algunas de las convenciones figuran cláusulas que lo reducen hasta un mes.

iv) *Preaviso de despido.*

La norma que regula el preaviso de despido otorga el derecho a los trabajadores de gozar de un día libre por semana, con pago de salario correspondiente, durante el período de preaviso que les corresponda.

En una de las convenciones analizadas se pacta un aumento a dos días por semana del beneficio de comentario.

v) *Pago adelantado, parcial y anual del auxilio de cesantía.*

Recientemente se ha ido acentuando, básicamente en el sector obrero, la tendencia a modificar la naturaleza jurídica del auxilio de cesantía.

Se pretende que se transforme en un derecho del trabajador por la circunstancia misma de la prestación del servicio, en vez de que represente una ayuda monetaria a éste cuando ha quedado cesante sin causa justificada. Dentro de este orden de ideas, algunas convenciones prevén un pago anticipado, parcial y anual del auxilio de cesantía durante la vigencia del contrato de trabajo. En algún caso el porcentaje no percibido por el trabajador se destina a crear un fondo para solucionar el problema de vivienda.

vi) *Pago de prestaciones en caso de sustitución patronal.*

La sustitución patronal no constituye un supuesto que genere el pago de prestaciones para el trabajador.³² Empero, existe en el país una tendencia cada vez más frecuente a solicitar que se paguen dichas prestaciones cuando se opere el cambio de una empresa particular a una institución pública, tal como aparece en una de las negociaciones estudiadas. Incluso por razones de orden político se ha dado en el traspaso de un servicio de una institución a otra del Estado (Japdeva-Northern). Esta práctica la reputamos injustificada, toda vez que no procede el pago de prestaciones cuando los trabajadores conserven incólumes sus derechos de antigüedad y los demás derivado del contrato de trabajo que sigue vigente.

j. *RIESGOS PROFESIONALES.*

En materia de protección al trabajador durante el ejercicio del trabajo, existen en el Código regulaciones sobre riesgos profesionales. Bajo tal deno-

³² La sustitución del patrono no afectará los contratos de trabajo existentes en perjuicio del trabajador. El patrono sustituido será solidariamente responsable con el nuevo patrono por las obligaciones derivadas de los contratos o de la ley, nacidas antes de la fecha de la sustitución y hasta por el término de seis meses. Concluido este plazo, la responsabilidad subsistirá únicamente para el nuevo patrono.

minación se comprenden tanto los accidentes como las enfermedades profesionales a que están expuestos los trabajadores a causa de las labores que ejecutan por cuenta ajena. Este régimen de protección no cubre a todos los trabajadores; por ejemplo, se excluye a quienes se dedican a labores domésticas, y hasta el año 1972 en que se reformó el artículo 206 del Código de Trabajo, tampoco estaban protegidos los trabajadores en labores agrícolas o ganaderas.³³

Con fundamento en la anterior circunstancia, es política generalizada en el sector obrero el que al negociar una convención colectiva se incluyan cláusulas que extiendan la cobertura de la póliza de riesgos profesionales en favor de todos los trabajadores del centro de trabajo respectivo. Ello era particularmente acentuado en empresas dedicadas a actividades agrícolas, antes de la reforma citada. También es frecuente encontrar que las convenciones repiten las normas legales vigentes.

En algunas negociaciones se pactan beneficios adicionales como la suscripción de un seguro por accidentes además del seguro obligatorio por riesgos profesionales, y el pago, por parte del patrono, de los gastos médicos y transporte del trabajador afectado por un riesgo profesional al centro hospitalario.

Este último beneficio se hace depender de que la zona no esté cubierta por el Seguro Social.

33 Artículo 206.—No estarán amparados por las disposiciones de este Capítulo:

- a) Los trabajadores a domicilio;
- b) Los trabajadores que sean contratados eventualmente, sin ánimo de lucro, por una persona física que los utilice en obras que por razón de su importancia u otro motivo debieran durar menos de cinco días;
- c) Los trabajadores del servicio doméstico;
- d) Los trabajadores ocupados en labores que sean propiamente de agricultura, silvicultura o ganadería. Esta excepción no comprende al personal expuesto al peligro de máquinas o instrumentos movidos por fuerza motriz o por causa de ésta; y
- e) Los trabajadores ocupados en labores de transporte agrícola de tracción animal, salvo cuando éste se hiciera sobre rieles.

(Los incisos d) y e) fueron derogados por Ley N° 5040 de 10 de agosto de 1972).

El Poder Ejecutivo, oyendo de previo, en cada caso, a la Junta Directiva del Instituto Nacional de Seguros, podrá decretar la restricción o eliminación total de alguna o algunas de las excepciones a que se refieren los anteriores incisos, de conformidad con las posibilidades y necesidades que se vayan presentando de extender la protección contra riesgos profesionales a otros sectores de la población asalariada.

(Así reformado por Ley N° 3372 de 6 de agosto de 1964).

k. *SUBSIDIOS EN CASO DE ENFERMEDAD AMPARADA A LA CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL (CCSS) O DE RIESGO PROFESIONAL.*

En Costa Rica existen dos clases de regímenes relativos a la protección de la salud del trabajador: el que está a cargo de la Caja Costarricense de Seguro Social y el que administra el Instituto Nacional de Seguros (I.N.S.) A cargo de la Caja se encuentran los seguros universales de enfermedad y maternidad, así como los de invalidez, vejez y muerte. Estos seguros funcionan con contribución del patrono y del trabajador. El régimen de riesgos profesionales es cubierto íntegramente por el patrono y está a cargo del I.N.S.

La incapacidad que sufra el trabajador por alguna de las causas mencionadas le da derecho a percibir un subsidio equivalente a medio salario, el cual, si se trata de una incapacidad amparada por la Caja, es pagado por ésta salvo en los 4 primeros días que corren a cargo del patrono; y si se refiere a un riesgo profesional, es cubierto desde el principio por el I.N.S.

Durante el lapso de incapacidad, el contrato de trabajo se suspende. Ello significa que el patrono no tiene más obligación que la de reintegrar en sus labores al trabajador una vez concluida la incapacidad.

En esta materia, las negociaciones del período estudiado contienen cláusulas —en punto a subsidios—, que persiguen aumentar los mínimos establecidos en las legislaciones respectivas.

De esta suerte, se encuentran pactos sobre los siguientes aspectos:

i) *Subsidio patronal*

Encontramos algunos casos en los cuales el patrono se compromete a otorgar al trabajador incapacitado, un subsidio que oscila entre el 25 y el 50% de su salario ordinario, independientemente del subsidio que paguen la Caja o el I.N.S.

ii) *Pago de los cuatro primeros días de incapacidad no reconocidos por la Caja.*

Es frecuente encontrar cláusulas que pactan el pago parcial o total del salario, a título de subsidio, durante los primeros días de incapacidad extendida por la C.C.S.S. Conviene recordar que la obligación patronal durante este período se limita al pago de la mitad del salario.

iii) *Subsidio conforme al estado civil del trabajador.*

En algunas convenciones estudiadas se hace depender del estado civil del trabajador, el monto subsidio otorgado por el patrono. Es así que, si el trabajador es casado, el subsidio puede ser de hasta el 50% del salario; en tanto que, si es soltero, el subsidio no sobrepasará el 25%.

iv) *Fecha de pago y período durante el cual se reconoce el subsidio.*

Generalmente, las convenciones señalan el día a partir del cual el trabajador recibirá el subsidio que le otorga la empresa. Según el caso, éste

se paga en el transcurso del primer mes de incapacidad. Asimismo, es usual que se indique el plazo máximo —hasta 4 meses—, durante el cual el patrono reconocerá este beneficio.

v) *Citas médicas.*

Es frecuente que se convenga también el derecho del trabajador a percibir su salario durante el tiempo utilizado en concurrir a las citas médicas. Merece la pena advertir que en estos casos, la obligación legal del patrono se limita exclusivamente a conceder al trabajador el tiempo requerido para su cita médica.

vi) *Subsidio patronal con carácter de "préstamo".*

En un único caso, se encontró en una negociación del sector privado, el convenio de que el pago del subsidio temporal otorgado por el patrono, a fin de completar el salario del trabajador, tendrá carácter de un "préstamo" que el trabajador debería reintegrar en cuotas semanales, una vez finalizada la incapacidad.

1. SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO.

Dentro de la organización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, existe una oficina encargada de determinar las condiciones laborales en todos los centros de trabajo, particulares o del Estado, a fin de que los servicios se realicen en las mejores condiciones de higiene y seguridad.

Prácticamente en todas las convenciones estudiadas se encuentran cláusulas en virtud de las cuales, las empresas se comprometen a respetar las recomendaciones de la Oficina de Seguridad e Higiene del Ministerio de Trabajo y a tomar las medidas necesarias para proteger la vida de los trabajadores y prevenir enfermedades o riesgos profesionales.

En términos generales, las negociaciones hacen hincapié en la instalación de servicios sanitarios, agua potable, botiquines, etc. Asimismo, el tipo de actividad de la empresa determina la adopción de medidas de prevención específicas.

En dos casos estudiados se crea un organismo especial de seguridad e higiene integrado por representantes obrero-patronales, encargados de supervisar lo relativo a la materia.

m. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR Y DEL PATRONO.

La existencia misma de la relación laboral presupone el establecimiento de un régimen de derechos y obligaciones recíprocos entre patrono y trabajador.

Resulta evidente que la más importante de las obligaciones del patrono es el pago del salario y la del trabajador, la prestación del servicio. Del propio modo, la situación inversa configura los derechos más importantes de cada una de las partes. Asimismo, el contrato de trabajo obliga a las consecuencias que de él se deriven "según la buena fe, la equidad, el uso, la costumbre o la ley".³⁴

En las negociaciones estudiadas aparece siempre un capítulo destinado a obligaciones y derechos de patrono y trabajador. Se consagran por lo general principios muy amplios sobre obligaciones de tipo moral como la honestidad, la diligencia, obediencia, respeto mutuo, etc.

También figuran derechos más específicos de los trabajadores como el que se les confiere de ser ascendidos dentro del escalafón de puestos por concepto de antigüedad, capacidad y eficiencia en el trabajo.

En un único caso se concede a los trabajadores un derecho muy importante representado por la obligación que asume el patrono de permitir y contribuir al establecimiento de cursos de capacitación técnica del personal dentro de la empresa.

Aparte de lo anterior, las obligaciones y derechos que se encuentran en las negociaciones emanan del tipo específico de actividad a la que se dedica la empresa que suscribe la convención.

2. CLAUSULAS OBLIGACIONALES EN LAS CONVENCIONES SUSCRITAS.

a. *Cláusulas que se refieren a la propia convención.*

Dentro de las convenciones estudiadas aparecen distintos tipos de cláusulas que tienen que ver con el cumplimiento directo de las mismas y que hemos clasificado de la siguiente manera:

i) *Cumplimiento de las cláusulas de la convención.*

Se prevé que el incumplimiento de las disposiciones de la convención da derecho: a los trabajadores a recurrir a la huelga y a los patronos al paro; a la parte perjudicada, a exigir por los medios legales la restitución del derecho lesionado y el pago de los daños y perjuicios sufridos.

Este tipo de cláusulas, conjuntamente con la disposición final que encontramos en las convenciones sobre su plazo de vigencia, configuran el deber de paz de las partes. Por tener la convención carácter de ley profesional y ser sus cláusulas normas jurídicas entre quienes las suscriben, el incumplimiento de alguna de ellas o su interpretación puede dar lugar a un proceso colectivo de tipo jurídico y por lo mismo, de conocimiento exclusivo de un Tribunal de Derecho. La competencia en estos casos corresponde

³⁴ cf. Art. 19 del Código de Trabajo.

a los jueces de trabajo y el procedimiento a seguir es el que marca el juicio ordinario laboral.

ii) *Ambito de Aplicación.*

En esta materia las cláusulas que se encuentran en las convenciones repiten la disposición contenida en el artículo 54 del Código de Trabajo, según la cual la convención suscrita afecta a los contratos individuales de trabajo existentes en el momento de su firma como a los que posteriormente se suscriban.

iii) *Reformas a la convención*

La circunstancia de que la convención se firma por un plazo determinado significa que las partes no están autorizadas en manera alguna para modificar lo pactado, salvo que en la propia convención se prevea el procedimiento para introducirle reformas.

Algunas negociaciones contienen cláusulas que permiten la revisión de los salarios pactados después de cierto tiempo de vigencia de la convención. En un caso se encontró una disposición según la cual la negociación podría ser modificada por una ley que otorgara beneficios mayores que los contenidos en la cláusula respectiva.

iv) *Junta de Relaciones Laborales*

Las cláusulas por las cuales se crean estas Juntas no se refieren directamente a la propia convención. Ello no obstante las incluimos dentro de este grupo, toda vez que el organismo que crean es un medio indirecto para asegurar la paz social que es objetivo básico de la negociación.

La mayoría de las convenciones analizadas contempla la creación de Juntas de Relaciones Laborales cuya función más importante es la de actuar como mediadora en los conflictos individuales o colectivos que se produzcan en la empresa por razón del servicio. Del mismo modo, se le otorga competencia para conocer y emitir su juicio en casos de despido (tanto justificados como injustificados), permutas o sanciones que se impongan a los trabajadores.

Son también funciones de la Junta actividades tales como participar en la redacción del reglamento interior de trabajo de la empresa, en la calificación del personal, en la fijación de salarios por trabajo a destajo, en la recomendación de medidas de seguridad e higiene y en concesión de permisos sin goce de salario.

Como sabemos, el patrono cuenta con un mes de plazo para despedir justificadamente a sus trabajadores por faltas que éstos hubieren cometido. Sólo en una de las negociaciones estudiadas encontramos que los trámites de estudio del despido y la recomendación pertinentes realizados por la Junta, suspenden este término de prescripción.

Las Juntas de Relaciones Laborales están integradas paritariamente por patronos y trabajadores. En un caso excepcional se nombra un delegado neutral elegido por ambas partes con el objeto de dirimir los casos en los que no se logre el acuerdo.

La naturaleza jurídica de este organismo es, a nuestro juicio, exclusivamente de carácter conciliatorio, toda vez que, en la mayoría de los casos, sus resoluciones no obligan a las partes. En otros términos, su labor es la de recomendar la mejor solución posible al conflicto que se hubiere presentado, pero sin la fuerza normativa para imponer su resolución. De ahí que, en última instancia, las partes deban recurrir a los Tribunales para solucionar la disputa.

b. *Cláusulas que afectan al sindicato pactante.*

Las disposiciones incluidas dentro de esta categoría regulan los siguientes temas:

i) *Reconocimiento del Sindicato.*

Al negociarse una convención, el sindicato se empeña siempre en que se le reconozca como el organismo representante de los trabajadores y en que el patrono se comprometa a resolver por su medio los problemas laborales, individuales o colectivos. Esta pretensión sindical no siempre resulta aceptada por los patronos, pero definitivamente sí es muy importante para la consolidación y fortalecimiento de la organización sindical. Las luchas libradas en este sentido han dado como resultado que en un número cada vez mayor de negociaciones se incluyan cláusulas que otorgan este reconocimiento al sindicato. En algunas de ellas se agrega que este acuerdo se entiende sin perjuicio de los derechos que la ley confiere a los trabajadores de presentar directa o individualmente a la empresa, sus quejas o peticiones.

ii) *Libertad Sindical*

El contenido de este derecho lo configuran la libertad de constitución, de asociación y de gestión del sindicato. Ha sido frecuente la actitud adversa de los patronos a permitir el ejercicio de estos derechos; es por ello que la suscripción de una negociación colectiva es instrumento y ocasión muy importantes para obtener de los patronos el compromiso de respetar dichas libertades absteniéndose de realizar persecuciones, discriminaciones, despidos u otro tipo de presiones a los trabajadores, sindicalizados o no, y que persiguen evitar que éstos formen un sindicato o se separen de él.

iii) *Estabilidad en el empleo de los dirigentes sindicales.*

La aspiración permanente del movimiento sindical de obtener una protección legal en favor de sus dirigentes, a fin de que éstos no sean

despedidos de sus trabajos por causa de sus actividades, no ha podido lograrse todavía a través de una reforma del Código de Trabajo en tal sentido, no obstante los intentos de las organizaciones sindicales como del Ministerio de Trabajo.

Precisamente por ello, al suscribir una convención, los sindicatos intentan que se incluyan cláusulas que les garanticen la inamovilidad de los dirigentes en sus empleos, siempre que no se trate de despidos justificados. Empero, en una mayoría apreciable de casos, las empresas no aceptan esta garantía y en su lugar prefieren reservarse el derecho de despedir sin motivo justificado con el correspondiente pago de prestaciones, al cual se agrega una indemnización adicional.

iv) *Licencias con y sin goce de sueldo. Sindicatos.*

En términos generales, las negociaciones incluyen cláusulas que otorgan a los miembros del sindicato y especialmente a sus dirigentes, permisos para asistir a asambleas generales de la organización, o cursos, seminarios y conferencias de capacitación obrera sindical, dentro o fuera del país.

Según el caso, se especifica el tiempo máximo por el cual se concede la licencia y si ésta se otorga con o sin goce de salario.

v) *Otros aspectos considerados.*

Se incluyen también en las convenciones cláusulas en materias tales como:

- Facultad del sindicato de proponer candidatos para plazas vacantes;
- Derecho a recibir comunicación de todo despido por reducción de personal o fuerza mayor;
- Posibilidad de enviar delegados a los centros de trabajo a fin de comprobar el estricto cumplimiento de las leyes, reglamentos de trabajo y convenciones colectivas;
- Obligación de la empresa de dar una copia al sindicato de las listas de trabajadores, de las comunicaciones a ellos dirigidas y de las sesiones realizadas por la Junta Directiva de la empresa;
- Compromiso de la empresa de efectuar las retenciones por concepto de cuotas del Sindicato;
- Ayuda para dotar al sindicato de un local apropiado y permiso de colocar en el centro de trabajo, pizarras de información.

c. *CLAUSULAS QUE CONCEDEN BENEFICIOS COLECTIVOS NO ESTIPULADOS POR LEY*

Resulta frecuente encontrar en las negociaciones estudiadas una serie de pactos que se refieren a beneficios colectivos, generalmente de conte-

nido económico, que representan beneficios adicionales para los trabajadores.

Dentro de este tipo de beneficios encontramos los siguientes:

i) *Problema de la vivienda.*

Uno de los aspectos a los que se atribuye gran importancia en las negociaciones es el de la resolución del problema de vivienda. Algunas de las soluciones propuestas son:

- realización de gestiones obrero-patronales encaminadas a obtener créditos para la construcción de viviendas;
 - construcción de las viviendas bien por cuenta exclusiva de la empresa, bien por la colaboración conjunta entre ésta y sus trabajadores. En este último caso encontramos una negociación en la que se acordaba que la empresa suministraría los materiales para la construcción, mientras que los obreros contribuirían con su trabajo;
 - concesión de préstamos de la empresa a los trabajadores;
 - creación de un fondo a cargo del patrono destinado a la construcción de las viviendas;
 - mejoramiento de viviendas a cargo del patrono.
- ii) *Creación de una cooperativa de consumo;*
- iii) *Creación de un fondo de retiro por contribución obrero-patronal;*
- iv) *Creación de un fondo de previsión para emergencias y otras necesidades;*

v) Además de los enunciados, en las convenciones estudiadas aparecen incluidos algunos otros beneficios referentes al *mejoramiento de las condiciones de vida* de los trabajadores, particularmente en aquellos centros de trabajo como los agrícolas, en donde aquéllos se ven precisados a permanecer todo el tiempo.

Dentro de este género de beneficios encontramos las facilidades para realizar actividades culturales y deportivas, el mejoramiento de servicios básicos de agua y luz, el acondicionamiento de locales adecuados para comedor, la gestión de la empresa para que se instalen expendios del Consejo Nacional de Producción, ayuda para compra de útiles de los hijos de los trabajadores, etc.

Merece la pena destacar que en un caso se encontró el compromiso de la empresa a realizar un programa de capacitación en determinadas especialidades, al finalizar el cual, los trabajadores que lo aprobaran tendrían derecho a un aumento de salario.

CONSIDERACION FINAL.

La sistematización que nos hemos permitido hacer del contenido de las convenciones colectivas celebradas en nuestro país en el período 1968-1974, y la cual, siguiendo la doctrina, dividimos en cláusulas normativas

y cláusulas obligacionales, está lejos de reflejar la realidad de los pliegos de peticiones que inician toda negociación de esta índole y del mismo documento final con que se concluye.

En la práctica, tanto el pliego inicial como el documento que constituye la convención confunden los distintos tipos de cláusulas, a la vez que omiten gran número de las que aquí han sido objeto de análisis. En algunos casos, ni siquiera se cumple a cabalidad con los requisitos señalados en el artículo 58 del Código.³⁵

Otro aspecto destacable del estudio realizado lo constituye la circunstancia de que en gran número de casos, en las convenciones analizadas se transcriben casi literalmente normas contenidas en la legislación laboral, o bien se enuncia el respeto de ambas partes o lo prescrito por dichas normas.

No obstante, en un número apreciable de casos se convienen cláusulas que representan un significativo mejoramiento de las condiciones de los contratos individuales de trabajo, de la situación misma de la organización sindical y de sus dirigentes.

Finalmente, debemos señalar que las negociaciones que hemos estudiado no contienen en ningún caso pactos o cláusulas referentes a materias muy importantes en las relaciones obrero-patronales, y a las cuales, a manera de sugerencia, nos referiremos en la parte final de este trabajo.

IV. SUGERENCIAS.

Las deficiencias observadas en el contenido de los pliegos de peticiones que constituyen el documento base de la convención colectiva que se firma, nos motivan a formular algunas sugerencias con el afán de que tanto patronos como trabajadores obtengan el máximo beneficio de la convención colectiva, como instrumento eficaz de resolución de conflictos y aún como medio para prevenir que éstos se produzcan.

El marco legal constituido por las normas contenidas en el Código de Trabajo sobre convenciones colectivas fue expuesto en la primera parte de nuestro trabajo y señaladas allí sus características más importantes. Sin lugar a dudas, ese marco legal y la interpretación dada a sus normas por nuestros Tribunales ameritan una revisión a fin de modificarlo y actualizarlo a la luz de la experiencia que, en la práctica, ya se ha ido teniendo de estos instrumentos jurídicos. Empero, los límites de este trabajo, y el hecho de que está circunscrito a un análisis del contenido de las convenciones celebradas en nuestro país en un período determinado, no justifican el que, en esta oportunidad, planteemos sugerencias sobre el posible cambio de la legislación mencionada.

Nos limitamos a poner de manifiesto la necesidad de esta modificación, y nos concretamos a formular algunas ideas sobre materias que a nuestro juicio deberían incluirse en las negociaciones que se celebran, a fin de que las convenciones contribuyan de manera importante a mejorar

³⁵ Ya comentado.

las condiciones de los contratos individuales de trabajo y a asegurar una efectiva y justa paz social.

A. Sobre los pliegos de peticiones.

El artículo 58 del Código especifica cuál debe ser el contenido de una convención colectiva. Si consideramos que ésta no es otra cosa que el pliego de peticiones ya negociado, resulta evidente la importancia que tiene el presentarlo de tal manera que reúna por lo menos los requisitos señalados en el artículo citado.³⁶

Tal como lo mencionáramos en la consideración final del análisis sobre el contenido de las convenciones estudiadas, los pliegos suelen ser incompletos y desordenados. Ello repercute en perjuicio de los trabajadores, los cuales desaprovechan la oportunidad que les brinda la negociación para modificar las condiciones de su trabajo de manera verdaderamente significativa ya que, por lo general, únicamente los aspectos contenidos en el pliego de peticiones original forman parte de la negociación.

El hecho anterior puede obedecer, a nuestro juicio, a circunstancias como las siguientes:

— la inexperiencia que todavía existe en nuestro país en materia de negociaciones colectivas y que responde a un desarrollo todavía incipiente de las organizaciones sindicales;

— las interpretaciones restrictivas dadas por los Tribunales a las normas jurídicas pertinentes;³⁷

— el hecho de que el punto medular de casi todas las convenciones lo constituye la petición de aumentos de salarios, por lo cual se minimiza la importancia del resto de las cláusulas;

— la reticencia que es muy frecuente encontrar en el sector patronal frente a la actividad sindical, motivo por el cual, las organizaciones respectivas tratan de aprovechar la negociación como oportunidad para obtener su consolidación con el reconocimiento que de sus actividades y personería haga el patrono. De ahí que, en ocasiones, las cláusulas que se refieren propiamente al sindicato y a la estabilidad de sus dirigentes cobren importancia similar a la de los salarios, y se releguen a un plano inferior las disposiciones sobre otras materias.

En síntesis, estimamos conveniente que los pliegos de peticiones y por ende la convención misma contengan cláusulas, por lo menos, sobre las materias especificadas en el artículo 58 citado. Incluso recomendaríamos que el mismo orden en que éste las enumera, a fin de que en lo posible no se confundan cláusulas normativas con cláusulas obligacionales. Esto constituiría el *mínimo* imprescindible del contenido de toda convención. Empero, considerando que una convención colectiva es fuente de normas válidas y obligatorias para las partes que la suscriben, así como un ordenamiento que garantiza períodos de paz en las relaciones

³⁶ cf. parte primera.

³⁷ Ello es fruto del análisis de contenido de las sentencias correspondientes.

obrero-patronales, estimamos de suma importancia que el esfuerzo y el compromiso que representa su celebración se utilicen al máximo y de ahí que creamos oportuno sugerir que los pliegos se redacten dentro de las líneas que han quedado expuestas en la parte tercera de este trabajo. Sin que pretendamos que se siga detenidamente la división sistemática que hemos hecho bajo las cláusulas normativas o las obligacionales de las convenciones, la experiencia obtenida del estudio realizado permite recomendar el orden y los temas señalados.

B. *Establecimiento de escalas móviles de salarios.*

Nos hemos referido ya a la circunstancia de que el núcleo central de toda negociación colectiva que se celebra lo constituye, por lo general, un aumento de salarios solicitado por los trabajadores. Estas peticiones resultan muy frecuentes en épocas, como la actual, de inestabilidad económica y aumento constante de los precios de los artículos básicos.

Dentro del marco institucional del país existe una institución creada precisamente para servir de correctora a los desajustes periódicos entre precios y salarios. El Consejo Nacional de Salarios tiene a su cargo, en principio, realizar reajustes y aumentos con cierta periodicidad que permita a los trabajadores mantener un nivel de vida aceptable. Con todo, es evidente que las fijaciones que realiza el Consejo no satisfacen las aspiraciones del sector obrero. Por consiguiente, se ha hecho frecuente en los últimos tiempos que los trabajadores, directamente por la vía del conflicto colectivo, o a través del sindicato por la vía de la convención, plantean aumentos de salarios que sobrepasan siempre los mínimos fijados por el Consejo.

Ahora bien, el hecho de que la convención se firma por períodos de dos o tres años significa que, o bien los trabajadores plantean de entrada aumentos muy considerables previendo precisamente que durante un lapso relativamente prolongado no van a obtener aumentos, o bien que logran pactar con el patrono que éste acepte los salarios durante la vigencia de la convención a fin de aumentarlos.

Lo anterior nos hace pensar que una solución adecuada a este problema la constituiría al establecer en la negociación *escalas móviles de salarios* ajustadas al costo de la vida. En otros términos, que en lugar de pactar salarios fijos por un período determinado, o el compromiso más o menos vago de revisarlos periódicamente, se pacte el establecimiento de una tabla de salarios que se reajustaría automáticamente al aumento comprobado en el costo de la vida, en el porcentaje correspondiente. En nuestro medio, ello sería perfectamente posible dado que el Banco Central elabora periódicamente índices de variaciones en el costo de la vida, además de que, en uno de los Poderes de la República (el judicial), un sistema similar se encuentra operando desde hace ya muchos años.

Mantenerle a los salarios su poder adquisitivo por un sistema como el que recomendamos, lógicamente no significa un aumento de salarios

real, pero al menos se habrá conseguido que no se desmejore el nivel de vida de los trabajadores.

C. *Cursos de Capacitación Profesional.*

Dentro de las convenciones estudiadas, únicamente en un caso³⁸ se encontró el compromiso de la empresa de impartir cursos de capacitación o perfeccionamiento profesional que permitiría a quienes lo aprobaran gozar de un aumento de salario.

A no dudarlo, la negociación de una convención colectiva debería ser, en todos los casos, una oportunidad para que los trabajadores pactaran con sus patronos el establecimiento de cursos de este tipo. De una parte, el patrono contaría con personal cada vez mejor capacitado; de la otra, los trabajadores obtendrían la posibilidad de perfeccionarse o adquirir conocimientos técnicos sobre el empleo que desempeñan con ello, de percibir mejores salarios.

Los cursos que proponemos se incorporen en el texto de las convenciones podrían ser impartidos dentro o fuera de la empresa, en horas hábiles o una vez concluida la jornada diaria, por personal técnico de la empresa o por profesores de las instituciones que al efecto existen en el país.

Debemos recordar, por ejemplo, que el Instituto Nacional de Aprendizaje fue creado en gran parte con este propósito. De ahí que estimemos que no resultaría nada difícil concertar con el INA, el que su personal docente tuviera a su cargo la dirección de cursos de formación o perfeccionamiento profesional. También cuenta el país con el Instituto Tecnológico para niveles más avanzados.³⁹

D. *Integración del trabajador en la empresa.*

La tendencia en países donde las instituciones del derecho colectivo del trabajo y la actividad de las organizaciones sindicales se encuentran mucho más desarrolladas que en el nuestro, se dirige a obtener —generalmente por medio de la firma de convenciones colectivas—, la incorporación del trabajador en la empresa al otorgarles derecho de codecisión (cogestión) o por medio de la participación directa en los beneficios de ésta. Una etapa más avanzada de estas formas de integración implica una participación de los trabajadores en el capital de la empresa y en sus atributos: el poder y el beneficio.

38 Convención Colectiva: FERTICA-Sindicato Asociación de Trabajadores de FERTICA, 5 de octubre de 1972.

39 En un seminario efectuado por este Instituto en el mes de mayo de 1975, con el copatrocinio del Instituto Nacional de Aprendizaje y con la participación de dirigentes de los Sindicatos, los representantes del I.N.A. discutieron ampliamente este punto con los sindicalistas y ofrecieron toda su colaboración.

En nuestro medio, y de conformidad con la estructura típica de nuestras empresas privadas, podríamos sugerir algunas formas de integración del trabajador como las siguientes:

1. *Derecho de Codecisión (cogestión).*

Este derecho podría integrarse con las facultades que se otorgan a los trabajadores a

- recibir información;
- ser consultados sobre decisiones importantes;
- controlar los resultados;
- ejercer el veto en caso de desacuerdo.

La participación de los trabajadores podría darse en los niveles técnico, social o económico de la empresa.

En nuestro país, este tipo de integración del trabajador en la empresa no cuenta de momento con la simpatía de un sector ampliamente mayoritario de patronos. Con todo, estimamos que a través de la creación de organismos como los "Juntas de Relaciones Laborales", con atribuciones y responsabilidades bien definidas en los convenios y en participación paritaria de patronos y trabajadores, podría irse intentando la incorporación de los trabajadores en las decisiones de nivel social, luego de nivel técnico y por último de nivel económico. Del propio modo, pensamos que en un primer momento la participación podría darse otorgando a los trabajadores el derecho a información y consulta.

2. *Participación en los beneficios de la empresa.*

La participación en los beneficios de la empresa a la cual aludimos se refiere, exclusivamente, a la que tendría derecho el trabajador por concepto de su rendimiento en el trabajo.

Es así que podemos apuntar dos posibles formas de participación:

- a) la que concedería un salario adicional proporcional al rendimiento individual o por equipo, de acuerdo al sistema de trabajo que impere en la empresa;
- b) la que reconocería a los trabajadores una bonificación extra anual, según los beneficios de la empresa.

Un sistema semejante favorece tanto a los patronos como a los trabajadores. Es indudable que dentro de la empresa se produciría un aumento en el rendimiento, productividad y consecuentemente en los beneficios, a cambio del incentivo concedido a los trabajadores de otorgarles una suma adicional a su salario ordinario que, al depender de los beneficios de la empresa, depende indirectamente del rendimiento con que ejecuten su trabajo.

E. *Sobre el auxilio de cesantía.*

Según indicamos al analizar este tema, constituye una aspiración del movimiento sindical transformar la naturaleza jurídica del auxilio de cesantía en un derecho que adquieren los trabajadores únicamente por el transcurso del tiempo y la prestación del servicio. Ello significa un cambio con respecto al régimen actual que sustenta el artículo 29 del Código y en virtud del cual, el pago del auxilio de cesantía constituye una sanción para el patrono que, al despedir injustificadamente a su trabajador, rompe el equilibrio de la buena fe que debe regir la relación obrero-patronal. Al propio tiempo, esta sanción de carácter pecunario que se impone al patrono, representa para el trabajador la percepción de una suma de dinero que le permitirá subsistir junto con su familia en tanto encuentra nueva colocación.

El cambio al que se aspira se enfrenta en la realidad a una oposición, no del todo injustificada, de parte del sector patronal. Por un lado, el patrono que al negociar una convención colectiva aceptara transformar la naturaleza jurídica del auxilio de cesantía enfrentaría de inmediato el grave problema de una posible renuncia masiva de trabajadores que lo abocarían, a no dudarlo, a una quiebra inmediata. De otra parte, es indudable que ningún patrono aceptaría modificar sólo para sí una institución de tal trascendencia como lo es el auxilio de cesantía, transformación que él vería siempre como el colocarse en una situación de desigualdad que le resulta ampliamente perjudicial frente a sus competidores en el tipo de labor en que se desenvuelva.

No cabe dentro de los objetivos de este trabajo ahondar en los argumentos en pro o en contra de la modificación de comentario. Con todo, pensamos que ambas partes tienen razones valaderas para sustentar su respectiva posición y que no será sino a través de una ley general que el cambio pueda operarse. Entretanto, sí estimamos factible que dentro de las negociaciones colectivas, patrono y trabajadores encuentren fórmulas que representen una manera de conciliación de los intereses de ambos. Una de estas fórmulas podría ser el conceder *el derecho de percibir el auxilio de cesantía a aquellos trabajadores que lo soliciten una vez cumplidos determinados años de edad y cierto número de años de servicio con la misma empresa.* Esto es particularmente justo tratándose de trabajadores que no se encuentran cubiertos por el régimen de invalidez, vejez y muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social, de reciente universalización, razón por la cual muchos trabajadores han quedado fuera de sus beneficios.

Otro sistema que combinaría la finalidad actual del auxilio de cesantía con el disfrute de un derecho derivado de la prestación misma del servicio, lo representaría la creación de *fondos de ahorro en las empresas* y el cual se formaría con aportes de patronos y trabajadores. Estos fondos o cajas de ahorro podrían reglamentarse de diversas maneras, combinando sobre porcentajes de contribución de las partes, aportes fijos anuales del patrono en base a sus utilidades si las hubiere, o de

cualquier otra forma que las partes estimen justa y conveniente para sus intereses.

F. Cláusulas sobre Derechos y Obligaciones.

Como norma general las convenciones estudiadas carecen de cláusulas precisas sobre los derechos y obligaciones entre las partes que suscriben la negociación. En nuestra opinión, estos capítulos de derechos y obligaciones recíprocos deberían ser más claros y precisos ya que fundamentan la relación obrero-patronal y la trascendencia misma de la convención.

En pocas de las convenciones que se analizaron encontramos cláusulas sobre la creación en las respectivas empresas de centros de recreo.

G. Establecimiento de centros de recreo.

La tendencia actual en algunas empresas es la de constituir especies de clubes campestres para la misma finalidad. Empero, este fenómeno es de muy reciente aparición y está circunscrito exclusivamente al área metropolitana de San José. De ahí que estimemos de enorme importancia que en la suscripción de convenciones colectivas en centros de trabajo alejados de la capital, se creen centros de recreo a fin de que los trabajadores cuenten con la posibilidad real de practicar diversos deportes y les sea posible, también, el acceso a algún tipo de actividad cultural o recreativa como biblioteca, cine, etc. Los beneficios que se derivarían de esta clase de centros, no requieren mayor explicación.

Consideración final.

Los temas que hemos planteado a manera de sugerencias para ser incluidos en los pliegos que sirven de base a la negociación, en modo alguno son exhaustivos.

Factores propios de las actividades y las ocupaciones de los distintos centros de trabajo, deben dictar otros aspectos que merezcan ser incluidos cuando se plantee una convención. En todo caso, no debe perderse de vista la finalidad básica de la negociación como instrumento creador de normas propias. Este objetivo es el que debe dirigir la confección del pliego, la negociación en sí y la redacción del documento final.

CONCLUSION

Al inicio de este trabajo señalamos que nos proponíamos realizar un análisis circunscrito al contenido de las convenciones colectivas celebradas en Costa Rica durante el período elegido. A fin de aportar los mayores elementos de juicio que fueran posibles dentro de nuestras limi-

taciones, estimamos oportuno hacer referencia al marco jurídico dentro del cual se desenvuelven y se tramitan las convenciones colectivas, y al propio tiempo, referirnos a las interpretaciones más importantes que esas normas han recibido de parte de nuestros tribunales competentes.

No forma parte de este estudio proponer reformas a las normas vigentes. Con todo, confiamos que el análisis que hemos hecho, tanto de las normas como de su aplicación práctica a través de las convenciones celebradas a su amparo, surja la convicción de que ese marco jurídico resulta inadecuado por cuanto, de una parte, ha permitido la interpretación que niega el derecho de huelga a los trabajadores que han planteado una negociación y por la otra, no ofrece claridad en los procedimientos ni marca las pautas de lo que debe ser el contenido de una moderna negociación colectiva.

Resulta evidente que el legislador de 1943 no podía prever en todos sus alcances el desarrollo de las instituciones del Derecho Colectivo de Trabajo. La realidad socio-económica que vive el país en los actuales momentos, la importancia creciente de la participación activa y responsable del trabajador en la empresa para la cual labora, sobre todo la necesidad imperiosa de que el ordenamiento jurídico dote a patronos y trabajadores de los instrumentos que les permitan solucionar sus tensiones y conflictos por la vía jurídica, hacen indispensable una reforma completa de los capítulos respectivos del Código.

Otro factor básico para el éxito de una negociación colectiva y para que ésta alcance sus finalidades esenciales, lo constituye la necesidad de que las partes contratantes, a saber, patronos y organizaciones sindicales, cuenten con la necesaria educación. Esta educación, a nuestro juicio, comienza por el cabal conocimiento de lo que es lo que significa una convención colectiva. Pero va más allá al incluir también el conocimiento certero de lo que debe ser y lo que representa cada uno de ellos en el logro del equilibrio social que todos deseamos. Así, para el patrono, su educación debe llevarlo a comprender el papel fundamental que desempeñan los trabajadores en la empresa, igualmente importante que el del capital. Por su parte, los trabajadores deben educarse en la conciencia de su responsabilidad y su importancia social y no limitar el uso de las convenciones colectivas a meras peticiones de aumentos de salarios. Ambos sectores, deben cobrar conciencia de su importancia complementaria en la sociedad y de la responsabilidad que frente a ésta tienen, de convertirse en factor de progreso y no de disturbio.

Desearíamos que dentro de los límites señalados, este trabajo contribuya efectivamente a destacar la importancia de la negociación colectiva, tanto dentro del ordenamiento jurídico del país, a fin de que las instituciones del Derecho Colectivo costarricense sean actualizadas y respondan a las aspiraciones de los sectores obrero-patronales, como dentro de las relaciones laborales, en su carácter de medio para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y la armonía entre patronos y trabajadores.

CONVENCIÓNES COLECTIVAS (1968-1974)

FUENTE: Ministerio de Trabajo.

AÑO 1968.

PARTES: Fábrica de Calzado "La Catalana" y sus trabajadores.

FECHA: 15 de noviembre de 1968.

VIGENCIA: 3 años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Industrial.

NOTA: No se trata de una verdadera convención colectiva porque no fue pactada por el sindicato respectivo, sino por delegados de los trabajadores con ocasión de un conflicto económico-social planteado ante los Tribunales. Este arreglo finalizó la huelga.

* * *

PARTES: Estibadores Bananeros S. A. (E.S.T.B.S.A.) y Sindicato de Trabajadores Bananeros del Atlántico (UTBA).

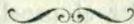
FECHA: Diciembre de 1968.

VIGENCIA: 3 años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Servicios.

NOTA: Negociada en el Ministerio de Trabajo.



AÑO 1969

ARREGLO

PARTES: STANDARD FRUIT COMPANY y Trabajadores del Valle de la Estrella.

FECHA: 15 de mayo de 1969.

VIGENCIA: Un año desde que sea ratificado por escrito.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Frutera.

Anterior a este convenio, se le presentó un conflicto de carácter económico-social en el juzgado Civil y de Trabajo de Limón, en el que no se llegó a ningún acuerdo. Se presentó una huelga de 4 días.

PARTES: Empresa Nacional Centroamericana y el Sindicato Industrial de Trabajadores Eléctricos y Telecomunicaciones.

FECHA: 21 de mayo de 1969.

VIGENCIA: 3 años.

ACTIVIDAD: Industria de artefactos eléctricos.

SECTOR: Privado.

* * *

PARTES: Banco Crédito Agrícola de Cartago y la Unión de Empleados del Banco Crédito Agrícola de Cartago (UNECA).

FECHA: 8 de octubre de 1969.

VIGENCIA: 2 años.

ACTIVIDAD: Bancaria.

SECTOR: Público.

* * *

PARTES: Constructora B.T.A. y sus trabajadores.

FECHA: 19 de diciembre de 1969.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Construcción.

NOTA: Fue celebrado en el Ministerio de Trabajo.

* * *

PARTES: Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. y Sindicato de Trabajadores de Refinadora Costarricense de Petróleo S. A. (SITRARECOPE).

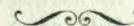
FECHA: 23 de diciembre de 1969. Surtiría efectos a partir del 15 de diciembre de 1969.

VIGENCIA: Año y medio.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Industrial.

NOTA: Hay una convención de fecha anterior.



AÑO 1970

PARTES: Municipalidad de San José y Sindicatos Municipales (Sindicato Josefino Municipal, Unión Nacional de Empleados Municipales y Sindicato de Trabajadores Municipales).

FECHA: 11 de febrero de 1970.

VIGENCIA: 3 años.

SECTOR: Público.

ACTIVIDAD: Municipal.

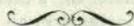
PARTES: Banco de Costa Rica y la Unión de Empleados del Banco de Costa Rica (UNEBANCO).
FECHA: 19 de junio de 1970.
VIGENCIA: 2 años.
ACTIVIDAD: Bancaria.
SECTOR: Público (Institución Autónoma).

* * *

PARTES: Textiles Industriales de Centro América S.A. y Sindicato Industrial de Trabajadores Textiles y de la Confección.
FECHA: 8 de octubre de 1970.
VIGENCIA: 3 años.
ACTIVIDAD: Industrial Textil.
SECTOR: Privado.
NOTA: Existe una convención anterior celebrada en el año 1968.

* * *

PARTES: Consejo Técnico de Asistencia Médico Social y Sindicato de Empleados Administrativos y Técnicos de Instituciones de Salud (SÁTIS).
FECHA: 3 de diciembre de 1970.
VIGENCIA: 3 años.
ACTIVIDAD: Hospitalaria.
SECTOR: Público.



AÑO 1971

PARTES: Banco Popular y de Desarrollo Comunal y el Sindicato de Trabajadores del Banco Popular y de Desarrollo Comunal SIBAMPO.
FECHA: 6 de marzo de 1971.
VIGENCIA: 2 años, salvo en la fijación de salarios, que se renegociará al término de un año de la vigencia de los mismos.
ACTIVIDAD: Bancaria.
SECTOR: Público (Institución Autónoma).

* * *

PARTES: Trabajadores de Mallas y Cedazos Centroamericanos S.A. y los Funcionarios de la Empresa.
FECHA: 18 de marzo de 1971.
VIGENCIA: 2 años.
ACTIVIDAD: Industrial. (Construcción de malla y cedazo).
SECTOR: Privado.
TRIBUNAL: Juzgado Primero de Trabajo.

PARTES: Compañía Bananera de Costa Rica y Sindicato Unión Médica Nacional.

FECHA: 12 de abril de 1971.
VIGENCIA: No se indica.
SECTOR: Privado.
ACTIVIDAD: Hospitalaria.

NOTA: Puede considerarse una convención este acuerdo pues fija los salarios de los trabajadores interesados, elemento principal de una convención.

* * *

PARTES: Tica-Bananera y sus trabajadores.
FECHA: Junio de 1971.
VIGENCIA: 1 año a partir de la fecha de su firma.
ACTIVIDAD: Agrícola.
SECTOR: Privado.

NOTA: El conflicto se presentó en el Juzgado de Trabajo de Limón. Con intervención del Ministerio de Trabajo se llegó a un acuerdo.

* * *

PARTES: Junta de Protección Social de San José y Sindicato de Empleados Administrativos y Técnicos de Instituciones de Salud (SATIS).
FECHA: 2 de julio de 1971
SECTOR: Público.
VIGENCIA: 5 años.
ACTIVIDAD: Hospitalaria.

* * *

PARTES: Empresa Carga y Descarga de Costa Rica S.A. (CADESA) y el Sindicato de Trabajadores Portuarios y Ferrocarrileros de Limón.
FECHA: 12 de julio de 1971.
VIGENCIA: 3 años.
SECTOR: Privado.
ACTIVIDAD: Servicios de carga y descarga.
NOTA: Esta convención fue celebrada en el Ministerio de Trabajo.

* * *

PARTES: Empresa Fábrica de Artículos de Aluminio El Aguila S.A. y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Metalurgia, Mecánica y Anexos.
FECHA: 5 de agosto de 1971.
VIGENCIA: 2 años.
ACTIVIDAD: Industrial.
SECTOR: Privado.
NOTA:—Fue negociada en el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social.

PARTES: Trabajadores contra la Municipalidad de Puntarenas.
FECHA: 11 de agosto de 1971.
VIGENCIA: (no dice).
ACTIVIDAD: Municipal.
SECTOR: Público.

* * *

PARTES: Compañía Bananera de Costa Rica y los Sindicatos Unión de Trabajadores de Golfito y el Sindicato de Trabajadores Bananeros Unidos Independientes.
FECHA: 26 de agosto de 1971.
VIGENCIA: 2 años.
SECTOR: Privado.
ACTIVIDAD: Agrícola (bananera).

* * *

PARTES: Cooperativa de Producción Agropecuaria e Industrial de Bataan R.L. (COOPEBATAN) y Sindicato Unión de Trabajadores Agrícolas de Limón (UTRAL).
FECHA: 18 de noviembre de 1971.
VIGENCIA: 1 año.
SECTOR: Privado.
ACTIVIDAD: Agrícola.

NOTA: Anterior a esta convención se presentó una huelga que finalizó con un arreglo directo celebrado el 15 de noviembre de 1969.

* * *

PARTES: Aserradero y Depósito de Maderas Barbará y sus trabajadores.
FECHA: 30 de noviembre de 1971.
VIGENCIA: No se consigna.
SECTOR: Privado.
ACTIVIDAD: Maderera.
JUZGADO: Segundo de Trabajo de San José.
NOTA:—Las partes convinieron en negociar en el Ministerio de Trabajo lo referente a salarios, aguinaldos y duración de la convención, en el expediente aparece una acta de una reunión y las peticiones de los trabajadores.

* * *

PARTES: Compañía Internacional de Banano Sociedad Anónima con los dirigentes del Sindicato Unión de Trabajadores Agrícolas de Limón (UTRAL).
FECHA: 1º de Diciembre de 1971.
VIGENCIA: 1 año.
SECTOR: Privado.
ACTIVIDAD: Agrícola (banano)
NOTA:—Fue negociado en el Ministerio de Trabajo.

PARTES: Banawaldeck S.A. y Sindicato Unión de Trabajadores Agrícolas de Limón (UTRAL).

FECHA: 1º de Diciembre de 1971.
VIGENCIA: 1 año.
SECTOR: Privado.
ACTIVIDAD: Agrícola.

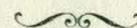
* * *

PARTES: Hacienda Miluca S.A. y Sindicato Unión de Trabajadores Agrícolas de Limón (UTRAL).
FECHA: 17 de diciembre de 1971.
VIGENCIA: 1 año a partir de la firma.
SECTOR: Privado.
ACTIVIDAD: Agrícola.

* * *

PARTES: Estibadores Bananeros S.A. (ESTIBASA) y el Sindicato Unión de Trabajadores Bananeros del Atlántico (UTBA).

FECHA: 24 de diciembre de 1971.
VIGENCIA: 3 años.
SECTOR: Privado.
ACTIVIDAD: Servicios.
NOTA:—Fue negociada en el Ministerio de Trabajo.
Hay un convenio anterior del año 1968.



AÑO 1972

PARTES: Antonio Cong Fung Co. y Sindicato de Trabajadores Agrícolas y de Plantaciones de Pococí.

FECHA: 26 de febrero de 1972.
VIGENCIA: No consta en la copia que se tuvo a la vista.
SECTOR: Privado.
ACTIVIDAD: Agrícola.

* * *

PARTES: Ferrocarril Eléctrico al Pacífico y Sindicato Unión Ferroviaria Nacional.

FECHA: 29 de marzo de 1972.
VIGENCIA: 29 de marzo de 1972 a 1º de setiembre de 1973. En cuanto a valoración y clasificación de puestos se le dio efectos retroactivos desde el 1º de enero de 1972.
SECTOR: Público.
ACTIVIDAD: Transporte.
NOTA: En 1970 se presentó un convenio.

PARTES: Instituto Nacional de Seguros. Sindicatos: Unión de Personal del Instituto Nacional de Seguros (UPINS) y Asociación Nacional de Agentes de Seguros (ANDAS).

FECHA: 1º de abril de 1972.

VIGENCIA: 3 años.

SECTOR: Público.

ACTIVIDAD: Comercio y servicios.

NOTA: En 1968 se celebró una convención anterior.

* * *

PARTES: Compañía Agrícola La Guadalupeana S.A. y Sindicatos de Trabajadores Agrícolas de Plantaciones de Pococí (STAAP).

FECHA: 5 de abril de 1972.

VIGENCIA: 2 años a partir de la firma.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Agrícola.

NOTA: Anterior a la convención se presentó un conflicto de carácter económico-social en el Juzgado de Trabajo de Limón.

* * *

PARTES: Bananera Formosa S.A. y Sindicato de Trabajadores Agrícolas y de Plantaciones de Pococí (STAPP).

FECHA: 28 de abril de 1972.

VIGENCIA: 2 años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Agrícola.

* * *

PARTES: Standard Fruit Company y trabajadores de la Industria del cartón.

FECHA: 22 de mayo de 1972.

VIGENCIA: Dos años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Frutera.

* * *

PARTES: Finca Freeman S.A. y Sindicato Unión de Pequeños Agrícolas de Limón (UTRAL).

FECHA: 23 de mayo de 1972.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Agrícola.

TRIBUNAL: Juzgado de Limón.

PARTES: Manuel Castro Fallas y sus trabajadores.

FECHA: 23 de junio de 1972.

VIGENCIA: 1 año.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Agrícola.

NOTA: No se trata de una convención colectiva de trabajo, porque el convenio no fue celebrado por un sindicato e inclusive no se alude a la existencia de éste. Se celebró en el Tribunal de Conciliación de Pérez Zeledón

* * *

PARTES: Empresa Peikard Zona Libre y Sindicato Industrial de Trabajadores Eléctricos y de Telecomunicaciones.

VIGENCIA: 2 años a partir del 1º de agosto. Lo relativo al salario se podrá revisar por una vez al cumplirse el primer año de vigencia.

FECHA: Julio de 1972.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Industrial.

* * *

PARTES: Compañía Desarrollo Numancia S.A. y Sindicato de Trabajadores Agrícolas de Plantaciones de Pococí.

FECHA: 4 de julio de 1972.

VIGENCIA: No se consigna.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Bananera.

* * *

PARTES: Datsun, Compañía Comercial Aizenman y trabajadores.

FECHA: 4 de julio de 1972.

VIGENCIA: 2 años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Ensamblaje, venta de automóviles.

* * *

PARTES: Taller de Servicios Volvo S.A. y Sindicato Unión Nacional de Trabajadores de la Industria del Automóvil y Afines.

FECHA: 31 de julio de 1972.

VIGENCIA: 2 años a partir de la firma.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Industrial.

PARTES: Junta Administrativa del Servicio Eléctrico de Cartago y el Sindicato Industrial de Trabajadores y de Telecomunicaciones (SITET).

FECHA: 8 de agosto de 1972.

VIGENCIA: 2 años.

SECTOR: Público.

ACTIVIDAD: Trabajos eléctricos.

NOTA:—Esta Convención fue celebrada ante el Tribunal de Conciliación del Juzgado Segundo de Cartago.

* * *

PARTES: Municipalidad de Puriscal y Sindicato de Trabajadores Municipales de Costa Rica.

FECHA: 14 de agosto de 1972

VIGENCIA: 3 años.

SECTOR: Público.

ACTIVIDAD: Municipal.

* * *

PARTES: Compañía Bananera de Tortuguero S.A. y el Sindicato de Trabajadores Agrícolas y de Plantaciones de Pococí.

FECHA: 25 de agosto de 1972.

VIGENCIA: 2 años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Agrícola.

* * *

PARTES: Bananera del Caribe S. A. y el Sindicato de Trabajadores Agrícolas y de Plantaciones de Pococí (STAPP).

FECHA: 25 de agosto de 1972.

VIGENCIA: 2 años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Frutera (bananera)

NOTA:—Fue negociada en el Ministerio de Trabajo.

* * *

PARTES: "Compañía Ganadera de Parismina S.A." y el Sindicato de Trabajadores Agrícolas y de Plantaciones de Pococí (STAPP).

FECHA: 31 de agosto de 1972.

ACTIVIDAD: Frutera (cultivo, corta y empaque de banano).

SECTOR: Privado.

VIGENCIA: Dos años.

NOTA:—Esta Convención se firmó en el Ministerio de Trabajo. Existió anteriormente un pliego de peticiones por parte de los trabajadores.

PARTES: "Empresa KEHOE y Co. Sociedad Colectiva" y el Sindicato de Trabajadores Agrícolas y de Plantaciones de Pococí.

FECHA: 1º de setiembre de 1972.

VIGENCIA: 2 años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Agrícola.

NOTA:—Negociada con intervención del Ministerio de Trabajo.

* * *

PARTES: "Compañía Bananera Anita Grande S.A." y el Sindicato de Trabajadores Agrícolas y de Plantaciones de Pococí (STAPP).

FECHA: 5 de setiembre de 1972.

VIGENCIA: No se indica.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Frutera (banano).

* * *

PARTES: Empresa Fertilizantes de Centro América (Costa Rica) S.A. (FERTICA) y el Sindicato "Asociación de Trabajadores de Fertica".

FECHA: 5 de octubre de 1972.

VIGENCIA: 3 años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Industrial.

NOTA:—Negociada en el Ministerio de Trabajo.

* * *

PARTES: Bananera Cocorí S.A., Finca La Perdiz y Sindicato de Trabajadores Agrícolas y de Plantaciones de Cocorí.

FECHA: 20 de octubre de 1972.

VIGENCIA: 2 años a partir de la firma.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Agrícola.

* * *

PARTES: Standard Fruit Company y Sindicato Unión de Trabajadores Agrícolas de Limón (UTRAL) y Sindicato Industrial de Trabajadores Agrícolas, Ganaderos y Anexos de Heredia (SITAGAH).

FECHA: 6 de noviembre de 1972.

VIGENCIA: 2 años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Agrícola.

PARTES: Ricardo Montealegre representando a la Compañía LACSA y el Sindicato "Asociación de Pilotos Aviadores".

FECHA: 15 noviembre de 1972.

VIGENCIA: 2 años.

SECTOR: Mixto (Empresa privada y pública).

ACTIVIDAD: Transporte Aéreo.

NOTA:—Anteriormente se habían suscrito otras dos convenciones: 31 de enero de 1966 con un plazo de dos años de vigencia; el 15 de noviembre de 1972, también con el mismo plazo de vigencia.

* * *

PARTES: Compañía Bananera La Mola S.A. y el Sindicato de Trabajadores Agrícolas y de Plantaciones de Pococí.

FECHA: 1º de diciembre de 1972.

VIGENCIA: 2 años.

ACTIVIDAD: Frutera.

SECTOR: Privado.

* * *

PARTES: Traversa y sus trabajadores.

FECHA: 11 de diciembre de 1972.

VIGENCIA: 3 años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Industrial.

NOTA: No se trata de una convención colectiva porque no fue concertada, en cuanto a los trabajadores por el sindicato respectivo, sino por delegados de éstos con ocasión de un conflicto económico social.

* * *

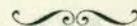
PARTES: Empresa Productora Tropical S.A. y el Sindicato de Trabajadores Agrícolas y de Plantaciones de Pococí STAPP.

FECHA: 21 de diciembre de 1972.

VIGENCIA: 2 años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Frutera.



AÑO 1973

PARTES: SAOPIM y los trabajadores representados por 5 trabajadores y un asesor.

FECHA: 26 de enero de 1973.

VIGENCIA:

ACTIVIDAD: Puentes, vialidad, construcción.

SECTOR: Mixto.

PARTES: Empresa ESTIBASA, Coordinated Caribbean Transport, Empresa CADESA, Compañía Estiba, S.A. y Japdeva y Sindicato Unión de Trabajadores Bananeros del Atlántico, Sindicato de Trabajadores Portuarios y Ferrocarrileros.

FECHA: 2 de febrero de 1973.

VIGENCIA: 2 años contados a partir de su firma negociable a su vencimiento por la C.C.T., los sindicatos y las empresas estibadoras y de transporte interesados; pero el sistema roll-on, roll-off queda establecido en forma permanente.

SECTOR: Mixto.

ACTIVIDAD: Transporte - frutas.

* * *

PARTES: Camarones de Golfito y sus Trabajadores.

FECHA: 3 de febrero de 1973.

VIGENCIA: Dos años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Industrial.

NOTA:—Se llevó a cabo el arreglo en el Ministerio de Trabajo. Con anterioridad se presentó un conflicto de carácter económico-social en el Juzgado de Trabajo de Golfito, que se solucionó extrajudicialmente en el presente arreglo.

* * *

PARTES :Empresa Productos de Concreto S.A. y el Sindicato de Trabajadores de Productos de Concreto.

FECHA: 23 de febrero de 1973.

VIGENCIA: 3 años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Industrial (concreto)

* * *

PARTES: Japdeva y Sindicato de Trabajadores del Ferrocarril Nacional la Atlántico.

FECHA: 6 de marzo de 1973.

VIGENCIA: 2 años al momento de ser firmada por las partes y depositada en el Ministerio de Trabajo, salvo lo que se refiere a salarios que serán negociados un año después de su firma.

SECTOR: Institución Autónoma.

ACTIVIDAD: Transporte de personas y cosas.

PARTES: Empresa Agrícola de Palmar S.A. Puntarenas y trabajadores de la misma.

FECHA: 14 de marzo de 1973.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Agrícola.

* * *

PARTES: Syroco S.A. y Unión de Trabajadores de Plásticos Sintéticos y Similares.

FECHA: Abril de 1973.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Industrial.

VIGENCIA: Dos años.

* * *

PARTES: Sociedad Tropicore Industrial S.A. y el Sindicato de Trabajadores de Tropicore Industrial S.A. (SINCATROPIC).

FECHA: 12 de mayo de 1973.

VIGENCIA: 3 años a partir del momento en que sea ratificada por la Asamblea General del Sindicato.

ACTIVIDAD: Frutera.

SECTOR: Privado.

* * *

PARTES: Junta Administrativa del Servicio Eléctrico de Cartago (JASEC) y el Sindicato Industrial de Trabajadores Eléctricos y de Telecomunicaciones (SITET).

FECHA: 17 de mayo de 1973.

VIGENCIA: Dos años.

SECTOR: Público.

ACTIVIDAD: Trabajos eléctricos.

NOTA:—En esta convención se mantienen las mismas cláusulas del convenio celebrado en el año 1972, pero se agregaron otras.

* * *

PARTES: Panefón S.A. y el Sindicato Unión de Trabajadores de la Construcción (UTRACON).

FECHA: 24 de mayo de 1973.

VIGENCIA: 2 años a partir de la firma.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Industrial.

NOTA:—Fue negociada en el Ministerio de Trabajo. Lo relativo a salarios, mejoras económicas, Junta de Relaciones Laborales podrá revisarse anualmente.

PARTES: Empresa Freeman S.A. y Sindicato de Trabajadores Agrícolas y de Plantaciones de Siquirres y Matina.

FECHA: 14 de junio de 1973.

VIGENCIA: 2 años a partir de la firma.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Agrícola.

* * *

PARTES: Hospital de Liberia contra la Junta de Protección Social de Liberia.

FECHA: 3 de Julio de 1973.

VIGENCIA: No consta.

SECTOR: Público.

ACTIVIDAD: Hospitalaria.

JUZGADO: Trabajo de Liberia.

* * *

PARTES: Asociación Bananera Nacional S.A. y Agricultores Bananeros Asociados S.A. y la C.G.T., Federación Nacional de Trabajadores de Plantaciones de Pococí y Guácimo y el de Siquirres y Matina, y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

FECHA: 24 de julio de 1973.

VIGENCIA: No dice.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Bananera.

* * *

PARTES: Monte Líbano S.A. y Sindicato de Trabajadores Agrícolas y Plantaciones de Siquirres y Matina (SITRAP).

FECHA: 28 de julio de 1973.

VIGENCIA: 2 años a partir de la firma y depósito en la oficina de Quejas y Reclamos del Ministerio.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Agrícola.

NOTA: En el año de 1969 se presentó un conflicto de carácter económico-social en el Juzgado Civil y de Trabajo de Limón.

* * *

PARTES: Transportes Aéreos de Integración S.A. y la Asociación Profesional de Pilotos Aviadores.

FECHA: Julio de 1973 (no consta el día de la firma).

VIGENCIA: Dos años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Transporte aéreo.

PARTES: Empresa Bananos S.A. y sus trabajadores representados por Leonardo Ledezma Ledezma, Leonel Cubillo Villafuente y Guillermo Pérez Duarte.

FECHA: 10 de agosto de 1973.

VIGENCIA: Un año.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Frutera (bananos).

JUZGADO: Trabajo de Limón.

* * *

PARTES: Cafetalera Tobosí, Hacienda Barranca S.A., Hacienda Balmoral S.A. y Hacienda Coris, Ltda. y Sindicato de Trabajadores Agrícolas de Cartago.

FECHA: 22 de agosto de 1973.

VIGENCIA: 2 años a partir del 24 de agosto de 1973.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Frutera.

* * *

PARTES: The Lovable Brassiere Company S.A. y Sindicato de Trabajadores del Vestido, Textiles y Similares.

FECHA: 28 de agosto de 1973.

VIGENCIA: 3 años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Industrial.

* * *

PARTES: Banco Nacional de Costa Rica y Sindicato de Empleados del Banco Nacional de Costa Rica (S.E.B.A.N.A.)

FECHA: 31 de agosto de 1973.

VIGENCIA: 2 años.

SECTOR: Público.

ACTIVIDAD: Bancaria.

NOTA: Se firmaron dos convenciones anteriores en los años 1969 y 1973.

* * *

PARTES: Hacienda La Francesa S.A. y Sindicato de Trabajadores Agrícolas y de Plantaciones de Pococí y Guácimo.

FECHA: 7 de setiembre de 1973.

VIGENCIA: 2 años a partir de la firma y depósito en el Ministerio de Trabajo.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Agrícola.

PARTES: Juan Campos Hernández, Gerente de la Empresa Juan E. Campos Ltda. y Sindicato de Trabajadores Petroleros, Químicos y Afines (SITRAPEQUIA).

FECHA: 14 de setiembre de 1973.

VIGENCIA: 2 años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Transporte de líquidos inflamables.

* * *

PARTES: Compañía de Desarrollo Santa Clara S.A. y el Sindicato de Trabajadores y de Plantaciones de Pococí y de Guácimo.

FECHA: 10 de octubre de 1973.

VIGENCIA: 2 años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Agrícola.

NOTA:—Esta convención fue negociada en el Ministerio de Trabajo.

* * *

PARTES: Compañía Bananera de Costa Rica y el Sindicato de Trabajadores de la División de Quesos.

FECHA: 10 de noviembre de 1973.

VIGENCIA: 2 años a partir de la firma.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Agrícola.

NOTA:—Esta convención fue negociada en el Ministerio de Trabajo.

Anterior a esta convención, se presentó un conflicto colectivo en el año 1969 y otra convención en 1971.

* * *

PARTES: Compañía Bananera Carmen S.A. (que incluye las fincas Carmen e Imperio) y el Sindicato de Trabajadores Agrícolas y de Plantaciones de Siquirres y Matina (SITRAP).

FECHA: 16 de noviembre de 1973.

VIGENCIA: 2 años a partir de la firma.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Agrícola.

* * *

PARTES: Empresa Montemar de Centro América S.A. y sus trabajadores

FECHA: 7 de diciembre de 1973.

VIGENCIA: dos años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Industrial.

NOTA: No se trata de una convención colectiva porque no fue celebrada por un Sindicato, pero intervino el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Construcción, Maderera y Materiales de Construcción. Este arreglo fue negociado en parte en el Ministerio de Trabajo y en parte en los Tribunales de Trabajo.

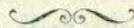
PARTES: Empresa Roxana Farms S.A. y Sindicato de Trabajadores Agrícolas de Pococí y Guácimo (STAPG).

FECHA: 11 de diciembre de 1973.

VIGENCIA: 2 años a partir de la firma y depósito en la Oficina de Quejas y Reclamos del Ministerio de Trabajo.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Agrícola.



AÑO 1974

PARTES: Ensambladora Automotriz S.A. y Sindicato Nacional de Trabajadores de la Metalurgia, Mecánica y Anexos.

FECHA: 8 de febrero de 1974.

SECTOR: Privado.

VIGENCIA: 3 años.

ACTIVIDAD: Industrial.

* * *

PARTES: Envases Industriales de Costa Rica Sociedad Anónima y el Sindicato de Trabajadores de la Industria del Cartón y afines (STICA).

FECHA: 1º de marzo de 1974.

VIGENCIA: 2 años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Industrial.

NOTA:—Esta Convención fue negociada en el Ministerio de Trabajo.

* * *

PARTES: Municipalidad de Coronado y Sindicato de Trabajadores.

FECHA: 8 de marzo de 1974.

VIGENCIA: 3 años.

SECTOR: Público.

ACTIVIDAD: Municipal.

* * *

PARTES: Compañía Bananera Elenita S.A. y el Sindicato de Trabajadores Agrícolas de Limón (UTRAL).

FECHA: 18 de abril de 1974.

VIGENCIA: 2 años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Frutera (Banano).

NOTA:—Esta Convención fue celebrada en el Ministerio de Trabajo.

PARTES: Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo y el Sindicato Unión de Empleados del INVU (UNEINVU).

FECHA: 23 de abril de 1974.

VIGENCIA: 3 años.

SECTOR: Público (Institución Autónoma).

ACTIVIDAD: Administrativa.

NOTA:—En cuanto a los salarios, se conviene que se revisarán en el plazo de un año, pudiendo ser renovado por las partes o negociado uno nuevo.

* * *

PARTES: Trabajadores contra la Empresa Hernández y Rodríguez Ltda.

FECHA: 30 de abril de 1974.

VIGENCIA: Condicionada a que la Empresa obtenga renovación de su contrato para el siguiente año.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Carga y descarga en los muelles.

TRIBUNAL: Juzgado de Trabajo de Puntarenas (Tribunal de Conciliación).

* * *

PARTES: Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. y el Sindicato de Trabajadores Petroleros, Químicos y Afines.

FECHA: 14 de junio de 1974.

VIGENCIA: 2 años.

SECTOR: Público.

ACTIVIDAD: Industrial. (Refinamiento de Petróleo).

NOTA:—Hay una convención anterior firmada el 25 de octubre de 1971. Esta convención fue negociada en el Ministerio de Trabajo.

* * *

PARTES: Empresa Industria Cerámica Costarricense S.A. y el Sindicato Nacional de Trabajadores de Construcción, Madera y Materiales de Construcción.

FECHA: 12 de julio de 1974.

VIGENCIA: dos años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Industrial.

* * *

PARTES: Standard Fruit Company y el Sindicato de Trabajadores de la Industria del Cartón y Afines (STICA).

FECHA: 12 de julio de 1974.

VIGENCIA: 2 años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Agrícola (Bananera).

PARTES: Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA) y el Sindicato de Trabajadores de JAPDEVA.

FECHA: 13 de julio de 1974.

VIGENCIA: 2 años.

SECTOR: Público.

ACTIVIDAD: Portuaria.

NOTA:—Esta Convención fue negociada en el Ministerio de Trabajo.

* * *

PARTES: Estiba S.A. y Carga y Descarga de Costa Rica S.A. y Sindicato de Trabajadores Portuarios y Ferrocarrileros de Limón.

FECHA: 31 de julio de 1974.

VIGENCIA: Dos años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Servicios.

* * *

PARTES: Continental Abonos S.A. y el Sindicato de Trabajadores de la Industria de Productos Químicos y Similares.

FECHA: 29 de agosto de 1974.

VIGENCIA: 2 años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Productos Químicos.

NOTA:—Se negoció ante el Ministerio de Trabajo.

* * *

PARTES: Empresa Rosago Sociedad Anónima y el Sindicato de Trabajadores Metalúrgicos de Rosago S.A.

FECHA: 1º de octubre de 1974.

VIGENCIA: Dos años.

SECTOR: Privado.

ACTIVIDAD: Industrial.

NOTA:—Celebrada directamente entre las partes.

Existía otra Convención Colectiva entre los mismos sectores del año 1974.

* * *

PARTES: Ministerio de Educación Pública y el Sindicato de Educadores Costarricenses.

FECHA: 16 de diciembre de 1974.

VIGENCIA: No dice.

SECTOR: Público.

ACTIVIDAD: Educación.

BIBLIOGRAFIA

FUENTES PRIMARIAS:

Ministerio de Trabajo y de Bienestar Social, Convenciones Colectivas (1968-1974).

FUENTES SECUNDARIAS:

HUECK, Alfred, NIPPERDEY, H.C., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

KROTOSCHIN, Ernesto, *Instituciones de Derecho del Trabajo*, 2da. edición. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1968.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Nociones de Derecho del Trabajo*, Ed. Diana, Madrid, 1963.

D. POZZO, Juan, *Derecho del Trabajo*, Ediar S.A., Buenos Aires, 1951.

Varios, *El Derecho Latinoamericano del Trabajo*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1974.

GALLART FOLCH, Alejandro, *Derecho Español del Trabajo*, Editorial Labor, Barcelona, 1936.

DE LA CUEVA, Mario, *Derecho Mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa, México, 1949.

Secretaría del Trabajo y Previsión Social de México, *Ley Federal del Trabajo de México*, 2da. edición, México, 1970.

CASTORENA, J. Jesús, *Tratado de Derecho Obrero*, Editorial Jaris, México, 1942.

Oficina Internacional del Trabajo, *Las Negociaciones Colectivas*, 6ta. edición, Imprenta Henri Studer S.A., Ginebra, 1973.

PAYET, Maurice, *La integración del Trabajador en la Empresa*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

Oficina Internacional del Trabajo, *Tribunales de Trabajo en América Latina*, Imprimeries Populaires, Ginebra, 1949.

Oficina Internacional del Trabajo, *Tribunales de Trabajo*, Imprimeries Populaires, Ginebra, 1938.

Avance a La Gaceta N° 164 del año 1945, *Dictamen de la Comisión Especial del Congreso sobre Proyecto de Código de Trabajo*.



PROPIEDAD, EMPRESA E INTERVENCION PUBLICA EN COSTA RICA

Eduardo Ortiz Ortiz

[Faint, mostly illegible text covering the right page, likely bleed-through from the reverse side.]

SUMARIO: a) Antecedentes. b) La función social de la propiedad: concepto y alcances. c) Las posibles formas de regulación del derecho (subjetivo) de propiedad. 1.- La regulación y limitación puramente normativas. i.- Limitaciones consistentes en obligaciones de no hacer. ii.- Limitaciones consistentes en hacer. iii.- Limitaciones que consisten en obligaciones de dar. 2.- La potestad administrativa de regulación y disposición. i.- El sistema de autorización. Sus clases o tipos. ii.- La evolución doctrinaria y jurisprudencial francesa. iii.- Los peligros del principio del servicio público "virtual". iv.- La indeterminación de la regulación administrativa. ch) Perfil y equiparación de propiedad y libertad en nuestra Constitución. d) El Art. 50 de la Constitución. 1.- Antecedentes. 2.- El alcance técnico de la potestad de organización. 3.- Los contralores de organización o constitutivos. 4.- El derecho comparado (con Francia e Italia) de libertad y de la propiedad. i.- Francia. ii.- Italia. 5.- El Art. 50 y la potestad estatal de organizar la producción. e) Libertad, propiedad y potestad es indeterminadas de regulación y disposición. f) Planificación imperativa, propiedad y libertad. g) El panorama de la jurisprudencia constitucional. 1.- La propiedad y el Art. 45 de la Constitución. 2.- La libertad de empresa y el Art. 46 de la Constitución. h) El ordenamiento legal. 1. Comercio. 2.- Bolsas de comercio. (Art. 400 inciso c) Código de Comercio. 3.- Bosques y Montes. (Ley Forestal N° 446 de 25 de noviembre 1969). 4.- Salud. (Código de Salud, Ley N° 5395 de 8 de noviembre de 1973). 5.- Turismo. (Ley del Instituto Costarricense de Turismo, N° 1917 de 30 de julio 1955). 6.- Banca. 7.- Educación. 8.- Planificación urbana y edilicia. Conclusión.

a. Antecedentes

El Artículo 544 del Código Civil de Napoleón (de 1804) —repetiendo la Declaración de Derechos del Hombre de 1789— definió la propiedad privada como:

"El derecho de disfrutar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal de que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos".

Pero el Art. 537 del mismo Código, reafirmando las últimas palabras del Art. 544, dispuso expresamente:

"Los particulares tienen la libre disposición de los bienes que les pertenecen, salvo las modificaciones establecidas por las leyes".¹

Es innegable que ya desde su fuente moderna, que es el Código citado, la propiedad privada se vio enfrentada, como derecho, a las prohibiciones o modificaciones que le introdujeran la ley o los reglamentos en beneficio de la comunidad, del público o del pueblo. Pero es también cierto que durante el pasado siglo y hasta antes de la Primera Guerra Mundial, predominó "el modo más absoluto" en el ejercicio de aquel derecho y que ello causó daños a la comunidad, por ausencia de explotación adecuada y eficiente de la propiedad, sobre todo inmueble y agraria.²

El Art. 29 de la Constitución de 1871, fiel a tal concepción absoluta del derecho de propiedad, declaró la inviolabilidad de ésta, sin mencionar la posibilidad de limitarla en bien de la comunidad, aunque autorizando la expropiación por razones de interés público legalmente comprobado, y así se mantuvo la institución hasta el 7 de julio de 1943, fecha en

1 Juan Luis Arias, "Las Limitaciones de la Propiedad en Nuestra Historia Constitucional", Revista de Ciencias Jurídicas, N° 15, Imprenta Lehmann, Universidad de Costa Rica, San José, 1970, pág. 338.

2 Oscar Salas Marrero y Rodrigo Barahona Israel, Derecho Agrario, Universidad de Costa Rica, Serie Ciencias Jurídicas y Sociales, N° 22, 1973, San José, Costa Rica, pág. 65: "Como consecuencia de este poder absoluto de usar, gozar y disponer de la cosa a su arbitrio, el propietario tiene asimismo derecho de no usarla, no gozarla, ni disponer de ella, y puede, por consiguiente, no utilizar sus construcciones, ni su capital, ni arrendar su tierra".

que se pasó una reforma constitucional a proposición del Dr. Rafael Angel Calderón Guardia, entonces Presidente de la República, en su mensaje oficial del 1º de mayo de 1943, como resultado de lo cual se agregó un segundo párrafo al Art. 29, que dijo:

"Por motivos de necesidad pública, podrá el Congreso, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponerle a la propiedad limitaciones de interés social".

El Anteproyecto de Constitución presentado a la Constituyente del año 1949 por la Junta Revolucionaria de Gobierno, entonces en el poder, contenía un Artículo 109, que decía:

"El dominio eminente del Estado sobre todos los bienes existentes en el territorio nacional, le confiere de manera exclusiva las siguientes facultades:

1) Imponer limitaciones a la propiedad privada para que ésta cumpla su función social".

El Anteproyecto —como es sabido— fue desechado por aquella Constituyente, que adoptó la Constitución de 1871 como base de trabajo, pero cabe hacer ver que respecto del alcance de la propiedad privada hubo una toma expresa de posición, pues la fracción del Partido Social Demócrata en aquella Asamblea —a la que pertenecían algunos de los autores del Anteproyecto referido, especialmente Rodrigo Facio Brenes— trajo a debate el tema de la función social de la propiedad al discutirse el Art. 29 (de la Constitución de 1871) y propuso el siguiente texto en su lugar:

"La República reconoce y garantiza la propiedad privada. Pero con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa, podrá imponerle limitaciones para que se cumpla su función social".

La proposición del Partido Social Demócrata fue rechazada, para que al Constituyente finalmente votara el Art. 45 con su redacción actual, que es reproducción casi exacta del Art. 29 de la Constitución de 1871, tal y como había sido adicionado, sin otra variante que fijar en dos años el plazo máximo para el pago de la indemnización posterior a la expropiación en casos de urgencia o de emergencia. En otras palabras: la Constituyente de 1949 no aceptó que la Constitución hablara de una "función social" de la propiedad privada.³ Posteriormente —y ya bajo el imperio de la Constitución de 1949, que ahora nos rige— la Asamblea Legislativa, a iniciativa de sus miembros, presentó al Poder Ejecutivo el Proyecto de Ley de Tierras y Colonización con varios artículos centrados sobre la idea de

³ Todo como puede verse de Acta 104, Actas de la Asamblea Constituyente, edición preparada por Mario Alberto Jiménez Rojas, Imprenta Nacional, San José, 1955, tomo II, págs. 465 a 471; y, sobre todo, del discurso de Rodrigo Facio, visible a págs. 471 a 476, ídem.

la "función social" de la propiedad privada, que fueron vetados por el Presidente Echandi (1958-1962) y finalmente eliminados de la Ley, por falta de los votos necesarios para el resello, con lo que el texto final vigente parece sustentarse menos fuertemente en dicha concepción; pero, en todo caso, la consagró siempre en algunas de sus disposiciones y concretamente en los Artículos 6, 21 inciso 1, 58, 142, 144 y 150 (de la Ley de Tierras y Colonización vigente). Entre los preceptos desechados por el veto se encontraba la declaración más amplia del proyecto a favor de la "función social" de la propiedad, concretamente en el Art. 1, que decía:

"La presente Ley tiene por objeto: inciso 1, inciso 2, ... inciso 3): determinar que la propiedad tiene por objeto fundamentalmente el de cumplir la más amplia función social, por cuya razón está sujeta a todo principio de necesidad pública".

¿Significa ello que no existe 'función social' de la propiedad privada en Costa Rica? ¿Qué es la función social de la propiedad?

b. La función social de la propiedad: concepto y alcance.

El término "función social" de la propiedad ha sido usado en este y en el pasado siglo con múltiples y hasta contradictorios sentidos, aunque con mucha mayor uniformidad y coherencia en la legislación comparada que en la doctrina.⁴

⁴ Es la Iglesia Católica la que más ha sostenido y desde hace más años el principio de la "función social de la propiedad privada", a partir del Evangelio de San Mateo, 6-19-20, donde Cristo dice: "no amontones tesoros en la tierra, donde la polilla y la herrumbre los destruyen, y donde los ladrones perforan los muros y roban: amontonad, más bien, tesoros en el cielo, donde la polilla y la herrumbre no los destruyen y donde los ladrones no perforan muros ni roban". Se ha fundado también en San Mateo, 25-40, cuando Cristo dijo: "Cuanto hicisteis a uno de estos hermanos míos más pequeños, a mí lo hicisteis".

Cinco Encíclicas han desarrollado una versión terrenal de tal temple de desprendimiento y subordinación de los bienes materiales a los espirituales: Rerum Novarum, de León XIII; Cuadragésimo Anno, de Pío XI; Mater et Magistra y Pacem in Terris, de Juan XXIII; y Populorum Progressio, de Paulo VI.

En todas, la tesis es el carácter natural y, por lo tanto, necesario del derecho de propiedad, incluyendo la de los medios de producción, así como su debida subordinación al bien común. La intervención estatal ha de ser supletoria de las fallas del individuo en la vida económica, sea limitándola y regulándola o protagonizando la actividad desertada por el individuo. Pese a la lucidez de las últimas Encíclicas, es la primera de ellas, la Rerum Novarum, la que más claramente define la "función social" de la propiedad como sacrificio de ella en beneficio de los demás, dentro de la inevitable desigualdad económica y social entre los hombres:

"Sea, pues, el primer principio, y como la base de todo, que no hay más remedio que acomodarse a la condición humana; que en la sociedad civil no pueden todos ser iguales, los altos y los bajos ... No son iguales los talentos de todos, ni igual el ingenio, ni la salud, ni las fuerzas; y a la necesidad de estas cosas síguese espontáneamente la desigualdad en la fortuna". (Ediciones Paulinas, Bogotá, 1975, págs. 15 y 16).

Mmm
La idea de función implica el servicio a un interés extraño a quien sirve, propio de la sociedad cuando se trata de uno que se califica como público. Lo que se quiere decir cuando se habla de la función social de la propiedad privada es que la misma debe estar subordinada o, al menos, coordinada a la sociedad, en beneficio de los demás. Puede entenderse que, en vista de ello, el propietario tiene un derecho con prohibiciones de dañar a terceros o, todavía más, con el deber de promover, a través de la propiedad, el bien común, eventualmente hasta quedar obligado para con los demás o con la Administración Pública a no hacer, dar o hacer algo. Es decir: la función social puede expresarse tanto en las prohibiciones, como en los deberes que pesan sobre el propietario para con la sociedad o con la Administración Pública, y los grados al respecto pueden ir desde banales prohibiciones (por ejemplo: no se puede tener ventanas sobre fundo ajeno a menos de cierta distancia, lo que deja prácticamente intacto el derecho de propiedad para todo otro uso), hasta los imperativos que obligan al propietario a explotar su finca para un fin impuesto y a hacerlo en la forma más eficiente y útil tecnológica y socialmente hablando. En esta última hipótesis la propiedad deja de ser un derecho con limitaciones (prohibiciones) para convertirse en un verdadero deber frente a la sociedad, que eventualmente puede imponer al propietario —a través del legislador o de la Administración Pública— lo que debe hacer o no hacer, y cómo, en uso y disfrute de su finca.

Así planteado el problema, es evidente que la respuesta depende del régimen legal que se pretenda imponer al propietario a cuenta de la "función social" de su propiedad, sobre la que, por otra parte, todo el mundo está de acuerdo, si no por otra causa por razones de táctica en la lucha por la salvación de la propiedad como derecho. Nadie, ni el Código de Napoleón, ha afirmado nunca en principio la posibilidad de una derecho de propiedad absoluto y sin límites, la necesidad de los cuales siempre se ha reconocido. Precisa aclarar, sin embargo, que cuando se habla de "función social" de la propiedad lo que interesa saber es cuáles son los poderes y deberes que resultan en balance final, una vez jurídicamente traducida aquella función.

En la fundamental Constitución "Gaudiun et Spes", también llamada "Constitución de la Iglesia en el mundo", salida del Concilio Vaticano II (sin duda el documento más importante para el catolicismo laico en el Siglo XX), se reafirma netamente el origen y el destino comunitario y universal de la propiedad:

"Dios ha destinado la tierra y cuanto ella contiene para uso de todos los hombres y pueblos. En consecuencia, los bienes creados deben llegar a todos en forma equitativa, bajo la égida de la justicia y con la compañía de la caridad... Jamás debe perderse de vista este destino universal de los bienes. Por tanto, el hombre, al usarlos, no debe tener las cosas exteriores que legítimamente posee, como exclusivamente suyas, sino también como comunes, en el sentido de que no le aprovechen a él solamente, sino también a los demás. Por lo demás, el derecho de poseer una parte de bienes suficiente para sí mismo y para su familia es un derecho que a todos corresponde. EDICA, Madrid, 1976, 31ma. edición, pág. 269).

c. *Las posibles formas de regulación del derecho (subjetivo) de propiedad.*

Los sistemas no socialistas (más que capitalistas) de Occidente han arbitrado dos métodos principales para regular los tres derechos fundamentales del hombre, su libertad pública, la propiedad individual y el derecho a su actividad productiva (derecho al trabajo y a la empresa), a saber:

1. La regulación y limitación puramente normativas.

Quiere decirse con éste de aquél método en virtud del cual los límites al derecho subjetivo son dados por la ley o por un reglamento, sin intermediación de un acto de la Administración o con la de uno que es reglado en cuanto a motivo y contenido. La norma jurídica —emanada de la Asamblea, del Poder Ejecutivo o de cualquier otro organismo administrativo competente para dictar reglamentos— fija directamente la limitación, su contenido y su medida, y la Administración queda habilitada, a lo sumo, para vigilar la conducta privada y prohibirla (con o sin sanción —administrativa o penal— adicional) si viola la regulación dictada.

Hay en este aspecto una importante distinción que hacer, según que la regulación en cuestión esté reservada por la Constitución a la ley (como aquí ocurre con la propiedad privada), en cuyo caso corresponde hacerla a la Asamblea Legislativa; o no lo esté, en cuyo caso podrá llevarla a cabo también el Poder Ejecutivo (o el organismo administrativo competente) en determinadas condiciones que fije la ley. En efecto: las reservas legislativas se clasifican en absolutas o relativas.⁵ Son absolutas aquellas que prohiben absolutamente y sin salvedades que una determinada materia sea regulada por una norma distinta de la ley de la Asamblea Legislativa (ley formal). La prohibición no sólo va dirigida al Poder Ejecutivo o a los demás entes administrativos, que así quedan inhabilitados para dictar reglamentos sobre ese campo, sino también al legislador, que por su mandato queda obligado a dictar él y sólo él, la regulación de la materia en cuestión. De estas reservas absolutas casi no hay ninguna en nuestro sistema y quedan muy pocas en el resto del mundo. Me atrevo a señalar el derecho privado, expresión de la propiedad y de la libertad contractual, así como el derecho procesal, materias sustraídas tradicionalmente al poder de la Administración Pública; pero aún el ejemplo es dudoso ante la crisis actual de aquellos derechos subjetivos, fundamento de la reserva de ley en cuestión. La reserva de ley más sólida que hoy existe es la de la materia procesal, porque se funda en la autonomía de la justicia, última y auténtica justificación actual del dogma de la división de poderes, pero su valor también es declinante, por la intervención de los otros Poderes en la nominación de los más altos jueces (a quienes designa en Costa Rica la Asamblea Legislativa, en calidad de Magistrados e integrantes de la Corte Suprema de Justicia, según el Art. 157 de la Constitución) y, sobre

⁵ Carlo Lavagna, Istituzioni di Diritto Pubblico, UTET, Torino, 1970, Tomo II, págs. 279 a 281.

todo, por la proliferación de órganos e instancias administrativos para la solución de conflictos de o con la Administración, que vacían de contenido y sustituyen con mucho mayor eficacia la función del Juez. La lentitud de la justicia judicial es su mayor enemigo, no obstante ser —como es— el último reducto del Estado de Derecho y el último escudo de la propiedad y de la libertad. La regla general en el derecho constitucional moderno es que las reservas de ley o a favor de la ley son relativas, en cuanto normalmente puede haber una ley que, sin regular directamente la materia, delegue hacerlo en el Poder Ejecutivo (o en otros entes administrativos, lo que en Costa Rica es constitucionalmente dudoso) a condición de que la misma ley fije bases, directrices y límites que expresen clara y precisamente la voluntad del legislador al respecto, evitando así una indebida abdicación de funciones en favor del Poder Ejecutivo.⁶

Es decir: es constitucionalmente posible que el Poder Ejecutivo pueda regular una materia reservada a la ley, siempre y cuando el reglamento sea ejecutivo de la ley reguladora dictada sobre la materia (caso que no presente duda ni problema), o siga los límites y directrices dados por la ley que autoriza al Poder Ejecutivo a hacerlo en lugar de la Asamblea, hipótesis en la cual —teóricamente al menos— el Poder Ejecutivo también ejecuta la voluntad de la ley, aunque ésta sea mucho menos precisa y abandone la regulación a la voluntad discrecional de la Administración en mucho mayor grado que en la primera hipótesis (del reglamento puramente ejecutivo). Se trata de los reglamentos llamados, precisamente por su origen, "delegados", que en buen derecho deberían reputarse prohibidos en Costa Rica, porque, aunque se diga lo contrario, configuran una forma de delegación legislativa prohibida por el Art. 9 de la Constitución. Pero tal posición resulta hoy sin fundamento en Costa Rica, a partir del momento en que la Corte Suprema de Justicia, por votación correspondiente a sesión extraordinaria de 8 hs. del 29 de noviembre de 1973, considerando IV, dispuso que el reglamento del Poder Ejecutivo puede fijar las tarifas de un tributo (impuesto selectivo de consumo) en lugar de la Asamblea, siempre y cuando ésta así lo autorice y fije el máximo posible. Dijo la Corte:

"No hay delegación ni se infringe el principio de reserva de ley, cuando la Asamblea Legislativa determina los límites de la tarifa impositiva, pues lo que interesa es que la ley establezca las bases estructurales del impuesto y que señale las pautas que debe seguir el Poder Ejecutivo".

Sin esta más que dudosa decisión de Corte Suprema, el panorama de las reservas legales implicaría en Costa Rica una importante garantía

6 Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Principios Gerais de Direito Administrativo, Livraria Forense, Rio de Janeiro, Brazil, 1969, vol. 1, págs. 307 y 308; Andre Grissel, Droit Administratif Suisse, Editions Ides et Calendes, Neuchatel, 1970, págs. 84, 85, 164 y 165, donde el autor sostiene, incluso, la posibilidad de reglamentos delegados —y no meramente ejecutivos— en materia de libertades públicas.

en favor de todos los derechos constitucionales, y no sólo de la propiedad, a saber: en materia reservada a la ley sólo serían posibles ésta y el reglamento ejecutivo de ésta, que, por mandato constitucional, se limitase a desarrollar sus preceptos para hacer más fiel y expedita su aplicación. En otras palabras: estarían prohibidos los reglamentos delegados, que no desarrollan, sino que suplantán la ley. Esta importante distinción no es más posible en Costa Rica. La propiedad privada está sujeta, de consiguiente, bien a la ley a que se remite el Art. 45 de la Constitución, bien al reglamento ejecutivo de ésta, o bien, por último, al reglamento delegado, en virtud de una autorización de la Asamblea específica para el caso o contenida en otra ley comprensiva de materia distinta, pero siempre y necesariamente dentro de límites fijados por la ley, sin los cuales ésta sería claramente violatoria del Artículo 9 y, por ahí, nula. Se verá el alcance decisivo que tiene esta conclusión en el tema.

En el sistema de limitación normativa (por ley o reglamento) que analizamos, la norma, como se dijo, indica por sí y directamente en qué consiste la limitación impuesta a la propiedad, y se tratará siempre de prohibiciones o deberes que inciden sobre el ejercicio de las potestades típicas de ese derecho: usar, transformar, disfrutar y disponer (equivalente esto último a vender, gravar o destruir). Las limitaciones consisten en obligaciones de dar, hacer o no hacer, que corresponden al propietario en su calidad de tal y mientras sea propietario, y que desaparecen, para gravar al sucesor, cuando deja de serlo. Los siguientes ejemplos ilustran:

- i) Limitaciones consistentes en obligaciones de no hacer: no hacer ruidos al vecindario, no construir en violación de planes de zonificación, no violar el alineamiento urbano, no construir por encima de la altura reglamentaria, etc.
- ii) Limitaciones consistentes en hacer: observar los planos aprobados por la Municipalidad en la construcción del lote, adoptar las medidas de seguridad en favor de los obreros mientras dure la construcción, replantar o reforestar el bosque privado en explotación, acondicionar locales para evitar molestias al vecindario, mantener la acera fronteriza, equipar los ingenios con laboratorios aptos para recibir caña por contenido de sacarosa, comprar la caña al productor independiente por parte del ingenio, etc.
- iii) Limitaciones que consisten en obligaciones de dar: el tiempo gratuito de televisión o radio para los programas de los Ministerios de Educación y de Cultura; el traspaso a la Municipalidad de lotes destinados a vías, parques, jardines y zonas verdes en una urbanización; la participación obligatoria de los agricultores frente a los industriales en el producto final de la zafra de la caña o de la cosecha del café, etc.

Este tipo de limitaciones de la propiedad, dado su origen normativo, es general por su alcance, en cuanto se aplica igualmente a todos los propietarios y llega a confundirse prácticamente con el contenido de la propiedad, pues estará presente en éste mientras dure la ley o el reglamento

que lo originan. Dado su carácter general, normal y consustancial con el derecho de propiedad del tipo en cuestión, el daño que estas limitaciones causen al propietario no es indemnizable y queda de cuenta de éste último, como riesgo inevitable en este tipo de propiedad. Pueden estas limitaciones ser una obligación frente a una entidad pública titular de un verdadero derecho correlativo —como ocurre con las zonas destinadas a usos públicos en las urbanizaciones, a las cuales tiene fundada pretensión de propiedad el respectivo Municipio— o un deber para con el público en general, en relación con el cual no hay nadie particularmente llamado a exigir su cumplimiento en beneficio propio, sino únicamente la entidad administrativa encargada de velar por su observancia en bien de la sociedad, entidad que, sin embargo, no tiene un derecho a que se cumpla la limitación, sino sólo potestades de vigilancia para evitar el incumplimiento o provocar el cumplimiento (como ocurre con la obligación de no molestar al vecino con ruidos, hedores o trepidaciones, etc).⁷

Queremos hacer ver, por último, que con los ejemplos dados tomamos partido contra la idea —muy corriente en doctrina, pero errada— de que las limitaciones normativas (de éste primer tipo) sólo pueden consistir en obligaciones de no hacer o de soportar, pero nunca en las de dar o de hacer.⁸

7 Leopoldo Mazzarioli, I Piani Regolatori Urbanistici nella Teoria della Pianificazione, CEDAM, Padova, 1962, pág. 31:

"La limitación concurre a definir el contenido del derecho (subjetivo) en cuanto individualiza un aspecto del mismo que resulta excluido o suprimido una vez que (la limitación) adquiere existencia, pero ésta última no hace surgir una situación subjetiva nueva en otro sujeto".

Esto viene corroborando por otro muy reconocido autor argentino Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1973, tomo IV, págs. 48, 49 y 60:

"La mera restricción administrativa (nombre que el autor da a la limitación) no trasunta ni implica una carga impuesta a la propiedad privada. Tampoco implica supresión en modo alguno de la propiedad. Sólo consiste en la fijación de límites al ejercicio normal u ordinario del derecho de propiedad. No implica avance, lesión ni deterioro alguno a este derecho; no hay desmembramiento de éste. Tales restricciones hállanse ínsitas en la existencia misma del derecho de propiedad, al extremo de que representan condiciones normales de su ejercicio: constituyen una calidad jurídica general de todas las propiedades. Sólo implican delimitaciones de contorno de ese derecho, la demarcación de sus límites, con lo que se tiende a colocar en su verdadero quicio al aspecto "absoluto" teóricamente atribuido al derecho de propiedad (pág. 48 y 49)... No aparejan indemnización. Esto es así porque ellas, siendo una condición normal del ejercicio del derecho de propiedad, no implican sacrificio alguno para el propietario, quien entonces no sufre agravio en su derecho" (Op. cit., páf. 60).

8 Marienhoff, op. cit., págs. 36, 37 y 38: "Está fuera de toda duda que las "restricciones" a la propiedad privada en interés público pueden consistir no sólo en obligaciones de no hacer y dejar hacer, sino también en obligaciones de hacer, tanto más si se advierte que numerosas restricciones resultan de medidas de policía. En cuanto a restricciones que impliquen obligaciones de hacer, pueden darse los siguientes ejemplos: a) En ciertos pueblos cuyas construcciones o edificios son de madera y de zinc, la obligación de pintar el frente y el techo. Trátase de una restricción porque mediante ella se le prohíbe al propietario mantener sin pintar

Lo que está de por medio es la concepción que se tenga precisamente de la "función social" de la propiedad, o de su inexistencia. En efecto: en un pasado reciente (primera post-guerra) se creyó que la misión del Estado era garantizar la existencia de las condiciones sociales mínimas para una convivencia pacífica, que se hacían consistir en la seguridad de la Nación, la tranquilidad de las calles, la salud de la población y la moralidad del ambiente. Las limitaciones a todos los derechos, el de propiedad incluido, sólo podían tener como motivo y fin evitar daños a tales bienes o intereses. Toda intervención pública, dirigida a satisfacer otros fines, se reputaba violatoria de la libertad o de la propiedad e inconstitucional en la normalidad de los casos. Es la llamada teoría clásica de la policía administrativa, concebida como la actividad de la Administración Pública de regulación de la conducta privada en protección de los demás, y de vigilancia preventiva para evitar delitos o violaciones de aquellos bienes colectivos, con potestad para el empleo de la fuerza pública, caso necesario. La situación y la concepción han cambiado totalmente.⁹

El desarrollo político y económico ha presionado para forzar la entrada del Estado a la vida económica, tanto directamente y como empresario (empresas públicas, de forma y personalidad pública o privada), como indirectamente, a través de formas de coordinación con el particular o la empresa privada (como las subvenciones o los contratos administrativos), o a través de potestades de dirección, contralor, regulación y ordenación, de muy diversa fuente, que tienen por objeto obligar al

su edificio. b) Tratándose de edificios en construcción, la disposición que, por razones de seguridad, obliga a los propietarios de tales edificios a efectuar ciertas instalaciones que constituyen una medida de protección para los propios obreros que trabajan en dichas obras... c) Constituye asimismo una obligación de hacer la impuesta a ganaderos para que construyan dentro de su propiedad y mantengan en buen estado y utilización bañaderos para la hacienda vacuna y lanar. d) Igualmente implica una restricción, que se traduce en una obligación de hacer, la de reponer los árboles que una persona corte o tala en un bosque de su propiedad... e) Asimismo constituye una restricción que se concreta a una obligación de hacer, la disposición que obliga en ciertos edificios —especialmente hoteles, casas de hospedaje, cinematógrafos, teatros, etc.—, a que se construyan una escalera o salida especial para facilitar el inmediato abandono del local en caso de incendio".

9 Fernando Garrido Falla, Las Transformaciones del Régimen Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, págs. 123 y 124: "No se trata, pues, de que la policía se haya desviado de su finalidad propia; lo que ocurre es que el concepto de orden público ha variado en sentido ampliativo (como en el futuro pudiera de nuevo restringirse) y que nuevas direcciones de la actividad de policía se han hecho, consiguientemente, precisas... "la policía tradicional consistía esencialmente en limitaciones negativas (prohibiciones, exigencias de autorización previa) que obstaculizaban hasta cierto punto o impedían la actividad del particular; los derechos vigentes consagran hoy, sin embargo, medidas de intervencionismo administrativo que implican obligaciones de hacer para el particular. La legislación positiva española nos ofrece ejemplos de este tipo de intervención administrativa: así las leyes de 5 de noviembre de 1940 y de 27 de abril de 1946, establecen el cultivo forzoso de fincas rústicas en determinadas condiciones".

particular no sólo a respetar la sociedad y sus bienes primarios, sino también a movilizarse para lograr resultados socialmente útiles en los procesos de producción y de distribución de bienes.¹⁰

Es decir: hay una nueva forma de policía estatal, que verdaderamente se confunde con toda la actividad imperativa del Estado, que establece deberes del particular en ejercicio de sus derechos a la par que potestades de la Administración para vigilar el cumplimiento de tales vínculos y garantizar que la actividad privada, como un todo, producirá finalmente los resultados buscados, de interés para el Estado. Se trata de las llamadas actividades privadas de interés público que muchos autores —sobre todo franceses— equiparan a verdaderos servicios públicos en manos de los particulares, bajo la regulación, el control y la dirección del Estado, como tendremos oportunidad de explicar mejor.

Hoy el Estado puede perseguir, por ley, cualquier fin de tipo económico que la Constitución del país no le prohíba, sobre la base de una concepción muy amplia de lo que es el orden público y sus requerimientos, que obliga al Estado a regular y, en algunos sistemas (como veremos), a dirigir la conducta del individuo en función del desarrollo económico de la colectividad.¹¹

Examinaremos al estudiar el método siguiente, de regulación administrativa de la actividad y de la propiedad privadas, qué papel tan importante y tan distorsionado juega esta nueva concepción de la misión estatal en la justificación del mismo.

10 Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Ediciones Macchi-López, Buenos Aires, Argentina, 1975, tomo II, pág. 10: "no sólo se abandona aquella limitación en los fines que el Estado y su poder de policía pueden perseguir: llega el momento de abandonar también la supuesta distinción entre la actividad estatal de "prevenir peligros y daños contra el bien común" —que sería la función policial— y la de "promover el bien común", que no sería parte de la función de policía y que, incluso, en la conciencia liberal clásica, no sería tampoco función del Estado. Cuando se advierte modernamente que promover el bien común mediante acciones positivas es también una función estatal entonces llega el momento de señalar que ambas actividades —prevención de daños y promoción del bienestar— son tan inseparables como para constituir caras de una misma moneda, hasta tal punto que parece realmente imposible hacer una cosa sin hacer al mismo tiempo la otra".

11 Paul Bernard, La Notion d'Ordre Public en Droit Administratif, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, París, 1962, págs. 49 y 50: "La Administración no tiene solamente el deber negativo de respetar los derechos adquiridos y definidos, sino, sobre todo, el deber positivo de proteger su efectivo ejercicio. El orden público no es un fin en sí mismo, sino más bien el medio para asegurar la coexistencia de las libertades respecto de las cuales ese orden es un cuadro de vida... Las diferentes manifestaciones de la ampliación del orden público tradicional permiten constatar que el orden público se asimila más bien a la instauración en la colectividad de las condiciones que aseguran la plena realización del individuo. Las consideraciones estéticas, morales, económicas, religiosas, etc., ... no están ausentes del orden público y se integran mutuamente para consolidarse... Este orden público tiene por fin proteger al hombre contra todas sus posibles alienaciones, de favorecer el desarrollo y el equilibrio de todas sus facultades".

2. La potestad administrativa de regulación y disposición.

El Estado puede intervenir en una actividad del individuo que reputa de interés público, sea respetando su calidad de actividad privada, sea convirtiéndola en servicio público, como actividad sobre la que tiene el deber —y no sólo la opción— de intervenir.

Un distinguido autor francés¹² ha enumerado diversas técnicas de vinculación de la actividad privada a la Administración Pública, según el grado mayor o menor de relevancia pública de aquella. Las técnicas de vinculación o los tipos de actividad son: las actividades privadas reglamentadas, las controladas, las estimuladas, las reconocidas y las privilegiadas, en ese orden de importancia creciente respecto del interés público.

1. Reglamentada es la actividad sujeta a una potestad normativa, legislativa o administrativa (reglamentaria), principalmente si la misma es indeterminada o en blanco por razón del contenido.

2. Actividad controlada es la sujeta a controles previos a su iniciación, naturalmente administrativos. Son básicamente controles consistentes en informes obligatorios y en autorizaciones. Los informes previos son meramente recibidos. De las autorizaciones, en cambio, es posible una variada gama. Cuando la autorización es reglada en cuanto a motivo y contenido, es una mera certificación de la no peligrosidad y de la legalidad de la actividad propuesta. Cuando, a la inversa, es discrecional en cuanto a uno o a ambos extremos, se convierte en un medio para condicionar y regular la futura actividad privada, en el sentido de que, al ser discrecional su otorgamiento, la regulación impuesta se puede constituir en motivo determinante del mismo, pues si no se acepta, la autorización es negada. Este

12 Andre de Laubadere, Traite Elementaire de Droit Administratif, L.G.D.J., París, 1966, primera edición, Tomo III, págs. 69 a 87. Es indudable que en Francia tiene sentido la distinción de las diversas formas de intervención administrativa de la actividad privada (a que se refiere de Laubadere en su obra) respecto del servicio público, como si se tratara de actividades privadas de interés público. Las líneas siguientes intentan, ello no obstante, justificar para Costa Rica la conclusión opuesta, sea: la de que tales hipótesis son coincidentes con un "servicio público virtual", no con enmienda de lo sostenido por el ilustre autor para Francia, sino más bien para montar tesis distinta partiendo de las bases que ofrece para tal efecto la final y acertada distinción que él hace al enumerar y explicar los modos de intervención pública mencionados. Y queremos no acoger aquí la tesis del "servicio público virtual", que encontramos ambigua, incompleta y hasta peligrosa para las libertades y derechos económicos del individuo, como bien se verá, sino más bien resaltar todos los peligros que importa su admisión, haciendo ver que puede conducir a una sujeción de la iniciativa y empresa privadas tan grave como la que padece un concesionario de servicio público, en lo que está de acuerdo parte importante de la misma doctrina francesa, como veremos.

Hipótesis de unificación de la TINA

tipo de intervención y contralor sobre la iniciativa privada es hoy el más usual y el vehículo de la mayor parte de las intervenciones públicas sobre la iniciativa privada.

3 Actividad estimulada es la que recibe ayuda administrativa (bajo la forma de subvención, de eliminación de cargas u obligaciones, de otorgamientos de garantías u otras ventajas legales, etc.) y, como la sujeta a contralores, queda envuelta en la red de la reglamentación pública, si es que se quiere obtener la ayuda, que, por serlo, es normalmente discrecional.

4 Actividad reconocida es, nuevamente, la que, calificada como de interés público, de oficio o a petición del interesado, recibe ventajas varias de la Administración Pública, al mismo tiempo que se ve sujeta a un régimen intenso de contralor y regulación administrativos, normalmente más oneroso que el propio de las actividades del grupo anterior. Su verdadera única diferencia es la de que en éstas, la causa final del estímulo es favorecerlas, en tanto que en las actividades reconocidas es más bien el propósito de sujetarlas intensamente a potestades administrativas que garanticen mejor su eficiencia en la consecución del interés público envuelto. En síntesis: media una diferencia de móvil que, sin embargo, no esconde la evidente similitud entre ambos tipos de actividades privadas. Ambas categorías pueden equipararse, porque en ambas —aunque con móvil distinto en la Administración Pública— hay tanto estímulo de la actividad privada como sujeción de la misma a contralores y regulaciones en función del interés público, en un caso más intensamente que en el otro.

5 Actividad privilegiada es la titular de privilegios (en el sentido de una situación jurídica que le corresponde con exclusividad, como la representación de un grupo, el monopolio de una actividad económica, etc) o de potestades de imperio, verdadera forma de descentralización administrativa en beneficio de entidades privadas.

El autor en comentario niega a los tipos descritos la calidad de actividades de servicio público. Para él son actividades privadas, vinculadas a la Administración Pública. La calificación es razonable en la medida en que se haga depender de la obtención libre y voluntaria de un beneficio suministrado por la Administración Pública; pareciera errada si se extiende también a aquellos casos de actividades privadas que quedan sujetas a una cualquiera de tales técnicas enumeradas, sin o contra la voluntad del individuo o empresario. Esto último ocurre cuando la vinculación con la Administración Pública surge por acto unilateral y oficioso de ésta —como en la hipótesis de la actividad reglamentada— o cuando surge en virtud de acto administrativo discrecional, rogado o pedido, que, sin embargo, es condición necesaria para legitimar el ejercicio del derecho o la prestación de la actividad privados. En cuanto la aplicación de la técnica de vinculación deja de ser un derecho subjetivo, para convertirse en sujeción o carga (cuyo agotamiento con éxito condiciona el ejercicio del derecho subjetivo privado o la explotación de la libertad económica empresarial) es evidente que el alcance de la intervención pública dependerá también

unilateralmente de la Administración, cuyo título al efecto estará en ella misma o en el ordenamiento, no en la voluntad antecedente o concurrente del particular. Luce, entonces, que tales cinco formas de vinculación de la libertad o de la propiedad por la Administración Pública son reducibles a una sola, consistente en la potestad administrativa discrecional, por motivo o contenido, de regular la actividad privada o de disponer sobre ella, a través o como consecuencia de otra potestad igualmente discrecional, pero expresa, de la Administración, para reglamentar, controlar, fomentar, reconocer o investir con privilegios o potestades públicos la iniciativa y la actividad privadas, sin o contra la voluntad del particular afectado, individuo o empresa. Y siempre que ello ocurra habrá un título que justificará una intervención administrativa adicional cuyo alcance —precisamente por ser indeterminado— será indeterminable antes de darse.

En tal supuesto, resulta necesario reconocer a la actividad privada así sujeta a la Administración Pública una condición también pública, que lleva a su desnaturalización. Las cinco especies de actividad privada vinculada a la Administración Pública, que enumera el distinguido autor, se convierten en meros indicios de existencia de esa potestad administrativa de disposición, abierta y en blanco, que contiene, a su vez, otras inherentes e implícitas, sobre la actividad privada en cuestión.

Decimos, en resumen, que la actividad privada sujeta a la Administración Pública para obtener beneficios especiales de disfrute voluntario debe reputarse tal y no servicio público, aun cuando para obtener el beneficio haya de someterse a regulaciones iguales que las propias de este último. Este hecho no elimina del fenómeno su índole de situación jurídica subjetiva de origen voluntario. Habrá servicio público, en cambio, con desaparición gradual de la actividad privada, cuando ésta se vea sujeta a una técnica autoritaria de vinculación a la Administración Pública, que habilite a la Administración ipso-facto para utilizar potestades adicionales, implícitas o inherentes en la primera, de regulación y de disposición sobre el individuo o la empresa. Es por esto que contraponemos el lujoso abanico de formas sistematizadas por el autor francés, cerrándolo, a la idea única de una regulación o intervención administrativas unilaterales y de contenido indeterminado sobre la iniciativa privada, sean expresamente reconocidas como tales, sean revestidas de la figura de una cualquiera de las técnicas de vinculación forzosa a la Administración Pública antes mencionadas, respecto de las cuales aquella otra potestad sería concomitante, inherente o accesoria y vendría a ser fuente de un régimen necesaria o tendencialmente público en el resto de los elementos de la actividad privada. Esto lo desarrollaremos de inmediato, centrandolo el estudio— que por razones de extensión no puede cubrir las cinco hipótesis de vinculación administrativa antes enumeradas— sobre las autorizaciones, la forma más frecuente y mejor enmascarada de conversión de lo privado en público en la Administración contemporánea.

Las potestades que genera una cualquiera de las enumeradas (para reglamentar, controlar, estimular, reconocer o privilegiar) pueden ser, a su vez, no sólo de regulación y vigilancia, sino también de dirección y orde-

nación de la actividad privada. El legislador puede decidir si no regular normativamente la libertad ni la propiedad, ni permitir que lo lleve a cabo el Poder Ejecutivo en su lugar, sino más bien autorizar a éste último (o a otro ente administrativo) para que lo haga casuísticamente y mediante la creación de un vínculo personal entre la Administración y el propietario o empresario, manejable mediante disposiciones concretas; o puede, incluso, acudir al método de regulación normativa de esos derechos, pero acentuando su profundidad y alcance y la sujeción del empresario o propietario, de modo que el mismo órgano que los regula normalmente —con potestad conferida por el legislador— pueda también descender al caso particular y establecer, además, un vínculo personal con uno o varios propietarios o empresarios individualmente identificados. En esta última hipótesis se ha llegado al punto extremo de la sumisión y limitación del derecho de propiedad o del de empresa, que así prácticamente desaparecen.¹³ La puerta de entrada al campo del fenómeno apuntado y a sus diversas especies es la figura de la autorización.

i) El sistema de las autorizaciones. Sus clases o tipos. *+ concesión*

Suele llamarse autorización un acto de la Administración en virtud del cual una persona queda investida de uno o varios poderes o facultades legales para desarrollar una actividad que antes le estaba legalmente prohibida y que, permitida por la Administración sólo los particulares pueden desenvolver. El concepto dado discrepa del clásico, que insiste sobre una estructura peculiar de la autorización, como levantamiento de una preexistente prohibición legal de ejercicio en beneficio de un derecho subjetivo anterior del particular o sujeto autorizado. La evidencia de que la autorización es no solo creadora de derechos sino también de obligaciones, sobre todo en el marco del derecho público de la economía, ha llevado a insistir sobre la prohibición legal preexistente (de acto o de actividad) como lo típico de la autorización, con posposición a segundo plano del dato adicional del derecho subjetivo privado anterior, que nunca

13 Ver al respecto Mazzarioli, op. cit., págs. 59 a 77, especialmente 60 y 75, así como págs. 89 y 90, 107 y 108, 113 y 114. El autor distingue entre "limitaciones", que son prohibiciones legales o administrativas (por acto concreto), y "comandos", que son mandatos (dar o hacer algo). La relación personal entre ente público e individuo surge cuando la ley autoriza al primero para entrar en una relación de "supremacía especial" o en un ordenamiento parcial con el segundo y sujeta a éste a las directrices y órdenes futuras de aquél, bajo la forma de "comandos". La presencia de meras prohibiciones, según el autor, es la forma clásica de limitación de la libertad o de la propiedad, no genera vínculo personal entre autoridad e individuo o empresa y configura una hipótesis común y corriente de "policía" clásica. En la medida en que hay prohibición pura y simple, hay derecho subjetivo, aunque limitado y sin importar el origen y naturaleza de la prohibición, que puede ser lo mismo legislativa que administrativa. Cuando se da la sujeción a una potestad legal reguladora y apta para dictar "comandos" e imponer conductas positivas, desaparece el derecho subjetivo, en la medida de la orden recibida.

logró entenderse bien como lógicamente coordinado con aquella prohibición en los ejemplos más importantes de la figura.¹⁴

Aludimos claramente a actividades industriales, civiles o mercantiles, abiertas al empresario privado y normalmente vedadas al Estado, sea por expresa prohibición constitucional (lo que aquí no se da), sea por ausencia de una norma que expresamente lo autorice a emprender en ella, lo que —según antes se vio— basta para tenerlas como prohibidas para él. Usualmente se destaca el hecho de que la autorización remueve un obstáculo para que la entidad privada pueda empeñarse en una actividad a la que tiene derecho como parte de su propiedad, o de un derecho al trabajo o de libre empresa, con la afirmación de que, en cambio, el acto que suele llamarse concesión crea en el particular el derecho —antes inexistente— de inmiscuirse y prestar una actividad que corresponde exclusivamente al Estado y que puede llegar a ser eventualmente una función pública de autoridad (caso de las concesiones legislativas en favor del capitán de tren o de barco, quien puede ejercer la policía preventiva y represiva de delitos o contravenciones, actuales o inminentes, en el lugar).¹⁵ Se me autoriza a construir mi casa —se decía— porque tengo el derecho a hacerlo como propietario que soy del suelo según el Código Civil, con la única limitación que representa el obstáculo de obtener previamente la licencia municipal; pero se me concede el derecho a explotar una línea de autobuses sobre caminos y carreteras estatales o municipales, porque esa actividad es un servicio legalmente calificado como público, que toca únicamente al Estado, y al empresario privado sólo por concesión del Estado, que le crea el derecho a hacerlo, inexistente antes de la concesión.

Este enfoque ha sido puesto en tela de duda por la más nueva doctrina, que admite la existencia de autorizaciones que confieren verdaderos derechos y obligaciones nuevos a los particulares y cuya única diferencia con la concesión es que aquellas versan siempre sobre actos o actividades

14 García de Enterría, op. cit. Tomo II, págs. 123, da buena cuenta del término de esta evolución cuando dice: "esto no supone abandonar totalmente la idea clásica del derecho preexistente, que sigue jugando un importante papel en relación a cierto tipo de autorizaciones (las de carácter reglado) sino sólo prescindir de él como elemento definitorio general, papel que ya no puede seguir desempeñando. En este nuevo concepto ha de permanecer como inalterable el dato de la existencia de una prohibición general previa que actúa sobre actividades que la norma considera como propias de los particulares, lo cual es suficiente para distinguir las autorizaciones de las concesiones, que operan a partir de una previa publicación o reserva formal del sector a los entes públicos, que de este modo ostentan en el mismo una titularidad primaria de la que disponen libremente".

15 Enrique Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Martín Bianchi, Montevideo, 1953, tomo I, pág. 84: "El acto administrativo que habilita a un particular para el ejercicio de una actividad comprendida en la libertad de trabajo —cualquiera que sea el nombre que las leyes o reglamentos le hubieran dado— tipifica técnicamente una autorización. Hay, pues, una diferencia sustancial con la concesión, que, por referirse a actividades que no entran en la esfera de acción individual, como los servicios públicos, crea un derecho (subjetivo) nuevo en favor del concesionario".

que legalmente sólo el individuo, y no el Estado, puede desempeñar, a la inversa de lo que ocurre con la concesión.¹⁶

Un ejemplo de este tipo de autorización constitutiva puede ser el de los objetos arqueológicos de propiedad privada (como los precolombinos, en nuestro país) respecto de los cuales la exportación está prohibida, salvo autorización caso por caso. Según los autores que propugnan este concepto, la autorización administrativa otorgaría aquí el derecho a exportar, que antes de ella no existiría por haberle sido legalmente sustraído al particular propietario del objeto de arte en cuestión en virtud de una prohibición legal; e igual enfoque se hace correctamente respecto del derecho de construir en un ordenamiento —como el nuestro— que admite la planificación urbana, la cual, a la par del respectivo derecho, crea una serie de onerosas obligaciones, sobre todo la de conformar la actividad al plan urbano vigente, que es fuente de un "status" objetivo y nuevo para el propietario del inmueble.

La anterior discusión tiene importancia desde el punto de vista, precisamente, de la profundidad y tipo de las intervenciones y limitaciones públicas posibles contra los derechos del particular, sobre todo en relación con su empresa y propiedad inmueble, pues es claro que podrá desarrollarse más legítima resistencia del particular frente a las autorizaciones, si éstas se refieren a derechos subjetivos preexistentes, que frente a las concesiones, que, por crearlos, pueden también regularlos casi ilimitadamente, a favor o en contra del concesionario.¹⁷

La realidad es, como se explica, que también existen autorizaciones constitutivas e, incluso, que éstas son las más importantes en la economía del país y para su tipificación jurídica.

Es importante puntualizar, en todo caso, que la autorización es una forma de verificar si el interés privado que persigue la persona que la solicita es, o no, conforme con un interés público distinto y eventualmente contrapuesto al primero, cuya protección corresponde a la oficina que autoriza (o rechaza la petición). Es por esto que correcta y expresivamente

16 Ver por todos Massimo Severo Giannini, *Diritto Administrativo*, Giuffrè, Milano 1970, tomo II, págs. 1097 y 1105 a 1118, especialmente 1105 y 1106, donde se trata la idea y se analiza los ejemplos más típicos de la que él llama "autorización constitutiva"; véase también el excelente desarrollo crítico de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, op. cit., ídem, págs. 121 a 123, donde los autores llegan finalmente a una sobria definición de la autorización, como género que abarca varias especies: "acto de la administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente".

17 Es la consecuencia de la afirmación de la libertad frente a la autoridad como regla de principio de todo Estado de Derecho, que conlleva no sólo la necesidad del (otro) principio de legalidad, sino también la aplicación restrictiva de la ley desfavorable a aquella libertad. Esto puede verse también como una expresión del principio de la personalidad jurídica privada ante el Estado, que pugna contra la ampliación de las potestades públicas en detrimento de la autonomía negocial y empresarial del particular, cuando se intenta construir aquella (ampliación) sin texto expreso de base, como si se tratase de tesis o principio general favorable a la autoridad.

te Giannini (Massimo Severo) ha dicho que la función de la autorización "no es la de armonizar intereses, sino la de subordinar la realización de intereses privados a intereses públicos". (Op. cit., Tomo II, pág. 1097).

Luce evidente, después de lo dicho, que el acto que permite al propietario explotar o usar su inmueble en Costa Rica es necesariamente una autorización —y no una concesión— no sólo o no tanto porque hay un derecho preexistente a la autorización para construir o en cualquier otra forma explotar la finca —que es justamente el derecho de propiedad— sino porque, todavía con más claridad, ese tipo de derecho es uno específicamente vinculado a la actividad privada, aunque, por otra parte, el Estado y sus entes también puedan ser propietarios en iguales términos, pero entonces porque actúan como particulares y sujetan sus actos al derecho privado.¹⁸

Cualquier acto que remueva una prohibición de uso en el ejercicio de los derechos sobre un inmueble en favor de su propietario, es, entonces, autorización y no concesión.

El mismo autor últimamente citado clasifica las autorizaciones en las que tienen una función de contralor, y las que la tienen de programación (o planificación); y en las que contienen una potestad de dar órdenes e imponer instrucciones y regulaciones al autorizado, y las que carecen de tal poder.¹⁹

La autorización de contralor, como su nombre lo indica, mira a un acotamiento negativo del acto o actividad por reglas de legalidad y de conveniencia, que se suponen amenazadas y que seguirán las mismas a lo largo de la actividad autorizada. El juicio de contralor se da en el momento de la autorización (o de su denegación) para no repetirse más, sin perjuicio de una potestad consecuente de vigilancia sobre el autorizado para determinar el cumplimiento de sus obligaciones, vigilancia que puede finalmente desembocar en una revocación de la autorización, por incumplimiento de sus términos. Normalmente este tipo de autorizaciones ocurre en las relaciones interorgánicas, no frente al particular ni con motivo de su conducta. Coincide, cuando no es así, con la licencia para actos o eventos confinados en el tiempo, no para actividades que se prolongan, conductas que generalmente son de ejercicio de las libertades públicas funda-

18 Henry Demethon, *Traite du Domaine de L'Etat*, Librairie Dalloz, 1964, París, págs. 146 y 147; J. M. Aubry et Roland Drago, *Traite de Contentieux Administratif*, Ed. Lib. Gral. D. J., París, 1975, Tomo I, págs. 476, 477 y 478, N° 419.

19 Giannini, Massimo Severo, Op. cit., pág. 1099. Tal tipo de "autorización programática" es lo mismo que los franceses suelen denominar "agrement", que se distingue de la "autorización" por el vínculo personal de vigilancia y dirección que crea entre Administración Pública y ciudadano. Ver George Burdeau, *Les Libertés Publiques*, París, L.G.D.J., 1972, pág. 47. En Italia igualmente Mazzariolli, Op. cit., págs. 113 y 114, quien define claramente el llamado "consenso", el equivalente italiano del vocablo. Dada la conocida capacidad de Giannini para acuñar términos, bien podría pensarse que la mejor traducción al español de sus "autorizaciones programáticas" podría ser, más simplemente, el término "licencia industrial" o "comercial", que se refiere siempre a actividades y no a actos.

mentales, como reuniones públicas, entradas y salidas del país, acceso a servicios públicos, constitución de entes sociales, etc.²⁰ La autorización certifica la legalidad y no peligrosidad social del acto o actividad y otorga el derecho a su realización sin conformar el contenido, medios ni condiciones de la actividad autorizada.

La autorización de programación o planificación es la que tiene por objeto no sólo verificar la conformidad del acto o actividad proyectados con un ordenamiento o con un plan preexistente (urbanístico, de desarrollo rural, etc.), sino también moldearlos y acondicionarlos para que en el futuro se realice al máximo, por su medio, el plan en cuestión. La autorización regula y conforma el contenido de lo autorizado con vista al futuro.

Es lógico aceptar que la simplicidad y el carácter predominantemente reglado del acto serán notas naturales en las autorizaciones de contralor, en tanto que las opuestas —complejidad y discrecionalidad— serán las propias de la autorización por programa o plan, y que éstas últimas —a diferencia de las primeras— irán acompañadas normalmente de cláusulas y condiciones varias, impuestas por la autoridad como medio para garantizar la fiel realización futura del plan o programa dicho y de sus fines públicos.

Ahora bien: puede ocurrir que la autorización por programa no se limite a fijar por una sola vez los lineamientos y condiciones de la futura actividad del sujeto autorizado, para desentenderse después de ella, sino que más bien (esta autorización) establezca una relación de subordinación —más o menos pronunciada— entre el petente y la autoridad que dicta el acto, en virtud de la cual el primero quede sujeto ya no sólo a las condiciones inicialmente impuestas y a una potestad concomitante de vigilancia y disciplina en mano de la segunda, sino también a las nuevas órdenes y regulaciones que en el futuro le impondrá esta misma u otra autoridad —que la licencia o autorización indica— frente a la cual el interesado, si acepta, queda en estado jurídico de sujeción y a la espera de instrucciones para mejor garantizar las máxima adecuación de su conducta al fin o interés general perseguido.

20 García de Enterría, Op. cit., idem., pág. 128; igualmente Demichel, op. cit., tomo I, págs. 200 a 210, especialmente 201 y 202, 209 y 210. En una obra de Jean-Paul Negrin, *L'Intervention des Personnes Morales de Droit Prive dans l'Action Administrative*, L. Gr. Dr. Jur., 1971, págs. 51 y sgtes., el autor se refiere a un fenómeno de similar problemática pero de materia exactamente inversa, a saber: la intervención del individuo o de la empresa privada en la acción administrativa clásica. La diferencia fundamental corre en el sentido de que el tema de este trabajo es, al contrario, el carácter público de actividades privadas o, al menos, la conversión a públicas de actividades que, dentro del enfoque clásico, serían privadas. Tales actividades, sin embargo, están hoy confundidas con las que constituyen el servicio público "virtual", frente a las cuales la necesidad de una "habilitation" o "agrement" puede germinar en un régimen público de toda la actividad. Es por ello que la inteligente doctrina de Negrin sobre las "habilitations" para participar en actividades administrativas, a favor de individuos o empresas privadas, puede reputarse finalmente como la teoría del "agrement" con diferente nombre.

Quando, además de las cláusulas y condiciones especiales para cada interesado, la autoridad pública que autoriza está facultada por el ordenamiento para dictar reglamentos e instrucciones generales para todos los que han obtenido el mismo tipo de autorización, ésta viene a ser un medio de introducir al sujeto favorecido con ella en un ordenamiento jurídico especializado por y para la actividad que se autoriza, con su grupo (las entidades privadas autorizadas); sus normas jurídicas (las dictadas para regular la conducta de todos los operadores económicos en el mismo sector) y con su organización (que generalmente es una autoridad pública, individual o colegiada, no dependiente del Estado sino constitutiva de un ente público menor o parte del mismo). El ordenamiento en cuestión tiene forma piramidal y las regulaciones descienden desde el órgano de cúspide hasta los particulares, generalmente entidades privadas (personas físicas o sociedades), pero no necesariamente tales, pues casos puede haber en que dentro del sector se halle comprendido otro ente público, que, sin embargo, recibirá trato paritario con los particulares, salvo expresa disposición legal en contrario. Es esto lo que un ilustre jurista ha individualizado como un "ordenamiento jurídico de sector" (Gianini) en cuya estructura, función y alcances conviene insistir de seguido.

Es necesario, en efecto, detenerse en los tres últimos tipos de autorización, la que sujeta inicialmente al autorizado a obligaciones y condiciones que se insertan en su texto, a discreción y juicio del funcionario que autoriza; y las que, avanzando más dentro de los confines de la propiedad privada, someten al propietario a potestades de regulación y ordenación de la autoridad pública. Todas aparejan normalmente un margen amplio de discrecionalidad.

Debe advertirse que, en todo caso, sea cual sea el tipo de autorización que se dé, la misma siempre crea un deber de vigilancia de la autoridad para impedir que el particular viole, o lo haga impunemente, las obligaciones impuestas por la ley o por la misma autorización, con detrimento del interés público. Esa potestad de vigilancia supone, entonces, la disciplinaria, que permite suspender o revocar la licencia de la persona autorizada, si ésta ha abusado de ella o si, por desidia, no la ha utilizado (aunque esto último es más dudoso y pareciera exigir texto expreso), pero, como veremos, a tal relación mínima puede agregarse otra de mucho mayor alcance, según el régimen de la autorización.

Es claro, por lo dicho, que puede elencarse cuatro posibles formas de autorización:

- i) La que es de obligado otorgamiento, porque se limita a verificar y declarar el cumplimiento de requisitos legales, generalmente respecto a un acto, sin que la autoridad agregue nada de su parte: la licencia de exportación de mercaderías de lista, la de construcción en casos sencillos, la visa de entrada y salida del país para un nacional, etc.
- ii) La que es discrecional en cuanto a motivo y/o contenido y permite a la autoridad imponer modalidades, condiciones y plazos a la actividad autorizada, pero por una sola vez, después de la cual la potestad

pública vuelve a aparecer sólo si hay abuso de la autorización, con fines disciplinarios o punitivos: licencia de portación de armas de fuego, de expendio de licores, de operación de sustancias radioactivas, etc.

iii) La que es discrecional en cuanto a motivo y contenido y permite no sólo vigilar y sancionar, no sólo imponer obligaciones, condiciones y plazos en forma inicial, sino que, además, sujeta al autorizado a una potestad dispositiva de futuro ejercicio, que normalmente es distinta de la que da base a la autorización, pero que puede reputarse también su natural consecuencia cuando hay evidencia de su necesidad, porque el ordenamiento ofrece indicios o contiene disposiciones que denotan el interés público inherido en la actividad: licencias para abrir establecimientos privados de enseñanza, clínicas privadas, farmacias, bolsas de comercio, etc.

iv) Finalmente, la que con discrecionalidad de igual alcance, introduce a un sector ocupacional reconocido como tal por el ordenamiento, bajo la potestad dispositiva de una autoridad pública, generalmente descentralizada, que permite a ésta no sólo dictar mandatos y prescripciones individualizados para el autorizado, creadores de vínculos personales entre ambos, sino, además, dictar reglamentos comunes para todos los miembros de ese sector, que prevalecen sobre las autorizaciones, frente a los cuales éstas han de ponerse como reglas complementarias, para lograr la más fiel y cabal aplicación de dichos reglamentos, en posición similar a la que guarda el reglamento ejecutivo frente a la ley (Banco Central respecto de Bancos Comerciales; Servicio Nacional de Electricidad respecto a los usuarios de aguas públicas con cualquier fin, pero sobre todo respecto de las empresas generadoras y consumidoras de energía eléctrica; Dirección General de Deportes respecto de todos los deportistas del país y de sus organizaciones, públicas o privadas; servicios médicos respecto a la Caja Costarricense de Seguro Social; Oficina del Café y Liga Agrícola Industrial de la Caña, respecto de los industriales y agricultores del respectivo producto). De este último tipo podrían enumerarse muchos ejemplos más (todas las Juntas que vigilan la agricultura e industria de los productos agrícolas básicos de consumo interno y de exportación, como las Juntas y Comisiones del Tabaco, del Arroz, del Cacao, del Banano, etc.). Se trata —y esto es lo importante— de un módulo de organización e intervención públicas en la empresa privada de corte ya viejo y tradicional en Costa Rica, sin que nadie (fuera del suscrito en un artículo de 1972) haya parado atención en el fenómeno y hecho el análisis jurídico de la técnica correspondiente. Su tradición se ha consolidado, sobre todo, en el campo agrícola, como se desprende de los ejemplos dados.

11) La evolución doctrinaria y jurisprudencial francesa.

En los dos últimos casos de "autorizaciones programáticas" se crea lo que suele denominarse "un servicio público virtual" o "impropio". El derecho comparado da abundante cuenta de estos dos últimos tipos de

autorización²¹, pero la cuna de la institución del "servicio público virtual" es Francia, donde la misma es antecedente histórico y jurídico fundamental en el tema de la conversión de actos y de actividades privados a lo público, normalmente a través de un transformador jurídico revestido de "autorización", pero con un campo de aplicación que abarca figuras distintas.

21 Flaminio Franchini, *Le Autorizzazioni Amministrative Constitutive di Rapporti Giuridici fra L'Amministrazione e i Privati*, Giuffrè, Milano, 1957, pág. 25: "El sistema de la autorización representa un técnica intermedia entre la prohibición absoluta y la absoluta libertad. El Estado, frente a la actividad privada, puede prohibir sin excepciones una actividad; o puede, a la inversa, dejarla en entera libertad (pág. 23) ... "el sistema de la autorización representa la solución intermedia entre estos dos sistemas opuestos, de la absoluta prohibición o del irrestricto permiso (pág. 24) ... "La Administración Pública puede tender, también, a verificar por sí misma que la actividad cuya autorización se pide no resultará, en el caso concreto, peligrosa para un determinado interés público".

El mismo autor explica: "la autorización se presenta, consecuentemente, como el acto típico respecto del cual es normal que la Administración, al dictarlo, inserte ciertas cargas, más o menos estrechamente conexas con el objeto principal del acto (pág. 60) ... "La tutela del interés público puede exigir una constante y activa ingerencia de la Administración Pública sobre la actividad autorizada, para poder adecuarla, momento a momento, a ese mismo interés ... "No siempre es posible tutelarla preventivamente mediante la fijación de límites a lo autorizado; la tutela se obtiene frecuentemente a través de una serie de actividades y de actos, no predeterminados, ni, evidentemente, tampoco previstos en el acto de autorización, sino que paso a paso pueden ser dictados por la Administración Pública con el fin de regular el ejercicio del derecho del interesado" (pág. 67). "Los mandatos concretos que la Administración Pública puede dictar, para tutela del interés público, durante el desarrollo de la actividad autorizada, deben ser considerados, más bien, como expresiones de las potestades de contralor y dirección frente al autorizado". (Pág. 60).

Fernando Garrido Falla, *Tratado Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Estudios Administrativos, 3ª edición, Madrid, 1966, pág. 380: "Es un hecho que la doctrina se ha planteado reiteradamente el problema de ciertas actividades que, aún permaneciendo en manos de los particulares, "están destinadas al público. Puesto que en estos casos hay un interés público implicado, resulta en principio justificada la intervención administrativa por vía de la reglamentación policial. Ahora bien, ocurre que al quedar de este modo tal actividad sometida a la necesidad de una autorización administrativa previa, la Administración suele aprovechar esta circunstancia para imponer al particular interesado una serie de cargas y de obligaciones positivas en cuanto a la forma del ejercicio de su actividad, muy semejantes a las que constituyen el contenido típico del clausulado de una concesión de servicio público. Al suponer esto un grado más de intervencionismo administrativo, su justificación se ha buscado en la doctrina del "servicio público impropio" o "virtual".

La coincidencia del derecho comparado en la aceptación de servicios públicos en manos de particulares revela que se trata de una función normal y permanente de la sociedad frente al Estado, por virtud de la cual sus miembros se hacen cargo de los mismos a nombre propio (sin representación), pero por cuenta del Estado o, en todo caso, para la sociedad, por descentralización normativa o por acto administrativo (de autorización o concesión). La idea es tan antigua como el derecho canónico medieval y con su habitual agudeza lo ha perfilado muy bien Giannini (op. cit. Tomo II, págs. 124 a 126, especial-

Convendría detenerse en el análisis —aunque sea meramente informativo— de esta amplia institución.

Dado el carácter discrecional, preceptivo y prospectivo de la "autorización programática", ésta crea un vínculo permanente con el administrador, que queda sujeto no sólo a regulaciones iniciales sino a una nueva potestad de regulación (en realidad distinta de la de autorizar), sobre el desarrollo de su actividad, desde el punto de vista de un interés público, normalmente económico. Esto puede ocurrir sin que medie una "autorización", si, por cualquier otra razón, la actividad puede reputarse, aunque en mano de particulares, una actividad pública, sea servicio o función públicos. Es en Francia, sobre todo, donde se dan dos líneas jurisprudenciales de pensamiento sobre el tema, la del servicio público en mano de particulares y la del acto administrativo (acte exécutoire) de los particulares, lo que obviamente apareja consecuencias especiales de Derecho Público.

En punto al servicio público, los fallos franceses son principalmente: a) Etablissement Vezia, Conseil d'Etat, 20 diciembre de 1935: Una asociación privada de Madagascar del tipo legal llamado "sociedad indígena de previsión, aseguramiento y préstamos mutuales", cometiada a organizar y regular la venta de productos agrícolas en esa colonia francesa, para evitar la baja de sus precios, podía ser beneficiaria de la expropiación, por el Estado, de fincas agrícolas, para mejor cumplimiento de sus fines, con base en un reglamento de la autoridad colonial. Impugnado este reglamento por la ausencia de interés público en la expropiación así autorizada, vista —según la actora, Societe des Etablissements Vezia— la naturaleza privada de la beneficiaria, que se transmitía —según la demanda— a la causa justificante de la expropiación y, en consecuencia, la hacía legalmente imposible, el Consejo de Estado, siguiendo la opinión del Comisario de Gobierno Latourneur, aceptó que puede haber y hay legalmente actividades privadas —por su origen— de interés público y, como consecuencia, susceptibles de ser favorecidas con especiales privilegios de derecho público, como el obtener la expropiación para sus fines.

mente 125), en relación con la figura entonces llamada "munus" (que en latín es encargo, oficio o función), correspondiente a una persona física titular de potestades en beneficio de terceros o de la comunidad, para lo cual valga transcribir algunos párrafos ilustrativos del autor: "En el "munus" se da, en consecuencia, una hipóstasis jurídica: un sujeto jurídico con una parte de su actuación legal vela por intereses de otros y, en relación con ellos, adquiere una calidad subjetiva que se agrega, pero que no se confunde con su personalidad común; y, en realidad, con ese su actuar para otros, se hace titular de distintas situaciones subjetivas, como potestades, derechos y deberes, todos funcionalizados (contraloreados) por regímenes varios de responsabilidad y sujetos a diversas sanciones; el "munus" es la atribución del carácter de centro (subjetivo) de imputación a una función asignada a un sujeto común en beneficio de los intereses de otro" (pág. 125).

El autor explica que se trata normalmente de individuos o personas físicas, sobre todo típicos del derecho privado: tutor, curador, administrador y representante de sociedad (esto último, naturalmente, en el derecho actual).

b) Caisse Primaire "Aide et Protection", C.E. 13 de mayo de 1938. Una organización mutualista privada y dedicada a prestar seguros sociales (médicos) de conformidad con la ley francesa, que así lo permite y regula, impugna la aplicación a su personal de una ley que prohíbe la acumulación de cargos y retribuciones en la función pública, invocando su carácter de empresa privada. El Consejo de Estado nuevamente acoge la opinión del Comisario de Gobierno Latourneur y declara que los seguros sociales son un servicio público que debe regirse por las normas del sector público, aun cuando lo desempeñe una entidad privada como la reclamante.

c) Compagnie Maritime de De L'Afrique Orientale, C. E. 5 de mayo de 1944. El Gobernador de Madagascar dicta un nuevo reglamento de autorización de las actividades de carga, descarga, mantenimiento de instalaciones y transporte por particulares en los muelles de Diego Suárez, principal puerto malgache, y simultáneamente cancela todas las ya dadas para tal tipo de actividades y sujeta las futuras (autorizaciones) al nuevo reglamento. Un antiguo empresario impugna ambas disposiciones y el Consejo de Estado nuevamente sostiene que media un servicio público (el constituido por las referidas actividades portuarias) y que el mismo está sujeto a todo cambio que le introduzca la autoridad pública responsable por su buena marcha, aunque esté en mano de organismos o empresas evidentemente privados, tal y como expresamente lo reconoce el alto tribunal. El fallo es confirmado por otros del mismo Consejo de Estado en los casos Societe Francaise Radio-Atlantique y Compagnie Carcassonnaise de Transports, ambos del 6 de febrero de 1948; Federation Francaise des Syndicats Professionnels des Pilotes Maritimes, C.E. 2 de junio de 1972, y Societe Le Beton, de 19 de octubre de 1956.

Estos fallos configuran lo que suele llamar la doctrina francesa el enfoque "funcional", por contraposición a "orgánico", del servicio público, que así queda definido como una actividad de interés público regulada (¿por quién?) para garantizar la satisfacción de éste, aunque lo preste una empresa privada o no lo preste la Administración Pública.²² Igual crisis del enfoque "organicista" surge casi simultáneamente respecto del acto administrativo, que vendrá así a perfilarse pura y simplemente, según opinión dominante, como el acto unilateral imperativo (executoire), sin importar su origen ni la índole privada de su autor. Los fallos que lo establecen son:

a) Monpeurt. C.E. 31 de julio de 1942: Un organismo corporativo privado creado por ley, llamado Comité de Organización de la Indus-

²² Long, Weil et Braibant, Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, Sirey 6/ta Edition, 1974, págs. 250 y 251, donde los autores dan lujosa cuenta de fallos posteriores que han terminado de perfilar nitidamente la institución del "servicio público virtual", porque están en manos de particulares (reconocidos como tales por todos los fallos).

tria del Vidrio y formado por representantes de los industriales del ramo, queda legalmente encargado de regular y programar la producción y distribución del artículo con amplias facultades, en tiempos de la Segunda Guerra Mundial. En uso de ellas la dicha entidad privada decreta la clausura de una fábrica de vidrio especial para ampollas médicas, así como una compensación en especie para el empresario, a cargo de los otros del mismo ramo, uno de los cuales, el Sr. Monpeurt, impugna el acto impositivo y distributivo en lo que lo afecta. El Consejo de Estado confirma el acto impugnado que tiene por motivado en necesidades comprobadas de la industria en cuestión, después de declararse competente, al dar por cierto que la organización y regulación del sector es un servicio público administrativo, el cual confiere igual carácter a los actos que se dictan para su gestión, aunque provengan de una entidad privada, que reconoce como tal.

b) Bouguen C. E. 2 de abril de 1943. Otro organismo corporativo privado semejante, esta vez legalmente encargado de organizar y regular la profesión médica, dicta una disposición general prohibiendo al médico tener despachos profesionales simultáneamente en varios distritos y, en aplicación de la norma, le ordena al Dr. Bouguen clausurar uno de los varios suyos, lo que éste impugna. El Consejo de Estado anula la decisión por razones de extralimitación territorial del ente privado regulador en cuestión, pero en punto a su competencia propia para conocer del caso sostiene la tesis afirmativa de que la actividad del dicho organismo es un servicio público emanado de una entidad privada y que, por ello, son administrativos tanto el reglamento como el acto de aplicación impugnados.

c) Magnier, C. E. enero 13 de 1961: la ley organiza la lucha contra los parásitos y los animales dañinos para la vegetación. Según sus términos el Prefecto de la Provincia determina cuándo hay peligro y ordena se ponga en marcha un plan de lucha contra las plagas, cuya ejecución corresponde a un agente público llamado inspector para la protección de los vegetales. Según el mecanismo ideado por la ley, las órdenes de ejecución no son dadas a otros agentes públicos, sino a los propietarios o poseedores de los terrenos afectados. Si éstos no cumplen, ejecuta la orden en su lugar un sindicato del tipo llamado —por ley del momento— Grupo para la Defensa Comunal contra los Enemigos de las Plantas, que el Consejo de Estado expresamente reputa como organismo privado. Cumplida su labor sustitutiva el Grupo fija imperativamente el costo y cobra la liquidación al propietario rebelde, quien queda eventualmente expuesto a la ejecución patrimonial forzosa por el Estado. En un caso concreto, un propietario contumaz impugnó el cobro recibido y el Consejo de Estado —en resolución de un incidente de competencia, por declinatoria del tribunal administrativo inferior, que sostuvo no ser de su jurisdicción el asunto por tratarse de litigio entre particulares, dado el carácter privado del sindicato Grupo demandado— aceptó el caso y reafirmó la tesis de que la actividad generadora del gasto cobrado es un servicio público, no obstante estar en mano de una entidad privada y que, por ello, son públicos y

administrativos los actos unilaterales dictados para cumplirlo. Este fallo, relativo a servicios públicos administrativos (no comerciales ni industriales), fue seguido por otros para situaciones de hecho iguales en lo esencial que reafirmaron la posibilidad de actos administrativos de individuos o de empresas privadas, a saber: Federation Nationale des Huileries Metropolitanaires y Groupement Nationale d'Achat des Produits Oleagineux, ambos de 6 de octubre de 1961, lo mismo que Caisse de Perequation de la Papeterie, de 7 de noviembre de 1962.

En el estado actual de la jurisprudencia francesa sobre la materia es claro que, tratándose de servicios públicos administrativos, la entidad privada cometida a ellos puede dictar actos administrativos no sólo individuales sino también reglamentarios y que todos pueden ser impugnados ante el Consejo de Estado, pero no hay decisiones que aclaren algunos de los aspectos del régimen público de tales actos, que sigue siendo oscuro e impreciso.^{23 24}

d) Rolland, Tribunal des Conflits, 12 de junio de 1961: Hasta esta fecha el Consejo de Estado había reputado acto administrativo sólo el proveniente de un particular cuando era dictado para la prestación de un servicio público administrativo, con régimen exorbitante y distinto del correspondiente al acto o servicio de derecho privado común. Ante una demanda de un trabajador contra la Sociedad Nacional de Ferrocarriles de Francia —empresa privada concesionaria— con motivo de una disposición general de jubilación y retiro dictada por la junta directiva correspondiente, la Corte de Casación —sin jurisdicción para asuntos administrativos— decide usar del procedimiento especial de consulta previsto por la ley francesa cuando hay duda seria sobre la índole de la materia y envía el caso, por esa vía, al Tribunal de Conflictos, quien decide los que haya entre las dos jurisdicciones, judicial y contencioso administrativa. El Tribunal declara privado el asunto, pero solamente porque el reglamento impugnado no forma parte del régimen de la actividad de transporte ferrocarrilero, después de calificar a éste —obiter dicta— como servicio público en mano de particulares. No la jurisprudencia sino la doctrina interpretó que, a

23 Frank Moderne, Decadencia del punto de vista orgánico en la definición del acto administrativo en Derecho Francés: los actos administrativos de origen privado, Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, N° 4, 1975 Madrid, págs. 10 y 11.

24 Long Weil et Braibant, op cit., pág. 273, y Buttgenbach, Andre, Theorie Generale des Modes de Gestion des Services Publics en Belgique, Maison Ferdinand Larcier, Bruxelles, 1952, págs. 427 y 428, donde se aclara, por vía de precisión, la estrechez de la admisión, por la doctrina de habla francesa, de actos administrativos de entes privados, que sólo se reconocen cuando hay ley que otorgue una potestad unilateral e imperativa frente a terceros —usuarios o no de un servicio público— con exclusión de todos los otros tipos de actos o actividades de la misma entidad, aun si contienen términos y condiciones inhabituales o exorbitantes del derecho común, como ocurre en las relaciones con su personal, en sus obras o en sus contratos, que, mientras estén concluidos entre particulares, son contratos comunes y no administrativos, pese a su eventual contenido especial.

contrario sensu, lo que el Tribunal de Conflictos había sostenido era que, de haber versado el reglamento dicho sobre la organización y el régimen del servicio público de transporte por ferrocarril, ese reglamento, no obstante emanar de una empresa privada, habría sido reputado acto administrativo y justiciable ante el Consejo de Estado. Referidas a circunstancias de hecho prácticamente iguales, otras sentencias del Tribunal de Conflictos han confirmado esta línea de decisión, que, sin embargo, parece contener la limitación fundamental de que, en lo que toca a servicios públicos industriales o comerciales, el único acto de empresa privada reputable administrativo y residenciable ante la respectiva jurisdicción es el reglamento, no el acto individual (como lo sostiene Moderne, op. cit., pág. 13): ver decisiones del Tribunal de Conflictos posteriores al caso Rolland, Compagnie Air France contra Epoux Barbier (T. D/C. 15 de enero de 1968) y Directeur Regional de la Securite Sociale d' Orleans contra Epoux Blanchet (T.D.C. 22 de abril de 1974), que también reconocen el carácter administrativo reglamentario de actos normativos de empresas privadas a cargo de servicios públicos regidos por el derecho comercial.

En síntesis: por virtud de la evolución jurisprudencial reseñada, parece claro que en el ordenamiento francés son servicios públicos todos los que estén ordenados a fines públicos, aunque los presten los particulares; y son actos administrativos todos los unilaterales dictados por el titular del servicio público para su prestación, aun si éste es un particular y aun si el servicio es industrial o comercial, pero en este último caso sólo serán públicos los actos del particular que sean reglamentarios, no los individualizados.

La negación de carácter administrativo a los actos normativos de la empresa privada cometida a un servicio público comercial, en cuanto se les desconoce índole de reglamentos equiparables a los emanados de la Administración Pública en general, suscita perplejidad, en la medida en que la hipótesis de un acto normativo de un ente —público o privado— extraño a su principal actividad es puramente académica y, por ello, contraria a la realidad en la mayoría de los casos. El acto normativo expresa las formas permanentes y estables de organización y de funcionamiento de todo sujeto, público o privado, sin lo cual no sólo carecería de sentido sino que habría sido sustituido por actos concretos atípicos o por la interpretación extensiva de otras normas ya existentes, sobre todo si no rige el principio de legalidad, como es lo cierto en el sector privado. Pareciera, por ello, que la evolución descrita se orientará, a la inversa, a la admisión de todos los actos normativos de un ente privado titular de servicio público mercantil como verdaderos reglamentos administrativos del mismo, dotados de la naturaleza y autoridad de actos públicos y ejecutorios. Es casi imposible, en efecto, distinguir entre reglamentos atinentes y reglamentos extraños al servicio público en cuestión, cuando son dictados por el mismo sujeto o empresa y afectan directa o indirectamente la prestación del mismo giro mercantil. La decisión de los casos Rolland y Barbier será abandonada en el futuro en este aspecto, casi seguramente, y los que entonces fueron rechazados, serán admitidos como verdaderos reglamentos públicos, según todo lo dicho.

Es claro, por otra parte, que parece más difícil combatir la línea de pensamiento que justifica la distinción entre actos normativos y actos individualizados de la empresa o sujeto privados encargados de un servicio público, para negar siempre a estos últimos el carácter de actos administrativos (executoire), dado el indudable menor rango que el acto concreto presenta desde tal ángulo. La actividad y los actos externos, de prestación del servicio público comercial o industrial, serán, por suposición y definición, privados y sujetos al derecho común; restará por determinar la calidad y régimen de los actos internos de organización y provisión requeridos por la empresa privada titular del servicio público, y para nosotros no tiene duda su carácter privado e igual, por naturaleza, a los de una empresa común, todo lo cual viene a corroborar el sólido fundamento de la distinción jurisprudencial última en comentario. La doctrina francesa es, a este respecto, una de pleno apoyo a la jurisprudencia, y mucho menos cauta y reservada que cuando habla de los actos normativos de la empresa privada encargada de un servicio público comercial, en relación con los cuales el pronóstico es desfavorable a la jurisprudencia existente y partidaria de una consideración general de tales normas como verdaderos reglamentos administrativos, en todo caso y sin excepciones.

En la doctrina francesa se ha trabado ardorosa polémica, que todavía se mantiene, sobre si es el criterio del servicio público como fin, o el del acto unilateral, administrativo y ejecutorio, como lo llamó Hauriou, el correcto para definir y distinguir el derecho público. Se trata de una innecesaria polémica, paralela a la otra, ya varias veces decenal, sobre si el derecho administrativo es el de la Administración Pública o el de la función administrativa. Es normal, pero no necesario, que la función administrativa pertenezca a la Administración Pública, como lo es que la titularidad del imperio corresponda a quien tiene a su cargo los servicios públicos, administrativos o comerciales; ello no obstante, la posibilidad de una excepción permite sostener que hay servicio público siempre que haya una potestad pública imperativa para la prestación de una actividad, por la Administración Pública o por particulares; y que, a la inversa, habrá potestades públicas imperativas siempre que haya que organizar y dirigir, por la técnica del acto unilateral, el funcionamiento de un servicio público, en mano de particulares o de la Administración Pública.

Lo que sí parece caduco es la tesis "organicista", insistente todavía en la necesidad de una Administración Pública, entendida como persona de Derecho Público, autora del acto, para que éste pueda reputarse público y administrativo. Pese a brillantes esfuerzos dialécticos en contrario,²⁵ parece no haber razones de peso, en esta línea de evolución, que impidan la

25 Christian Lavielle, L'Evolution de la Conception de la Decisión Executoire en Droit Administratif Français, L.G.D.J., Paris, 1974, págs. 147 y 148, donde el autor esboza la idea de un nuevo tipo de persona jurídica pública en el derecho francés, que él llama la "corporación pública", y que engloba, en su patrón orgánico, los Comités Profesionales de Organización (como los del vidrio y de los médicos) que dictaron los actos impugnados en los famosos fallos Monpeurt y Bouguen, ya citados, todo con la idea de mantener el criterio orgá-

atribución pura y simple de potestades públicas a un particular, individuo o empresa, directamente por ley y sin conexión ninguna con competencias pertenecientes a otro ente público o autoridad administrativa, ni por delegación, ni por concesión o mandato, ni aun siquiera por sustitución, aunque sin perjuicio, por todo lo dicho, de las potestades concomitantes de la Administración Pública sobre el particular en función de contralor, regulación y dirección de su actividad.

nico del acto administrativo, creemos que vana e innecesariamente. El mismo autor intenta reforzar sus tesis frente a los casos en que es evidente la falta de conexión orgánica entre el ente privado autor del acto y otro ente público, mediante el argumento de que, cuando ello ocurre, lo que se da es una atribución de competencia administrativa al ente privado en conexión con otra propia de un ente público, al que sustituye en su función. De este modo, según el autor, en la base de todo acto público de un ente privado se halla una competencia pública, sustitutiva o complementaria de otra, que corresponde siempre a un ente público. Esto evidentemente no es verdad y varios casos franceses de los ya citados lo demuestran, como ocurre en los arrets Rolland y Barbier, respecto de cuyos reglamentos de servicio, materia del litigio, sólo podría haber contralor pero nunca sustitución por el Estado, por tratarse de reglamentos de personal de una empresa privada. La realidad es que con la descentralización directamente por ley de las potestades de imperio en favor de particulares, es innecesario buscar otra explicación para su existencia y resulta inevitable reconocer que —con quiebra del criterio organicista— lo que define ahora el acto administrativo y el servicio público no es la naturaleza de su titular, sino su estructura y régimen jurídico, aun si el acto o actividad proviene de particulares. En otro trabajo muy interesante Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Derecho Administrativo, Sindicatos y Auto-Administración, Estudios de Administración General*, Editorial Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1972, págs. 126 a 131, termina por coincidir con la tesis de Lavialle, no obstante haber advertido y demostrado brillantemente no ser necesario adscribir un autor público al acto para aceptarlo como público después. El distinguido autor llega hasta calificar a los organismos privados encargados de funciones públicas como meros "delegados" o "agentes descentralizados" de la Administración Pública, sin privarlos —por ello— de su naturaleza privada. Creemos acertada la calificación de estos entes privados como titulares de una descentralización en su favor de potestades públicas, sin relación orgánica alguna —fuera de esa— con la Administración Pública, y con posición parecida, en todo caso, a la de los entes públicos descentralizados, mucho más que a la del delegatario, mandatario o sustituto de un ente público clásico. La crisis de la concepción "organicista" del acto administrativo es hoy general, sobre todo en el derecho administrativo latino (el latinoamericano, el español, el italiano y el francés). Dice al respecto Giuseppe Guarino, *Pubblico Ufficiale ed Incaricato di Pubblico Servizio, Scritti di Diritto Pubblico de l'Economia*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1970, pág. 218, en relación con el acto administrativo como expresión de la función pública: "los poderes y los actos de derecho público ofrecen un criterio cierto y de tipo específico para definir la función pública. La función es precisamente aquella que se manifiesta en el ejercicio de poderes y de actos de derecho público, esto es: de supuestos jurídicos de índole volitiva propios de sujetos con titularidad exclusiva de los mismos. *La función pública es tal objetivamente, con independencia del hecho de que sea ejercida por sujetos públicos o privados*".

El autor lo repite en pág. 235 *ibidem*.

Ello no obstante, el enfoque organicista es todavía fuerte en Francia y cuenta con apoyo tan ilustre como el de Jean Rivero, *Droit Administratif*, Dalloz, París, 1973, pág. 93.

Ahora bien: todos los casos jurisprudenciales citados pueden repartirse en dos grandes rubros: aquellos en que la ley confiere directamente a la entidad privada un servicio o una función públicos, a modo de verdadera descentralización operada en beneficio ya no de entidades también públicas sino de la iniciativa o de la empresa privadas (todos, excepto los dos últimos); y éstos dos (los casos Rolland y Barbier), en que una empresa privada, sin habilitación legal directa ni expresa, sino con una licencia administrativa de operación (autorización programática dictada por la Administración Pública en uso de una potestad legal) gestiona el transporte comercial —ferroviario o aéreo— y dicta reglamentos de servicio equiparados a los administrativos y propios del Estado, cuyo fundamento legal está en la necesidad de hacerlo por el interés público conexas con esa actividad, que se define precisamente como servicio comercial público. En esta última hipótesis es el servicio público —y no la ley ni la licencia administrativa— la fuente de esa potestad reglamentaria auténticamente pública en mano de una empresa privada, según reconocimiento del Consejo de Estado o del Tribunal de Conflictos de Francia, cuyos fallos vienen a ser, en definitiva, el verdadero título de tal poder normativo en mano de una empresa privada.

Lo que pareciera haberse habilitado jurídicamente en Francia es la "publicatio" de actividades por jurisprudencia o por acto de la Administración Pública, sin base legal, sobre todo en el contexto en que se ha dado la evolución descrita, que no está acabada ni es totalmente clara.

En efecto: no hay criterios jurisprudenciales ciertos para identificar un servicio público en una actividad de un particular hasta ese momento privada y las opiniones al respecto son contrastantes. Se admite, por regla general, que la potestad pública de imperio en mano de la entidad privada (por descentralización legislativa o concesión administrativa), lo mismo que una ayuda financiera sustancial (subvención o afectación de tributos a entidades privadas para el cumplimiento de su actividad), e igualmente contralores públicos más o menos intensos sobre la organización y/o la actividad de la empresa privada, son signo relativamente seguro para determinar cuando el Estado quiere tratar una actividad privada como servicio público.²⁶ Pareciera que la consecuencia esencial de ello estaría en las potestades "virtuales" o "inherentes" de regulación, de disposición y de contralor sobre el ente privado de servicio público, también "virtual", por parte del Estado que, de este modo, podría regularlo y dirigirlo, para hacerlo cumplir en su actividad empresarial con los cuatro fundamentales principios de toda actividad administrativa de servicio: continuidad en la prestación, eficiencia y regularidad, trato igual a todos los usuarios, y adaptabilidad a los cambios del medio real y legal en que actúa la entidad prestadora, todo en beneficio del público y sin texto legal expreso de

26 Andre Demichel, *Les Contrôles de L'Etat sur les Organismes Privés*, Libr. Gralle de Droit et Jur., París, 1960, Tomo II, págs. 620, 630, 632, 678, 679, 681, 686 y 687.

base.²⁷ Sin embargo, nada de lo dicho es claro ni en la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni menos en la doctrina francesa.

En punto a la jurisprudencia existente todo lo que se puede afirmar es lo ya dicho al hilo de los fallos comentados, sin poder ir fácilmente más allá. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido repetidamente carácter público a los actos y a la actividad de los particulares en las condiciones ya relatadas, pero ha omitido aclarar —o no ha tenido oportunidad para hacerlo— múltiples detalles del régimen público consecuente con esa calificación, que deberían reconocerse o admitirse como consecuencia lógica y obligada de la misma. Se puede decir que un servicio público "virtual" puede estar a cargo de un organismo privado corporativo, de afiliación obligatoria (con pago también obligatorio de las respectivas cuotas de ingreso y permanencia) y con el beneficio posible de la expropiación pública en su favor, aunque tramitada y dictada por el Estado u otro ente territorial competente (caso *Etablissement Vezia*); que puede aplicársele (al ente privado titular de una función o servicios públicos) leyes de personal de la Administración Pública en cuanto protejan la solidez financiera de la entidad responsable (caso *Caisse Primaire Aide et Protection*); que el servicio en manos privadas ha de adaptarse a todos los cambios que exija el interés público, representado por la Administración Pública y sus actos normativos o de disposición (caso *Compagnie Maritime de L'Afrique Orientale*); y que sus actos unilaterales para la prestación y organización del servicio público "virtual" son administrativos y justiciables en la vía contencioso-administrativa (casos *Mompeurt*, *Magnier*, *Bouguen*, etc.), aunque nada se haya decidido todavía sobre los restantes aspectos del régimen público consiguiente de dichos actos. Y tampoco se ha decidido si, dado el carácter público del servicio, el mismo está sujeto a los cuatro principios esenciales antes indicados, en función de los que se justificaría la existencia de las potestades implícitas de regulación, disposición y contralor de la Administración Pública sobre la entidad privada y su conducta. Pareciera que, en el derecho francés, tales potestades le son negadas a la Administración Pública por otros importantes fallos convergentes, aunque de materia aparentemente extraña a la problemática que ahora se examina.

El conflicto suele darse con el principio de legalidad, que ha terminado por prevalecer, pero con posición cada día más débil y comprometida. La potestad reglamentaria autónoma, sin base legal expresa o implícita, sólo se admite en el derecho francés para los servicios de policía general de orden y seguridad, y, además, en el ámbito interno de un ente público, para su organización y la de sus servicios; la regulación por el Estado o la Administración Pública de un ente privado titular de un servicio público "virtual" sólo podría darse, entonces, con base en texto de ley, si toca un campo extraño al de los dos exentos ya indicados (derecho de la policía

27 Demichel, op. cit. Tomo II, págs. 701 a 704; J. M. Auby y R. Ducos Ader, *Grands Services Publics et Entreprises Publiques*, Presses Universitaires de France, 1969, Tomo I, pág. 33 a 44; Rivero, op. cit., págs. 418 a 420. Louis Rolland, *Précis de Droit Administratif*, Dalloz, 1953, págs. 18 y 19.

(administrativa general y de la organización interna del servicio público orgánico o clásico).²⁸

La potestad de dar órdenes al empresario o particular es inadmisibles, por mayoría de razón, sin texto expreso que la legitime, pues sólo es concebible en el ámbito de la relación jerárquica común (entre órganos de un mismo ente) y no entre entes, sobre todo si uno es privado y con derecho a un grado mínimo de autonomía, constitucional y/o legalmente garanti-

28 Ver arret *Jamart*, C. E., 7 de febrero de 1936, en relación con el poder reglamentario interno del Ministro para organizar su Despacho sin necesidad de base legal expresa (Long, Weill et Braibant, op. cit., págs. 235 a 237); y *Babin*, 4 de mayo de 1906, así como *Labonne*, 8 de agosto de 1919, ambos arrets del C.E., en lo que toca a la potestad reglamentaria autónoma en materia de policía (Long..., op. cit., págs. 158 a 161). Para una exposición lo-grada de las potestades reglamentarias sin texto legal de base en derecho francés —dentro de las cuales el autor incluye la de los colegios administrativos para darse su organización y régimen de funcionamiento propios— véase Jean Claude Douence, *Recherches sur le Pouvoir Reglementaire de L'Administration*, L. G. D. J. 1968, págs. 378 a 386. La constitución de 1958 ha introducido —como bien se sabe— un sistema totalmente distinto al de las anteriores constituciones francesas en punto a las relaciones entre ley y reglamento, mediante un distribución de las competencias normativas entre ambos actos por razón de la materia. Es decir: la Constitución de 1958 ha creado —lo que antes no existía— una reserva de reglamento o del reglamento que no puede invadir el Parlamento y dentro de la cual las normas reglamentarias no están sujetas a la ley, sino sólo a los principios generales del derecho o a las directrices sentadas por el Parlamento; ver al respecto *Andre de Laubadere*, *Traite Elementaire de Droit Administratif*, L. G. D. J., París, 3ra. edición, 1963, Tomo I, pág. 77. La innovación constitucional ha convertido la potestad reglamentaria en la fuente normativa general y normal, pues está sujeto a reglamento —sin que pueda intervenir la ley— todo aquello que no esté asignado a ésta, en forma taxativa y limitativa. En la materia legislativa, por otra parte, hay una que le pertenece plenamente y sin límites al Parlamento (libertades públicas) y otra en la que sólo puede dictar principios generales, porque en lo restante es el reglamento el beneficiario de una reserva excluyente de la ley (propiedad, derechos reales y obligaciones). La consecuencia ha sido, sin embargo, mantener reservado al reglamento lo que concierne a la industria y al comercio, lo mismo que a la propiedad y a los demás derechos reales, pero dentro de principios y directrices dictados por el legislador (Art. 34 de la Constitución). Véase *George Vedel*, *Droit Administratif*, *Themis*, Presses Universitaires de France, 1975, págs. 42 y 43; y *Francine Dreyfus*, *La Liberté du Commerce et de L'Industrie*, *Berger Levrault*, *Administration Nouvelle*, 1973, págs. 135 a 138, donde se da cuenta de que la libertad de empresa ha quedado ubicada en el campo material del reglamento autónomo (art. 34), pero siempre sometida a principios o bases dados por ley.

Aparentemente en contra de *Laubadere*, op. cit., Tomo III, págs. 475 a 477, donde el autor sostiene la tesis de que, por ser libertades públicas, la industria y el comercio están reservados a la ley, con exclusión del reglamento; pero el mismo autor da cuenta de las excepciones introducidas (materia de policía general, delegaciones legislativas, precios oficiales y, sobre todo, régimen legal de autorizaciones —*autorisation* o *agrement*— que habilita a la Administración Pública para dictar reglamentos de amplio alcance, sobre todo en la última hipótesis), que son tan extensas y generales como para hacer dudar de la tesis sostenida. La realidad normativa deja ver claramente que, en Francia, es el reglamento la principal fuente de regulación y limitación de la propiedad y de la libertad económica, dentro de un marco de principios construido por el legislador.

zado, lo que —como se vio— hace de su libertad la regla y de su inhibición u obediencia debidas (frente a otros entes) la excepción. Sólo podría pensarse en potestades estatales de tutela administrativa, como las usuales entre el Estado y otros entes públicos menores, y aun entonces habría que tomar en cuenta la naturaleza sustancialmente originaria y autónoma, frente al Estado, de la existencia y libertad del individuo o de las personas colectivas privadas (sociedades, asociaciones, cooperativas, sindicatos, etc.) que éste último crea a su orden y servicio, que exigen siempre un campo de acción y de respeto mayor que el reconocido a favor de cualquier otro ente u organismo público y, concretamente, ley de base de la respectiva potestad, que claramente autorice el contralor en cuestión.²⁹

La potestad normativa para crear contralores administrativos de tipo preventivo (como las autorizaciones, que son los más eficaces para la regulación del servicio público en tanto que actividad también privada) está reservada a la ley formal, por todo lo dicho, con exclusión de reglamentos y de actos individuales autónomos, inaceptables como instrumentos de regulación en materia de libertades públicas y, concretamente, de actividades económicas del particular.³⁰

En síntesis: en la jurisprudencia y doctrinas francesas pareciera insinuarse que, pese a la creación jurisprudencial y doctrinaria de la función y del servicio público "virtuales", identificados y detectados por los índices antes elencados (potestades públicas expresas como síntomas del carácter público de la actividad privada en su conjunto, financiación y/o contralores estatales intensos o, simplemente, evidencia directa del interés público) no hay, fuera del reconocimiento ocasional de situaciones especiales

29 Ver Demichel, op. cit., Tomo II, págs. 415 y 416.

30 Ver arret Daudignac, C. E. 22 de junio de 1951, caso del fotógrafo ambulante, cuya profesión se sujetó reglamentariamente y sin base legal a autorización preventiva con numerosas cargas y sanciones, lo que, según el fallo anulatorio, es ilegítimo, en virtud de la libertad de comercio que otorga el derecho irrestricto a cualquier ocupación mientras no haya ley que disponga lo contrario; el fallo ha sido reafirmado por el arret C. E. Societe Generale des Travaux Cinematographiques, 29 de julio de 1953 (Long, Weil et Braibant, op. cit., págs. 361 a 363). La doctrina está conforme: ver Jean Rivero, Les Libertes Publiques, Tomo I, Presses Universitaires de France, 1973, págs. 189 a 192; George Burdeau, Les Libertes Publiques, L. G. D. J., París, 1972, págs. 428 y 429; Francine Dreyfus, op. cit., p. 66; Bernard Chenot, L. Organisation Economique de l'Etat, Dalloz, 1965, págs. 71 y 72 y Pierrette Rongere, Le Procédé de L'Acte Type, L. S. D. J., 1968, pág. 203. Esta última autora indica claramente, sin embargo, que siempre que haya un beneficio a obtener de la Administración Pública para la explotación de una actividad industrial o mercantil, que no sea de derecho común, la Administración Pública podrá sujetar su concesión a las regulaciones y condiciones actuales y futuras que crea pertinentes (siempre con respecto del principio de igualdad), y que bastará al efecto el silencio e, incluso, la ambigüedad de la ley para habilitar a la Administración Pública tal potestad reglamentaria inherente a toda ayuda o subvención administrativa. Este planteo revela la ambivalencia de la doctrina del servicio público "virtual" y de las "actividades privadas de interés público" en Francia, de lo que diremos más extensamente casi de inmediato.

de derecho público (como las que corresponden a los fallos mencionados), un régimen jurídico de la misma naturaleza pública, uniforme, completo y definido, que permita saber exactamente los posibles alcances de esta calificación jurídica y si, efectivamente, el Estado goza, con ella o por ella, de las potestades necesarias para garantizar que el particular dé efectiva vigencia en su empresa a aquellos principios esenciales y mínimos del servicio público, con todo el tratamiento jurídico exorbitante o distinto y propio de esas potestades en la hipótesis del servicio público clásico u orgánico.

iii) ~~Los peligros del principio del servicio público "virtual".~~

La doctrina y la jurisprudencia del servicio público "virtual" ofrecen, pese a lo dicho, un principio larvado de solución autoritaria al problema que explica el reconocimiento de la figura, que no es otro que la necesidad de dirigir administrativamente sectores socialmente sensibles de la iniciativa privada, sin intervención de la ley. Hay cierto consenso entre los autores que intentan una explicación —y no un rechazo— de la jurisprudencia citada en reputar como índice distintivo más importante del servicio público "virtual" la presencia de un interés público connatural a una actividad privada, del que también es portadora la Administración Pública, a tal grado notorio y relevante que hace intuible sin más y genera por sí, sin recurrir a la ley, las consiguientes potestades de aquella necesarias para garantizar el logro del fin público conexo, a discreción de ella. En este orden de ideas puede reputarse pública, para iniciar su regulación como tal, con todas las intervenciones y contralores que ello importa, cualquier actividad privada de la que el Juez o la Administración opine que debe serlo, aunque no haya el menor rastro legislativo que así lo aconseje o permita.³¹ El enfoque ofrece alimento a tesis eventualmente incompatibles con los principios fundamentales de un Estado de Derecho, a veces de

31 Demichel, op. cit. Tomo II, pág. 676: "no solamente puede el legislador establecer un control sobre las actividades que considera como de servicio público, sino que la jurisprudencia estima que, aunque no haya texto de base, si no hay duda sobre la naturaleza (pública) de una actividad, la autoridad administrativa tiene la posibilidad, fuera de toda habilitación legislativa, de establecer un control sobre los servicios públicos "virtuales" y un control de pleno derecho sobre los contratos administrativos". La afirmación del autor descubre que así como la presencia del control estatal sobre la actividad privada, a texto expreso, sirve de indicio de la existencia de un servicio público "virtual" para aplicarle el régimen de tal; ocurre, a la inversa, que para aplicar tal régimen y aun en la ausencia de un indicio que lo permita —como el control positivamente autorizado antes referido— la alegada e invocada presencia de un interés público patente en la actividad privada cumple igual función y sirve, precisamente, para justificar la aplicación de contralores y la existencia de potestades de vigilancia, disciplina, regulación y dirección, no previstas por ley ni por acto administrativo fundado en ella.

origen extraño a Francia. Según italianos y alemanes se crea, por virtud de la presencia del interés público en la actividad privada, o de alguno de los otros índices de su naturaleza pública y a exclusivo juicio de la Administración, lo que suele llamarse una relación de supremacía especial con el individuo o empresario, que da origen de inmediato a un ordenamiento también especial y distinto del estatal, dentro del cual hay un sujeto público titular de potestades de regulación, dirección y contralor de la empresa privada o del individuo, que no se rigen por el principio de legalidad propio del ordenamiento general del Estado y que están justificadas única y exclusivamente por las necesidades de actuación que impone la realiza-

Esto lo reconoce la más nueva doctrina francesa, para lo cual ver J. M. Aubry y R. Ducos-Ader, op. cit., Tomo I, pág. 33, donde los autores dicen: "El régimen de servicio público aparece, ante todo, como la causa de calificación del servicio público como tal. En efecto, el Juez, para determinar si una actividad constituye un servicio público, puede encontrar indicios de apoyo en las reglas aplicables a este servicio, principalmente en los textos escritos de las mismas... En este sentido, por consecuencia, la técnica se invierte; es la consideración de un régimen expreso la que sirve para determinar la cualidad o calidad del servicio público. La consideración del régimen no es únicamente la causa determinante de la calificación del servicio como público: puede ser también la causa final. El juez califica una actividad como servicio público para someterla al régimen de tal. Es éste, parece, el mecanismo intelectual empleado a propósito de la jurisprudencia sobre el servicio público "virtual"... Así la actividad de un particular que da alojamiento a los refugiados soviéticos ha sido declarada servicio público para que le sea aplicado un régimen de derecho público... La generalidad de la aplicación de estos principios (los fundamentales del servicio público), ha sido sentada por la jurisprudencia y principalmente en la hipótesis de que el servicio público sea prestado por una persona privada: se ve entonces a la autoridad administrativa utilizar sus poderes para imponer el respeto de los mismos en el campo propio de la actividad de servicio público de la empresa privada". Véase, además, Pierrette Rongere, op. cit. págs. 208 y 210.

La explicación no puede ser más clara y revela que la idea del servicio público "virtual" depende, en último término, de la voluntad de la Administración y/o del Juez, con independencia de la ley. No se trata, según ello, de complementar o ejecutar la voluntad de ésta última, sino de satisfacer necesidades sociales a través de la intervención de la Administración Pública, donde aquella no se lo permite expresamente. La doctrina del servicio público virtual es la técnica empleada por la justicia administrativa de Francia para convertir en públicas actividades que, según la ley, son privadas y nada más que privadas, cuando este tratamiento legal se halla desfasado de la realidad socio-económica, que indica y exige lo contrario. Desde este ángulo la doctrina es claramente una peligrosa excepción tanto al principio de legalidad como al de reserva de ley en materia de libertades públicas y alimenta una tendencia contradictoria dentro del sistema humanista del Estado de Derecho que, al convertirse en social, ha tenido que debilitar las garantías del individuo y de sus empresas en beneficio de la colectividad y de las prerrogativas de la Administración Pública moderna, necesarias para producir igualdad de oportunidades y para —con ese fin— desarrollar económicamente la sociedad y distribuir mejor el ingreso. Para una certera crítica reciente véase Pierre Livet, L'Autorisation Administrative Preamble et les Libertés Publiques, L. G. D. J., 1974, págs. 170 y 171; un claro repudio de la doctrina del servicio público "virtual" se da, nada menos, que en Rivero, op. cit., pág. 411, aunque contradictoriamente parece aceptarla en pág. 415 (sext. edición, 1973).

ción del fin público que aquel sujeto persigue.³² La situación del particular o empresario privado se hace similar —cuando no equiparable— a la de un ente público instrumental, al servicio del Estado, para el cumplimiento de fines que son del Estado.³³

Y precisamente lo que hace reconocible con mayor fuerza el carácter intrínsecamente público de la actividad privada en tal posición es la existencia de obligaciones positivas del particular (de hacer o de dar) orientadas a fines públicos y de cumplimiento controlado por la Administración Pública, para coordinar o subordinar el particular a los programas de gobierno, de los cuales —por esa vía— aquél resulta colaborador o cogestor.³⁴ Todo desemboca en la idea de que el servicio público "virtual" sólo es verdaderamente tal si funciona con miras a cumplir cabalmente aquellas cuatro fundamentales reglas del servicio público clásico: eficiencia, trato igualitario del usuario, continuidad en la prestación y adaptabilidad jurídica a los cambios necesarios en la prestación.³⁵

Si en un ordenamiento la Administración Pública intuye la necesidad de observar tales principios en cualquier actividad privada, sea por su importancia socio-económica, sea por los indicios de publicidad que presenta su fragmentario régimen jurídico escrito, entonces se dará verdaderamente —según esta doctrina— una hipótesis de servicio público disfrazado y como tal deberá tratarse jurídicamente. A partir de ese instante, dada la coincidencia de intereses entre empresa y Estado, la Administración Pública tendrá que vincularse a la respectiva prestación y vincular al empresario a los planes de gestión que encuentre mejores para garantizar la satis-

32 El fenómeno de los ordenamientos parciales, con principios propios, como parte de otro ordenamiento más amplio (en el caso, el del Estado) ante el que son irrelevantes si el último no les ha dado expreso reconocimiento, fue sistematizado primeramente por Santi Romano, L'Ordinamento Giuridico, Edición Sansoni, Firenze, 1962, págs. 197 y 198, así como págs. 217 a 223, especialmente de la 220 en adelante, fenómeno después desarrollado con énfasis sobre la particularidad de los principios generales del orden parcial en relación con los del estatal, más que sobre su carácter derivado y no soberano (como lo es en el aceptable enfoque de Romano), por lo que se defiende la no vigencia en aquél de una serie de principios fundamentales, como el de legalidad, reserva de ley, inderogabilidad singular del reglamento, libertades públicas y de empresa, etc., lo cual es no sólo inadmisibles sino infundado, en cuanto —si el ordenamiento parcial es derivado del estatal— aquél está y tiene que estar sujeto y adaptado a los principios esenciales de este. Véase, para documentar el enfoque erróneo que se combate, Alessandro María Offidani, Studi sull'Ordinamento Giuridico Speciale, Giapichelli, Torino, 1953, págs. 16 a 21 y, sobre todo, 202; y también Mazzarioli, op. cit. págs. 70 a 77, especialmente 70 a 72. Para la posición crítica que aceptamos, véase Vittorio Bachelet, Disciplina Militare e Ordinamento Giuridico Statale, Giuffrè, 1962, págs. 33, 38 a 44, especialmente 39 y 40.

33 La noción de ente instrumental es polémica, pero las tesis sobre su esencia coinciden todas en reconocerlo como ente al servicio de fines del Estado, no propios, como se verá.

34 Buttgenbach, op. cit. págs. 398 y 399; Burdeau, op. cit. págs. 431 y 432; y Demichel, op. cit., Tomo II, pág. 681.

35 Demichel, op. cit., Tomo II, pág. 682 a 685.

facción del interés público envuelto. De este modo, sin esperarlo ni saberlo, el empresario puede quedar reducido a empleado público.³⁶

iv) La indeterminación de la regulación administrativa.

Luce ahora la importancia de las distinciones hechas, en cuanto una de las formas —y la más importante por su frecuencia— de crear un servicio público virtual es precisamente el autorizarlo, sujetando a la empresa privada en la autorización y su texto a potestades administrativas de regulación, ordenación, contralor y dirección, como si efectivamente se tratara de servicio público. Queda bien claro, después de ello, que la autorización discrecional de tipo programático que se sirve de la iniciativa privada y de sus móviles de lucro para lograr a través de ellos un fin de interés público (para lo cual dispone de amplio margen de discrecionalidad en punto a las condiciones, deberes y limitaciones sucesivas que impondrá al empresario o propietario) es un medio para sujetar al ente privado a un orden de sector y, en el mejor de los casos para él, a una relación personal y durable con la Administración Pública (que nunca ha sido buena amiga), dentro de la cual el empresario mantendrá siempre una posición de subordinación no sólo a controles y sanciones (lo que es un mínimo), sino también a regulaciones generales, órdenes concretas y a directrices, con potestad de la Administración interesada hasta para reformar o sustituir su conducta (del empresario) cuando él no las acepte o contrarie el derecho y el plan del Estado, o el orden interno dictado por el órgano de autorización o por el centro supremo del orden sectorial.

La nota más grave de la subordinación del empresario o propietario frente a la Administración, dentro de este tipo de situación jurídica, es el hecho de que él quedará vinculado, sin poder hacer nada para evitarlo, por las obli-

36 Marcel Waline, citado por Demichel (op. cit., Tomo II, pág. 433), resume inmejorablemente el cuadro de las libertades públicas económicas ante la doctrina del servicio público "virtual" cuando dice: "Esta jurisprudencia es infinitamente inquietante para las libertades públicas, porque no importa cuál actividad considerada hasta ahora como ejercicio de la libertad de comercio y de industria podrá ser reputada mañana como la gestión de un servicio público: hasta ahora se requería que el legislador lo dijera y esto daba una relativa seguridad a comerciantes e industriales. En adelante, bastará con que la Administración estime que el interés público exige que tal actividad profesional sea tratada como servicio público y que el Consejo de Estado piense lo mismo en la vía contenciosa, para que la libertad de comercio desaparezca en un determinado orden de actividades. Aún más: como la decisión del Consejo será "declarativa", el reclamante vendrá a saber que, desde largos años, él gestionaba un servicio público sin saberlo y estaba sujeto a obligaciones que él ignoraba".

Rivero, op. cit., pág. 411, dice despectivamente: "es esta ampliación (del campo del servicio público clásico) lo que suele llamarse "servicio público virtual". Se entiende por tal toda actividad vinculada al interés general, que es susceptible de verse sujeta, caso de falla de la iniciativa privada, a ciertos elementos del régimen del servicio público. Es claramente evidente que una tal noción, puramente subjetiva, es demasiado vaga y muy arbitraria para ameritar el reconocimiento de algún valor jurídico.

gaciones de toda índole (de hacer o de dar, tanto como de no hacer o de soportar) que aquella le imponga por norma o acto relativo a su giro empresarial, a modo de precio por su acceso a un sector de actividad social o políticamente sensibilizado como de interés público.³⁷

37 Giannini, op. cit., Tomo II, págs. 165 y 166: "Hay actividades empresariales que presentan aspectos de interés público, como el crédito, los transportes, los estacionamientos, la producción de gas, las cuales se reputa que no deben abandonarse a la iniciativa privada... "en los casos de mayor importancia las explotan los empresarios privados, pero sometidos a intensos contralores, en cuanto son obligatoriamente agrupados en "ordenamientos sectoriales"... "jurídicamente, los ordenamientos sectoriales están formados por empresarios dedicados a una misma actividad, quienes para desarrollarla requieren de un acto administrativo inicial, que las normas configuran o como autorización o como concesión. Mediante dicha providencia son introducidos en un ordenamiento, cuya organización está constituida por órganos del Estado (o por un ente especialmente sometido a él). Dichos órganos tienen poderes normativos internos... poderes de dirección y de dar órdenes... poderes de contralor, preventivos y represivos. En el ejercicio de sus poderes normativos y de dirección, los órganos directores del ordenamiento actúan de acuerdo con programas o políticas generales, o autónomos, o coordinados a otros planes generales, o incorporados a éstos últimos... (Diritto Amministrativo, Tomo I, pág. 165)... "Los órganos directores del ordenamiento tienen poderes de contralor muy amplios y pueden adoptar medidas preventivas y represivas por la violación de las normas del Estado o de las normas internas, o de las directrices y de las órdenes que han dictado. Las medidas preventivas consisten en órdenes al empresario de hacer o dejar de hacer algo (usar, sustituir, desechar máquinas, seguir o discontinuar procedimientos de administración financiera, instituir o suprimir prácticas administrativas, y así sucesivamente). Las medidas represivas son verdaderas sanciones... Puede haber (sanciones) extremas, que conllevan la cesación de la participación de la empresa en el ordenamiento especial: tal la revocatoria de los actos de admisión al mismo y, consecuentemente, la expulsión de dicho ordenamiento, la puesta en liquidación de la empresa, su refundición con otras, su transformación obligatoria, etc." (pág. 166).

Lo cual es confirmado por otro estudioso de este tipo de autorizaciones y de los servicios públicos "virtudes" o "impropios", el autor Gustavo Vignochi, quien describe un ordenamiento sectorial como sigue: (Aspetti Pubblici del Servizio del Credito, Studi in Memoria di Guido Zanobini, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1965, págs. 605 a 607):

"Es sobre todo en relación con los servicios públicos prestados por entes o instituciones privados o, como se prefiera, en relación con servicios de interés público, que se realiza el fenómeno del condicionamiento, en la base, de la titularidad y del desarrollo de un servicio público, a una intervención inicial del Estado, a través de un trámite de autorización, que aunque no sea totalmente equiparable, después de lo dicho, a los actos de "concesión", de naturaleza rigurosamente constitutiva, ofrece el título legítimo suficiente para la admisión del ente en un ordenamiento sectorial (en nuestro caso el bancario). Se trata de autorización que se distingue de la común, que se dirige meramente a remover un límite para el ejercicio de poderes y de facultades, porque, a la inversa, ésta se configura como una habilitación para desarrollar funciones en las que la Administración Pública está directamente interesada... "desde que el interés que el Estado deposita en el funcionamiento de tal orden sectorial, la predeterminación programada de fines, la reglamentación taxativa de actividades y de procedimientos y las intervenciones positivas de la autoridad pública... llegan a adquirir un relieve particularmente intenso, entonces puede afirmarse que el

Esto quiere decir que la persona autorizada —o coactivamente sujeta a ese ordenamiento o a esa regulación individual de su actividad— no podrá saber nunca, en ningún momento dado, cuál será el contenido o el motivo próximo de sus obligaciones para con la Administración y para con el público. Las limitaciones podrán darse inicialmente, a modo de metas o resultados, o como delineamientos de las formas o métodos generales para conseguirlos, pero serán siempre insuficientes —en tanto que iniciales— para dar contenido a los actos y decisiones concretos que tendrá que adoptar la misma u otra autoridad para acomodar la gestión privada al interés público, a lo largo de la vida de la empresa. La razón de que se haya optado por la intervención administrativa —y no por la legislativa— para limitar la explotación inmueble o la empresa, radica en la posibilidad de adaptar mejor los reglamentos, que la ley, a la realidad cambiante, y en la de complementar la regulación administrativa con la potestad de aplicarla y de dictar órdenes concretas, todo sucesivamente y como competencia de una misma autoridad. Se parte, en otras palabras, de la impotencia en que se encuentra cualquier autoridad reguladora para preverlo todo y, más aún, para resolverlo todo por anticipado, si de aplicar las regulaciones y de complementarlas se trata. Es decisivo hacer ver que si se dictan regulaciones (en uso de potestad reglamentaria otorgada por la Constitución o por la ley que hace la delegación o prevé la autorización; o autónoma, sin tal fundamento) las mismas tendrán que aplicarse y que necesariamente los sujetos pasivos de la reglamentación —propietarios o empresarios— tendrán que recibir y obedecer órdenes concretas de aplicación; pero que, además, esas órdenes podrán ser distintas para individuos o grupos, pues la autorización que provoca el ingreso al sector es también individual y creadora, como antes se vio, de una verdadera relación jurídica individualizada entre autoridad y empresario (o propietario). Puede bien decirse que, en tal sentido, las órdenes que éste recibirá serán, por un lado, aplicación de la regulación común a todos los sujetos pasivos del sector, pero, además, formas individuales de sujeción propias de aquella relación personal con la autoridad, que resultan irrepetibles para los otros sujetos del ordenamiento. Y esto es así aún si no hay autorización de base para ingresar al sector, por ser éste de afiliación obligatoria, pues el control y el manejo de la empresa privada que busca la doctrina en examen para garantizar la obtención de los fines públicos, exigen que exista la relación personal con todos y cada uno de los miembros del sector, para acomodar cada empresa a su función social, de acuerdo con sus dimensiones y sus características individuales. Todo lo cual hace necesario que, fuera de reglamentos y de órdenes que los apliquen, haya órdenes innovadoras sin otro fundamento que la sujeción especial del empresario a la autoridad directora del sector, aunque no haya reglamento de base. El principio de legalidad —como ocurre en el ám-

acto de autorización abre al sujeto autorizado el acceso a un verdadero servicio público, que en nada es sustancialmente diverso, objetiva y formalmente, de los servicios públicos prestados por el Estado o sus entes menores, directamente o por concesión del servicio”.

bito interno de la organización administrativa— hace crisis en este tipo de ordenamiento sectorial.^{38 39}

En rigor, según se vio de la cita de Franchini, las órdenes y regulaciones futuras no se dan en uso de la potestad de autorización inicial ni pueden entenderse meramente como desarrollo o aplicación de su contenido, sino que derivan más bien de otra potestad de dirección sobre la empresa o el particular, cuya existencia supone la de aquel acto inicial de la autoridad, sin confundirse con el mismo. Se trata de potestad

38 El relajamiento del principio de legalidad en el contexto de la doctrina del servicio público “virtual” es consecuencia de su inserción en un ordenamiento parcial e interno, según el concepto del mismo ya dado, dentro del que, de acuerdo con dicho esquema, la Administración Pública se comporta frente al empresario como si éste estuviera a su servicio, por lo cual la garantía de la legalidad —ordenada a la seguridad jurídica del administrativo— desaparece por innecesaria. Demichel dice claramente: “El contralor estatal (sobre un ente privado) es de pleno derecho desde el momento en que, fuera de todo texto, la naturaleza o los caracteres de un organismo privado obligan al Poder Ejecutivo a establecer un contralor sobre este organismo o le dan, al menos, la posibilidad de hacerlo... Conviene, primero, determinar en virtud de qué principios jurídicos hay hipótesis en las que se da un contralor estatal de pleno derecho. Ocasionalmente, es la jurisprudencia la que estima que, en presencia de ciertas situaciones jurídicas, la autoridad administrativa adquiere automáticamente la potestad o el deber de someter a contralor los organismos que se hallan en tal situación. Otras veces, es el legislador mismo quien dispone que si el organismo presenta ciertas notas, el contralor será de derecho. Teóricamente, no hay ahora derogación del principio de legalidad. Pero la derogación se da siempre en la medida en que, por una parte, el legislador organiza el contralor en forma extremadamente vaga y, por otra, la Administración puede llegar a controlar a cualquier organismo a condición de ubicarlo en la situación al efecto prevista por la ley” (op. cit., Tomo II, págs. 431 y 432). Ver también Ernest Forsthoff, Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, págs. 186 y 187, donde se describe la exención del principio de legalidad de que gozan los ordenamientos parciales (frente al general del Estado) siempre en favor de la autoridad y con supresión de la libertad y de los derechos subjetivos fundamentales, aunque confinada a lo interno de la persona titular del servicio o función públicos. El autor previene enérgicamente contra el abuso estatal de tal técnica que, según explica, es de uso extensivo y atrayente en Alemania.

39 La doctrina del ordenamiento parcial es la elaboración italiana de una vieja institución alemana, la de supremacía especial, que fue primeramente esbozada por Laband y sistematizada por Otto Mayer, Derecho Administrativo Alemán, trad. española, Ediciones Arayu, Buenos Aires, 1954, Tomo IV, págs. 201 a 207, especialmente 203, y también las otras referencias citadas en nota No. 4 de la misma pág. 203. El propósito de la doctrina fue —como claramente se advirtió después, al madurar en la teoría de los ordenamientos parciales— justificar la exención del principio de legalidad y del de reserva de ley en punto a la propiedad y a la libertad privadas en contacto con la Administración Pública, por virtud de un título especial de duración que los relaciona a ambos, como bien se desprende de lo dicho por Mayer:

“La reserva constitucional establecida en favor de la libertad y de la propiedad se halla fuera de lugar en tanto sea necesario hacer ceder esta libertad y esta propiedad dentro de la casa de la Institución”... (idem, pág. 204); “sólo fuera de semejantes relaciones particulares que restringen la libertad, la reserva constitucional constituye un límite al Poder Ejecutivo; cuando ese límite desaparece, las disposiciones de la autoridad se hacen libres y obligatorias por sí mismas, *sin ley*”. (misma página).

normativa y directriz superviniente y conectada por el ordenamiento al sector, sea cual sea la forma del mismo, para adaptar y conformar, según el interés público, la conducta sucesiva del interesado a todo lo largo de su desarrollo. Lo dicho implica claramente que la ley que creó la potestad de regular y de dar órdenes puede, a lo sumo, prever y limitar el posible contenido de los reglamentos que se dictarán para el sector, nunca el de las directrices ni el de las órdenes que tendrá que impartirse, ya no para aplicarlos, sino para innovar, conformando la conducta del empresario o propietario en cada momento de su curso, según el interés público que justifica la existencia del sector.

En síntesis: las "autorizaciones programáticas", dadas con arreglo a ley, reglamento o jurisprudencia, suponen una potestad inherente o concomitante e indeterminada por contenido, de regular, dirigir y ordenar la actividad privada en cuestión, que sólo es posible en los ordenamientos que admitan delegaciones ilimitadas o indeterminadas de potestad normativa, por la Asamblea o Parlamento, en la Administración Pública, todo según la doctrina de los servicios públicos "virtuales". La tesis no es compartida por quienes, como el suscrito, sostienen la necesidad de una norma expresa, o en el peor de los casos, de una clara e inequívoca implicación en norma expresa, para la existencia de una potestad pública, sobre todo si es de índole normativa. La doctrina del servicio público "virtual", ello no obstante, es cada día más aceptada en Francia y en Europa, contra la tendencia opuesta en Latinoamérica y España. En Costa Rica la situación es fragmentaria y confusa, como veremos.

Es decir: una vez que el ciudadano o empresario entra en prolongado contacto —físico o jurídico— con la Administración y se coloca —como dice la doctrina alemana— en su esfera de poder, sea a título voluntario, sea a título forzoso (conscriptión militar, seguros sociales obligatorios, etc.) pierde automáticamente la garantía de sus libertades públicas y las otras que le dan los principios fundamentales del Estado de Derecho, que hacia lo interno del servicio público no rigen: principio de legalidad, de reserva de ley, impugnabilidad contencioso-administrativa del acto público, etc.

La corrección que la doctrina ortodoxa del Estado de Derecho puede introducir a la institución y a su teoría —parcialmente correcta— es la de que, siempre con pleno respeto para dichos principios y garantías, que son fundamentos estimativos y positivos imprescindibles del ordenamiento de un Estado, el ingreso del administrado a una relación jurídica con la Administración Pública, prolongada o localizada para su ejecución en recintos públicos del servicio correspondiente, produce automáticamente una posición de supremacía especial de la Administración envuelta, que origina a su favor potestades de vigilancia, de ordenación, dirección y disciplinarias, sobre aquel administrado, sin otra base que la ley orgánica del respectivo servicio y las complementarias de la institución. Si ni siquiera éstas existen o si éstas son más bien excluyentes o incompatibles, tampoco existirán dichas potestades inherentes e implícitas. Es preferible, a la versión alemana, la italiana, más adaptada a los tiempos y limitada en su alcance, porque siendo tales potestades expresión de un ordenamiento parcial, han de ser normas de éste, en todo caso, las que den cumplimiento dentro de aquel ámbito interno al insoslayable principio de legalidad, cuya vigencia debe ser tan plena dentro de dicho campo como la que tiene fuera de él, en el ordenamiento general del Estado; para una versión moderna de la doctrina en Alemania, nuevamente véase Ernst Fosthoff, op. cit., págs. 184 a 190, especialmente 187 a 190.

ch) Perfil y equiparación de propiedad y libertad en nuestra Constitución.

Los Arts. 45 y 46 de nuestra Constitución regulan por aparte las posibles intervenciones del Estado sobre la propiedad y la libertad de empresa, aunque éste último lo hace con texto mucho más conservador que aquél cuando regula la propiedad privada. Ello no obstante, es obvia la pertinencia para ambos derechos subjetivos del estudio que precede en cuanto a las autorizaciones y a los servicios públicos "virtuales", cuya justificación y función pueden sustentar incursiones del legislador y de la Administración Pública tanto sobre uno como sobre otro derecho, los cuales, además, no pueden estar netamente separados en la vida económica y real.

La tierra y la propiedad en general pueden ser y son instrumentos de trabajo de la empresa y, en consecuencia, sus componentes, salvo el caso de tierra vacante. Toda forma de propiedad en explotación en necesariamente una empresa y expresión y vehículo de la iniciativa privada y de la libertad de trabajo. De este modo, es posible comunicar la garantía constitucional de uno de esos derechos fundamentales al otro, para vigorizar su protección. La misma consiste, en cuanto a la propiedad, según el Art. 45, en una reserva de ley reforzada, que exige dos tercios de la totalidad de los votos de la Asamblea Legislativa para aprobar limitaciones de interés social sobre ella; y, en relación con la libertad de empresa, en la prohibición constitucional de cualesquiera actos que la amenacen o restrinjan (se supone que ilegítimamente), aun los fundados en una ley, según tajantemente lo dispone el Art. 46. Esto quiere decir que toda propiedad en explotación o toda empresa que explote una propiedad gozará simultáneamente de ambas garantías, por lo que sólo podrá limitarse su patrimonio empresarial por la ley reforzada que se dijo y, además, no podrá invadirse el campo de las potestades del empresario más allá de un núcleo intangible que le garantiza la Constitución, aun por encima de ley que diga lo contrario. Resulta claro, en efecto, que cuando el Art. 46 así lo dispone está creando un haz intangible y no regulable de libertades y de atributos del empresario para manejar su empresa, que sólo podrá limitarse o suprimirse violando la Constitución. No puede ésta última querer decir otra cosa al prohibir en forma tan rígida toda amenaza o restricción de la libertad de empresa y de trabajo, con el insólito agregado de que así será aun frente a actos fundados en la ley. Quiere decirse, en primer término, frente a actos fundados en la ley, porque ésta ha dado la respectiva potestad a la Administración Pública, pero dictados con abuso ilegal del servidor público al ejercerla; se prohíbe, en otras palabras, el ejercicio ilegal de potestades legales y, natural e implícitamente, el actuar sin éstas del todo. Pero no se permite tampoco que el legislador tenga poderes ilimitados frente a las libertades de empresa y de trabajo, y, consiguientemente, el Art. 46 tiene por específica función la de prohibir, en segundo término, potestades legales de un cierto tipo y, concretamente, aquellas que por su alcance y contenido produzcan efectos jurídicos destructores de o incompatibles con

una verdadera y productiva libertad de empresa. Todo lo demás del párrafo primero del Art. 46 saldría sobrando y estaría de todos modos expresado o implícito en el ordenamiento, por razones de lógica jurídica o de principios generales del derecho público, pues no hay que prohibir el ejercicio ilegal de potestades públicas para que éste sea ilegal, como tampoco exigir la existencia de una potestad legal para que se tenga por cumplido y observado el principio de legalidad, que ya exige lo mismo a nivel precisamente de principio, sin necesidad de norma escrita que lo repita. El específico sentido de dicho primer párrafo del Art. 46 es entonces prohibir también —y no puede ser otro— que la ley cree potestades de la Administración Pública incompatibles con un núcleo irreductible de derechos, atributos y facultades del ciudadano cuando quiere emprender o trabajar, sin el cual o con la disminución del cual esa libertad cesa y muere. La expresión (se prohíbe cualquier acto que amenace o restrinja la libertad de comercio, industria y agricultura) "*aunque fuere originado en una ley*", alude propia y específicamente a la ley inconstitucional, por violatoria de aquel irreductible núcleo de la libertad económica, al autorizar potestades administrativas que lo violan. Y este núcleo es el meollo de la respectiva garantía, sin el cual la misma no existiría. Lo que el párrafo primero del Art. 46 establece, según lo dicho, es algo que sólo la Constitución podría decir y que, de no haberse dicho, dejaría en el aire y con existencia puramente nominal la indicada libertad, cuando se trata de definir su posición respecto a/o frente a la Asamblea Legislativa.⁴⁰ Veremos de inmediato que la tesis de la jurisprudencia constitucional nuestra es totalmente opuesta a este enfoque, que, pese a ello, sostenemos como el único posible, con vista de la letra y del espíritu del Art. 46.

40 García de Enterría, Curso..., Tomo I, págs. 286, hace consistir en esta dureza interior del derecho subjetivo público lo que es propiamente la esencia y el objeto de la garantía constitucional correspondiente. En una primeriza obra, "Los principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, págs. 22 y 23, el mismo autor pareciera alinearse contra la tesis de un núcleo esencial de potestades y facultades como contenido interno del derecho de propiedad, con lo que —por mayoría de razón— su posición llegaría a ser la misma en relación con el de libertad económica. En fecha mucho más reciente, Ramón Martín Mateo, La Determinación del Contenido de la Propiedad Inmobiliaria, en Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX (20), Tomo V, págs. 188 a 190, sostiene parecida tesis. Mateo dice: "Surge así el que denominamos *concepto estatutario de la propiedad*, en cuanto que los derechos y obligaciones de los propietarios están determinados, circunscritos y definidos a partir de una serie concatenada de decisiones políticas" (Op. cit., págs. 180 y 190). García de Enterría cita por su parte, al sociólogo Theodore Geiger, quien dice: "El derecho de propiedad no es dado como un "a priori"...". La ordenación jurídica positiva no preserva una relación de propiedad ya existente, sino que la crea y le infunde una forma diferente, condicionada por lugar y tiempo". (Op. cit., pág. 23).

En efecto: aunque es improcedente invocar como fuente única o principal de interpretación de un texto legal la voluntad real de sus autores, es legítimo hacerlo —en falta de otras fuentes materiales, como ocurre en este caso con los Arts. 45 y 46, todavía ayunos de doctrina nacional esclarecedora— cuando se la reputa como un mero elemento de juicio, no decisivo pero sí conducente, a la par de otros (como el texto mismo de la norma), para descubrir el sentido de esta última.^{40bis} Y si miramos a ese trasfondo histórico destaca claramente la actitud conservadora y nada desconfiada de los constituyentes frente a la libertad de empresa. Lo que les preocupó no fue ésta, sino todo lo contrario, los monopolios, coherentes en ello con la línea manchesteriana de pensamiento que predominó en las votaciones y en el texto final, no sólo de este artículo, sino de toda la Carta. Resulta inútil hacer citas extensas de las actas respectivas (números 101 y 105, visibles a folios 438 y siguientes, Tomo II, de la compilación hecha por Mario Alberto Jiménez, Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1955), porque nada se habló de los límites de la libertad de empresa y todo el debate se centró en el tema de los monopolios, más bien para arbitrar medidas que los impidieran en beneficio de aquella, sin que hubiera una sola voz que se levantara para exigir regulaciones contra el minifundio o la miniempresa ni, menos todavía, a favor de una programación, regulación o contralor públicos de la iniciativa privada, para coordinarla con o subordinarla al interés público. En tanto que el Art. 45 contempla la posibilidad de limitaciones a la propiedad por razones de

No creemos discrepar de tal enfoque cuando decimos que ambos derechos —el de libertad y el de propiedad— tienen un núcleo irreductible de posibilidades de acción, cuyo retaceo por ley resulta, por ello mismo, inconstitucional. En efecto: irreductibilidad no significa inmutabilidad, con lo que se acepta el cambio en el contenido del derecho, bajo la presión de las nuevas necesidades sociales, y aun la disminución de ese contenido en contra del propietario o empresario. Ocurre, sin embargo, que por ser ambos derechos de rango constitucional —como necesariamente lo son por afectar críticamente el poder económico-social, para lo cual ver igualmente García de Enterría, op. cit., págs. 22 y 23 ab initio— y ello, sobre todo, en sistemas como el nuestro, a Constitución rígida, su contenido también es constitucional e intangible para el legislador ordinario, mientras no se haya operado un cambio en la Constitución material, formada por creencias y valoraciones ambientales, que justifique una reforma de la Constitución formal, o un cambio jurisprudencial que opere igual transformación como reflejo del primero. Es evidente, en virtud del principio de identidad, que las normas de rango constitucional —como toda norma— tienen siempre un contenido dado y determinado o determinable, en el espacio y en el tiempo; y lo es también que no pueden tener simultáneamente uno y otro distinto, esto último por el principio de contradicción. Ese contenido constitucional es siempre superior a la ley común, mientras no deje de existir, sustituido por otro. El cambio puede ser directamente jurisprudencial y no constitutivo pero sólo estará justificado, en tal hipótesis, si corresponde a un cambio socio-económico y estimativo, que justifique la nueva jurisprudencia; caso opuesto, ésta sería una forma de arbitrariedad judicial y una abierta violación de la Constitución nacional.

40 bis Enrique Haba, Esquemas Metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito, Universidad Central Venezolana, Caracas, 1972, págs. 38 y 39.

interés social, nada parecido se dice —sino más bien todo lo contrario, como ya vimos— respecto de la libertad de empresa.

La explicación puede ser histórica: en tanto no había industria en 1949, o era primitiva e incipiente, existían ya desde entonces cultivos agrícolas, ricos y casi centenarios, principalmente los del banano (en mano de un monopolio extranjero desde 75 años atrás) y del café (controlado también por el propietario costarricense de gran envergadura desde hacía ya más de un siglo), con todas las inconveniencias del latifundio y del monocultivo para la economía nacional.

Lo de las limitaciones sociales a la propiedad privada, por otra parte, había sido agregado al Art. 29 de la Constitución de 1871 desde el 7 de julio de 1943, por la Administración de Rafael Angel Calderón Guardia, que fue extraordinariamente sensible a los problemas sociales y económicos del país, y tal y como estaba la norma desde antes de la nueva Constituyente así fue aprobada, sin que en 1949 nadie ensayara una toma de posición ideológica al respecto, en el debate de dicho Art. 45. El constituyente conservador de 1949 aceptó sin reservas la herencia intervencionista que le dejara Calderón Guardia en materia de propiedad privada, más por necesidad histórica que por convicción ideológica, y, contradictoriamente con aquella pero coherentemente con su filosofía, consagró una garantía extrema de la libertad de empresa. De este modo, la empresa viene protegida en Costa Rica, en la medida en que es propietaria de su capital (fijo y/o circulante, mobiliario y/o inmobiliario) por la doble garantía de que no podrá aprobarse ley que limite esa propiedad sino para fines sociales y por la mayoría calificada que exige el Art. 45, y esto —en segundo término— nunca más allá de un núcleo de poderes, no constitucionalmente definido, pero definible caso por caso, a modo de concepto jurídico indeterminado,⁴¹ respecto del cual nada puede disponer el legislador —y menos la Administración— que disminuya o suprima todos o algunos de esos derechos irreductibles, por expresa prohibición del Art. 46. Así éste, fiel reflejo de la preocupación liberal y abstencionista del Constituyente, después de consagrar aquella casi irrestricta y radical libertad de empresa en su párrafo primero, se limitó a afirmar en los siguientes:

“Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora”.

41 Eduardo García de Enterría, La Lucha contra Las Inmunidades del Poder, Cuadernos Civitas, 1974, págs. 32 a 42, especialmente 35 a 37, y Fernando Sáenz Moreno, Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa, Editorial Civitas, 1976, págs. 335 a 357, especialmente pág. 347 a 357; véase en contra de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados como excluyentes de la discrecionalidad, Manuel Martín González, “El Grado de Determinación Legal de los Conceptos Jurídicos”, Revista Administración Pública N° 54, Instituto de Estudios Políticos, 1967, págs. 197 y siguientes, donde el autor demuestra la posibilidad de que tales conceptos sean fuente de discrecionalidad cuando son alusivos a un valor, y no a una regla lógica, empírica o científica; y en sentido similar, Forsthoff, op. cit., págs. 130 a 138, especialmente 132 a 136.

“Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial”.

Es evidente la cristalización de una concepción liberal y abstencionista, clásica y hoy caduca, de la relación entre Estado y sociedad, entre Estado y economía, según la cual las intervenciones estatales parecieran permitidas sólo en alguno de estos casos:

a) eliminación de monopolios de hecho privados; b) suplencia de la iniciativa privada, mediante la explotación de actividades no tocadas por ésta; c) corrección de disfunciones de la empresa privada, en cuanto a cantidad, calidad y abastecimiento del mercado, y en cuanto al ritmo de desarrollo de un sector.

Pareciera prohibida, en un régimen así regulado, la intervención conformadora por parte de la Administración Pública, para servirse del particular, sea como colaborador, sea como empresario, en la realización de programas y planes oficiales, para fines que son del Estado y para toda la comunidad o parte importante de ella, en primer término, aunque sean también del individuo.⁴² A estas garantías ha de agregarse, aquí como en todo Estado de Derecho, las procuradas adicionalmente por dos fundamentales principios del ordenamiento propio de ese Estado, que son los de libertad (ya no sólo económica, sino general) y de legalidad.

El principio de libertad está nítidamente consagrado por el Art. 28 de nuestra Constitución:

“Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones, ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley”.

Basta, según ello, con que no haya prohibición jurídica para que la conducta privada sea legítima y admisible, sin sanción ni obstáculos legales. Es decir: todo lo no prohibido o, más bien, todo aquello lógicamente posible según tales prohibiciones, porque no es objeto de ellas en tanto que juicios normativos, está jurídicamente permitido.⁴³

42 Mariano Baena del Alcázar, Régimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía, Ed. Tecnos, Madrid, 1966, pág. 78; Pasquale Saraceno, El Fin del Beneficio en las Empresas Públicas de Producción, obra colectiva “La Empresa Pública”, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1970, primer volumen, pág. 360; y también Ugo Papi, La Función del Estado en las Economías Mixtas, misma obra colectiva, Vol. I, pág. 27. Véase igualmente Claude-Albert Colliard, Les Libertés Publiques, Dalloz, 1968, París, pág. 672.

43 Alberto Ramón Real, El Estado de Derecho, Apartado del Libro en Memoria de Eduardo J. Couture, ahora en compilación de varios artículos del mismo autor bajo el título: “Estado de Derecho y Humanismo Personalista”, Fundación Cultural Universitaria, 1974”, Montevideo, págs. 149 y 150, así como del mismo autor: “Los Principios Generales de Derecho en el Derecho Administrativo” op. cit., pág. 183.

El principio de libertad será, entonces, la regla general de las relaciones entre Administración y administrado, en el sentido de que aquella sólo podrá actuar contra éste o reservarse potestades exclusivas, cuando una norma se lo autorice, sin lo cual el particular podrá hacer lo que quiera en uso de su libertad; y es ésta la formulación del principio de legalidad, correlativo del anterior, correlación necesaria para evitar una contradicción normativa y práctica al mismo tiempo entre autoridad y libertad, y entre ambos principios. El de legalidad se halla netamente formulado por el Art. 11 de nuestra Carta:

Art. 11: Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes...

Esta norma, al prohibir a la autoridad la arrogación de poderes que la ley no le da, le permite actuar únicamente cuando se los dé.

La libertad, en otras palabras, es la regla, y lo que es libre no requiere autorización; la restricción y la potestad pública son la excepción, y requieren una norma de base, lo que automáticamente significa que su interpretación deberá ser literal y restringida, y que, en la duda, habrá de resolverse a favor de la libertad.⁴⁴ La norma de base para el otorgamiento de una potestad administrativa no ha de ser cualquiera, sino una ley formal (de la Asamblea Legislativa), y únicamente podrá ser otra inferior a título de ejecución o desarrollo de la ley, nunca en lugar de ella (hipótesis de los reglamentos ejecutivos y delegados).⁴⁵ Mucho se discute si la norma que crea la potestad administrativa ha de ser literal y expresa y la doctrina, antes más flexible, se inclina claramente por la afirmativa, sosteniendo que sólo a base de texto expreso de ley o, en todo caso, de una implicación clara e inequívoca de un

texto legislativo escrito puede reputarse apoderada la Administración para actuar sobre la esfera jurídica del particular.⁴⁶ Es decir: no hay potestades de imperio fundadas en costumbres ni en principios generales no escritos, con excepciones muy calificadas, que existen en los hechos

46 Gustavo Vignochi, Saggio di una Teoria delle Limitazioni Amministrative nel Quadro del Diritto Pubblico, Zanichelli, Editore Bologna, 1953, págs. 49: "Las libertades de un ciudadano no pueden, en ningún caso, ser disminuidas sino en los casos y modos previstos por las leyes. De lo que es deducible no ser hoy más suficiente una genérica atribución de funciones, por el legislador, a las autoridades del Poder Ejecutivo o de las entidades públicas menores en general para que se entienda aceptable la intervención de las mismas en el campo de las libertades privadas, sino más bien que es necesario, con ese fin, la existencia de un explícito precepto legislativo, de orden no solamente procedimental, sino también sustantivo, que confine a límites precisos la esfera de acción de la Administración". Esto es claramente reafirmado por Agustín Grodillo, op. cit., Tomo II, págs. 25 y 26, quien dice: "Aceptada, como se hace ahora, la noción de policía, se tienen en la práctica del derecho administrativo tres principios: a) ... b) ... c). "La administración podría actuar, aunque la ley no la autorizara en forma expresa o razonable implícita, si ejerce el poder de policía que en general le corresponde por el orden jurídico..." "Hemos demostrado que la tercera hipótesis es falsa: que el orden jurídico no confiere a la Administración ningún poder de policía genérico o indeterminado que la autorice a actuar en ausencia de ley; ~~suprimimos por lo tanto esa posibilidad, y decimos categóricamente que la Administración sólo puede actuar avanzando sobre la esfera jurídica individual cuando una ley la autoriza, en forma reglada o discrecional, a hacerlo. El lector advertirá al punto que esto es precisamente el principio de legalidad de la administración, generalizado en todas las obras modernas sobre la materia, que exponen como técnica jurídica del derecho administrativo el criterio de que la Administración no puede actuar sin una fundamentación legal".~~

García de Enterría, Curso..., Tomo I, págs. 284, 285, 287 y 288 donde el autor dice claramente: "La atribución de potestades de la Administración tiene que ser, en primer término, expresa. La exigencia de una explicitud en la atribución legal no es más que una consecuencia del sentido general del principio, que requiere un otorgamiento positivo sin el cual la Administración no puede actuar; lege silente, la Administración carece de poderes, pues no tiene otros que los que la ley le atribuye".

El autor explica después la posibilidad de admitir poderes implícitos o inherentes, no expresamente atribuidos, diciendo: "Ahora bien, esta exigencia debe ser matizada con la doctrina de los poderes inherentes o implícitos que, por excepción, pueden inferirse por interpretación de las normas, más que sobre su texto directo" ... "son, en definitiva, poderes efectivamente atribuidos a la Administración por el ordenamiento, aunque no por el componente escrito del mismo".

Esto significa, simplificándolo, que las potestades de la Administración han de ser normalmente expresas, e implícitas sólo si se pueden inferir de normas escritas, como "poderes concomitantes de tales otros o de tal posición, o, incluso, como filiales o derivados de los mismos (poderes incluidos en otros o derivados)" (ibidem, pág. 285).

En igual sentido Antonio Moles Caubet, El Principio de Legalidad y sus Implicaciones, Curso de Perfeccionamiento, 1971-1972, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, pág. 78 (sin año de edición).

44 Cino Vitta, Diritto Administrativo, UTET, Torino, 1954, tomo I, págs. 49 y 90; Benoit Jeanneau, Les Principes Generaux de Droit dans la Jurisprudence Administrative, Recueil Sirey, 1954, París, págs. 41 a 43.

45 Pierre Livet, op. cit., págs. 161 y 162; Ernst Forsthoff, op. cit., págs. 183 a 185; Eduardo García de Enterría, Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial, Tecnos, 1970, Madrid, págs. 139, nota 23, 170 y 171, donde el autor admite la delegación al reglamento en materia reservada a la ley, con indicación de deberes, límites materiales, tiempo, etc., pero no la pura y simple "deslegalización"; que, sin ellos, significa una autorización en "blanco", jurídicamente imposible por principio general, que exige el ejercicio directo de las funciones públicas por el órgano y el titular respectivos. "Deslegalización" es la degradación de rango de la ley, por la ley, a reglamento, ley que el autor supone no contiene otras normas fuera de la que opera el cambio de rango, pero esta su "vacuidad" dispositiva no es esencial a la figura.

y prácticas administrativas, pero la mayoría de las cuales son polémicas.^{47 48}

47 Las excepciones al principio, en virtud de las cuales es posible sostener la existencia de potestades públicas sin texto legal escrito de base, fundadas en principios generales de derecho —como el de la potestad genérica de policía sin título legal específico, aceptada largamente por la doctrina francesa y, como se vio con la cita de Gordillo, combatida cada día más en Latinoamérica— no son abundantes y no obedecen tampoco a un principio ni a una filosofía comunes, pero es evidente que hay campos del derecho administrativo —fuera del ya mencionado de la policía general de orden y seguridad— en que son aceptadas. Se pueden enumerar las siguientes: a) Situaciones de inserción en ordenamientos parciales, con sujeción a la supremacía especial del ente administrativo correspondiente, como en la relación jerárquica, en la concesión de servicio público con el concesionario y el usuario de dicho servicio, etc. Situaciones a las cuales corresponde un juego —ya doctrinaria y jurisprudencialmente prefijado— de potestades, sin texto legal de base; b) Contratos administrativos, en el sentido técnico restringido que a los mismos da el derecho francés, respecto de los cuales doctrina y jurisprudencia reconocen a la Administración una serie de poderes de grave alcance frente al co-contratante privado (de modificar y extinguir prematuramente el contrato, de dirigir la obra, de resolución ejecutoria de los conflictos surgidos, de protección también ejecutoria de sus bienes físicos en el contrato, etc.), todo sin texto legal de base y aun contra los términos opuestos del contrato mismo; c) Autonomía administrativa o normativa de los entes públicos menores, a quienes se atribuyen potestades para manejar su servicio iguales a las del Presidente y Ministro para el suyo, como las de contratar, representar el ente respectivo, dictar reglamentos, adoptar programas y presupuestos, dirigir las relaciones de personal, también sin necesidad de texto legal que así lo diga; d) Titularidad y explotación del dominio público y privado de la Administración, en las que al ente público propietario corresponde también una serie de potestades, como las de deslindar unilateralmente el inmueble público, de remoción directa de bienes o personas que lo ocupen o exploten sin título, de concesión de ocupación y explotación del fundo, de hipoteca y gravamen, etc., también sin base legal expresa; e) Dirección y administración de servicios públicos, para las que sin obstáculos se impone al jerarca la plena vigencia de los principios cardinales de la institución ya enunciados —continuidad, eficiencia, adaptabilidad jurídica y trato igual de los usuarios— con todas las potestades inherentes como medio necesario para alcanzar el respeto a dichos principios, sea: reglamentación, policía interna de orden y seguridad, tarifas, presupuestos, inversiones y afectaciones de bienes, etc.

48 No suscribimos el planteo radical de quienes exigen siempre norma escrita y expresa para reputar suficientemente apoderada a una Administración en su actuar frente al administrado. Es evidente que ello es lo ideal, pero también que es utópico hallarlo siempre y que el Juez, puesto ante la alternativa de sentar un precedente que puede paralizar a la Administración, al anular sus actos por no estar expresamente autorizados, dado el gran número de casos en que ésta carece de potestades explícitas y se apoya únicamente en doctrinas o principios generales, optará por dar valor al acto impugnado, a condición de que haya alguna doctrina adecuada a la naturaleza de las cosas (los hechos del juicio) que justifique con sobra de lógica y de atención al interés público lo que la ley no ha previsto ni autorizado. Naturalmente, será necesario buscar siempre la potestad estatal en el texto escrito, aun si el mismo sólo remotamente se refiere al caso; pero es también necesario y en ocasiones mucho más útil buscar, además, lo implícito en la norma a la luz de los principios generales, que no son otra cosa que reglas máximas de justicia y de sentido común llevadas a lo jurídico, y que dan base, en el fondo, a aquellos poderes inherentes que la Administración debe poder invocar aunque no haya ley que se los otorgue, si hay doctrina consistente y dominante que la apoye.

Es, entonces, bien claro que en Costa Rica los principios de libertad económica y de propiedad parecen gozar de las garantías propias de un Estado de Derecho de tipo liberal clásico, y clásicamente concebidas y formuladas: principio de legalidad, reserva de ley, "núcleo petreo" constitucional —determinado o indeterminado—, mayoría legislativa calificada para su limitación y, naturalmente, indemnización plenaria caso de expropiación (mismo Art. 45).

Resta por examinar la conclusión anterior a la luz del Art. 50 de la Constitución, que puede ser fuente de equívocos en contrario y aparentemente base de un sistema de economía imperativa dirigida y planificada. Veremos cómo —sin invocar este texto— al mismo se han ido adaptando jurisprudencia y legislación nacionales, que parecieran interpretarlo literal y técnicamente, en cuanto signifique el fundamento y fulcro de un sistema de economía mixta (con propiedad y empresa tanto pública como privada), pero imperativamente regulada y planificada. Reputamos inconstitucional tal interpretación del Art. 50, pero el mero hecho de que la misma exista en la jurisprudencia y en la ley, revela su importancia y la urgencia del análisis y ubicación de dicha norma constitucional.

d) El Art. 50 de la Constitución.

Dispone éste:

"El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza".

¿Qué alcance tiene tal norma? ¿Autoriza la propiedad o el control nacionales de los medios de producción? ¿Puede el Estado, al organizar la producción, intervenir en la vida, organización y funcionamiento de las empresas y entes privados, en orden a un plan nacional e imperativo de desarrollo?

1) Antecedentes.

Es increíble que precepto tan decisivo para definir la posición del Estado costarricense ante la economía nacional haya nacido de una discusión sobre el futuro "status" de los hijos ilegítimos y de la familia frente al Estado y a la sociedad en general. El constituyente Fernando Vargas Fernández propuso la norma —que resultó aprobada en entera conformidad con su moción— para zanjar una discusión que se había planteado sobre la forma mejor de consagrar los deberes de asistencia del Estado para con la madre, el niño y la familia, sobre la aparente suposición de que, una vez dicho que el Estado debe procurar el bienestar de todos los habitantes de la República, luciría aún más justo y necesario, por mayoría de razón, el darle énfasis a su deber de protección para con la familia, la cual la misma Constituyente erigió en origen y base de la sociedad (Art. 51). Sólo hubo un atisbo de la importancia de la norma para definir el tipo de Estado que se intentaba crear ante la sociedad y la vida económica, cuando

el constituyente Juan Trejos Quirós, según lo dicen el acta respectiva y su única nota a pie de página, condicionó su voto a favor de la moción de Vargas Fernández —cuyo texto es, como se dijo, el mismo que el del actual Art. 50— a que en lugar de "organizando", se dijera "orientando", lo que fue rechazado, pese a la advertencia del dicho representante en el sentido de que emplear el vocablo "organizando" en el contexto de la norma "significa una interferencia del Estado en las actividades particulares y una desconfianza en la iniciativa privada" (Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1955, tomo II, Acta N° 115, pág. 567 y nota al pie, compilación hecha por Mario Alberto Jiménez Rojas). Todavía más: el Art. 50 se adoptó después —aunque no con motivo— de una violenta polémica alrededor del Art. 59 del Anteproyecto de Constitución presentado a la Constituyente por la Junta Revolucionaria de Gobierno de ese año (accedida violentamente al poder, bajo la presidencia y jefatura de Estado de José Figueres Ferrer), polémica que terminó con el rechazo de la norma propuesta, la cual llegó a calificarse como contraria a la "idiosincracia" (sic) del pueblo costarricense,⁴⁹ no obstante ser mucho más clara y coherente que el actual Art. 50 en punto a la definición de posiciones del Estado frente a la economía. Todo contribuye a revelar la desorientación y la poca lucidez con que se tramitó el Art. 50. Decía aquel Art. 59 del Anteproyecto referido:

"Art. 59. El Estado orientará la economía nacional en beneficio de la colectividad tratando de asegurarle a cada actividad económica los medios adecuados para incrementar la riqueza y hacerla accesible al pueblo. Son de utilidad pública la producción y distribución de los artículos de primera necesidad".

Sea: el Estado desarrollará la economía sin absorberla, orientándola mediante dotaciones y ayudas, hacia su mayor productividad, para distribuir la riqueza en beneficio del pueblo. Lo mismo que dice el Art. 50, pero sin los gazapos técnico-jurídicos de éste. Cuando se optó por desechar aquél, se retrocedió, no se avanzó, contra lo que alguien ha dicho.

2) *El alcance técnico de la potestad de organización*

Pese a ello o por ello, de tales actas no sale claramente, en absoluto, el sentido de la norma. Todo lo que puede decirse es que al Constituyente no le preocupó ese sentido ni adoptó posición expresa al respecto, que permitiera saber si estaba imprimiendo a nuestro Estado una política de corte intervencionista en materia económica o, simplemente, haciendo un uso impropio y eventualmente dañino de términos que tienen significado técnico definido en el derecho público, como el de "organizar". Es este el vocablo cuyo significado en el texto ha de despejarse, pues no ofrecen oscuridad, en sus relaciones con la inviolabilidad de la propiedad ni con la libertad

⁴⁹ Oscar Aguilar Bulgarelli, *La Constitución de 1949*, Editorial Costa Rica, San José, 1973, págs. 79 a 95, especialmente 75, 80 y 81.

de empresa, los otros dos ahí empleados, uno, el de estimular la producción y otro, el de repartir la riqueza. El primero sólo puede ser base de poderes favorables y alude claramente a la actividad de fomento de la iniciativa privada, de voluntario disfrute, aun si éste importa obligaciones accesorias; y el segundo puede autorizar potestades "ablatorias" frente al administrado, que acarren el sacrificio o la limitación de la propiedad y de la libertad económica de éste, pero es indudable que podrán incidir únicamente sobre la fase de distribución de la riqueza creada y no sobre la propiedad y organización de los medios de producción, clave del sistema económico. La empresa, en efecto, no es otra cosa que la reunión, organización y operación de medios materiales y personales para la producción de bienes económicos, es decir: de riqueza. La potestad de distribuirla no parece tocar la vida interna de la empresa, sino que más bien la supone, desde luego que supone ya su producto, la riqueza a repartir. Pero, en cambio, cuando se habla de "organizar la producción", se estará reservando a la empresa sólo ese mínimo campo interno de acción, o ni siquiera eso? ¿Qué es organizar, jurídicamente hablando?

Pareciera haber consenso en la doctrina de derecho público sobre el hecho de que la parte de éste relativa a la organización pública trata normativamente el fenómeno subjetivo de la Administración, sea: de la creación y del régimen de centros de imputación de situaciones jurídicas subjetivas (principalmente de las parejas potestad-sujeción y potestad-interés legítimo), y/o de conductas (actos y actividades), así como de resultados reales, sea ello con o sin personalidad jurídica del centro de referencia en cuestión.⁵⁰ El concepto parece ser el mismo en el derecho privado.⁵¹ Se ha utilizado el término genérico: "figura subjetiva", para designar este centro de referencia o de imputación que engloba, sin identificarse con él, el fenómeno del sujeto de derecho,⁵² lo que disocia lógicamente y jurídicamente un concepto del otro y permite hablar, por ejemplo, de órganos sin persona jurídica de asiento y, a la inversa, de personas jurídicas carentes de órganos.⁵³ Lo esencial —y parece también haber acuerdo al respecto— es la

⁵⁰ José Antonio García Trevijano-Fos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, tomo II, pág. 137.

⁵¹ Francesco Ferrara, *Teoría de las Personas Jurídicas*, Editorial Reus, Madrid, 1929, págs. 757 a 762; Joaquín Rodríguez, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, Editorial Porrúa, México, 1959, Tomo I, págs. 18 a 23.

⁵² Giannini, *Diritto Amministrativo*, Tomo I, pág. 115.

⁵³ J. A. García Trevijano, Fos, *Principios Jurídicos de la Organización Administrativa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, págs. 123 y 124. En relación con la posibilidad opuesta, de entes sin órganos, véase Giuseppino Treves, *L'Organizzazione Amministrativa*, UTET, Torino, 1971, págs. 59 y 60. Giannini, Massimo Severo, con su agudeza analítica, pone de manifiesto tanto la posibilidad de disociación ya apuntada, como la de concurrencia entre ambas figuras, la del ente y la del órgano, y trata lúcidamente las hipótesis del órgano —persona jurídica y, por aparte, la de la persona jurídica titular de órgano; véase op. cit., Tomo I, págs. 235 a 237 y 253 y 254.

orientación de la actividad al servicio de fines ajenos, que exige garantizar la eficiencia en el empleo de los medios y, consecuentemente, la buena selección, ordenación y operación de éstos y de quienes han de usarlos.⁵⁴ Esta conclusión se funda en la observación de los fenómenos de organización pública, en los que siempre se dan a cumplir fines de otro (respecto al agente público), cuyo logro con un máximo de eficiencia es la regla fundamental de la organización.⁵⁵ Sea que se llamen fines o intereses, toda organización está dada en función de ellos y conformada por ellos.⁵⁶ De este modo puede llegar a concebirse la actividad de organización como una forma de actividad política, entendida ésta última como la de orientación y/o programación de la vida de un ente o centro de actividad.⁵⁷ La potestad de organizarse es propia de todo sujeto de derecho —público o privado— y va implícita, sin necesidad de expreso reconocimiento constitucional o legal, en la potestad de gobierno del ente público, que mira a la planificación y dirección de su actividad diaria.⁵⁸

Organizar es, entonces, básica y fundamentalmente, seleccionar y fijar fines, planes o programas y, en segundo término, crear y regular los medios subjetivos para garantizar su cumplimiento, lo que comprende, al menos, el régimen de las oficinas, del personal, del patrimonio, del gasto y el de las actividades de garantía, básicamente las de selección de personal y de con-

La figura del órgano-persona es peregrina, pero se dan ejemplos en nuestro medio, como todos los órganos del Ministerio de Salud llamados Luchas (contra el cáncer, la tuberculosis, las enfermedades venéreas, etc.), cada uno con legitimación y titularidad de derechos para ciertos efectos, sobre todo procesales. Pero la otra figura del ente-órgano es normal y frecuente en Costa Rica siempre que un ente público es titular de un órgano o de potestades y facultades de éste, por descentralización legal, como en el caso del Banco Central, cajero del Estado. Afirmar la anormalidad de esta figura o combatirla como bizantinismo jurídico, sólo revela miopía ante la realidad normativa de la Administración Pública actual y su rica gama de figuras de organización.

54 Mario Nigro, *Studi sulla Funzione Organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966, pág. 114.

55 Giannini, *Diritto*, op. cit., Tomo I, págs. 112 y 113; Nigro, op. cit., pág. 116.

56 Nigro, op. cit., págs. 115 y 116; y Forsthoff, op. cit., pág. 547.

57 Nigro, op. cit., págs. 151 a 155, donde el autor hace ver como híbrida de acto y de norma la regla jurídica de organización, en la cual, sin embargo, hay un neto predominio del carácter concreto y activo sobre el normativo-configurador, dada la naturaleza política y programática de la potestad de organización, que dicta e impone la norma de organización más como medio inmediato de satisfacción de fines que como medio normativo-preventivo para lograrlos, conformando conductas.

58 Nigro, op. cit., págs. 154 y 155; e igualmente Forsthoff, op. cit., pág. 551.

tralador del ente y sobre él.⁵⁹ Los actos de organización pueden tener cualquier naturaleza (para cubrir esas necesidades) y así los hay normativos y concretos, internos y externos, de derecho público y de derecho privado, etc. Si bien el organizar no significa siempre el crear entes (dado que los hay sin órganos, lo mismo que órganos sin entes, según se vio) ello es lo normal y, en todo caso, supone siempre crear oficinas y adoptar todas las medidas —normativas o de acción— para ponerlas en marcha.

59 En variada forma enuncian los autores italianos —quienes más pensamiento han dado al tema conjuntamente y en paridad de genio con los alemanes— la materia propia del derecho y de la actividad de organización. Ver Nigro, op. cit., págs. 128, 129 y 130, quien dice: "El primer sector —la estructura, en sentido muy restringido, de las oficinas (ejercicio de la "potestas instituendi")— comprende los hechos atinentes a la institución, modificación, supresión, combinación y calificación de oficinas (en el más amplio sentido posible) y a su funcionamiento concreto (en primer lugar, el procedimiento de formación de la voluntad de la oficina). El segundo sector mira a la distribución de las funciones entre las oficinas (que es determinación de la capacidad para los órganos personificados y, para los que no lo son, atribución de funciones o definición de competencias). El elemento personal de las oficinas —tercer sector— da tradicionalmente lugar a dos distintos órdenes de situaciones y de relaciones: las atinentes a la relación orgánica (instauración, cesación, legitimación) y las (otras) atinentes a la relación de servicio (instauración, cesación, responsabilidad, beneficios y deberes profesionales del servicio público, etc.), (pág. 128) ... "No siempre los bienes de los entes públicos (cuarto sector) vienen colocados y considerados en el ámbito de la organización. Tal tratamiento les corresponde, sin embargo, porque los mismos no son otra cosa que elementos de operación de las oficinas, medios materiales o reales que, conjuntamente con las personas físicas, hacen vivir a las oficinas (pág. 129) ... "Los actos y procedimientos de afectación (de bienes de un ente público) son típicos actos de organización. Al vértice se halla el presupuesto en el cual —sean cuales sean las otras funciones— es evidente la de dotar a las oficinas de los medios necesarios para desarrollar la actividad y el cual, consecuentemente, debe entenderse como un acto (o conjunto de actos) de destinación". (pág. 130).

Giannini —el jurista italiano que más ha estudiado el derecho de la organización administrativa— precisa por su parte (Op. cit., pág. 313): "La actividad de organización de la Administración Pública no es homogénea, porque está compuesta por actividades normativas, internas, de derecho administrativo y de derecho privado, además de otras que son equiparadas a una o a algunas de éstas. La actividad de organización, en general, es no homogénea; es la actividad con la que una figura subjetiva provee a: a) ordenar sus oficinas; b) disciplinar la actividad de cada una; c) procurarse y organizar los bienes y servicios de que tiene necesidad para desarrollar su actividad como figura subjetiva..." "La actividad de organización, sea bajo el aspecto de ciencia de la organización como bajo el jurídico, tiene los siguientes aspectos: las oficinas, la actividad (de las oficinas), el personal, los medios (de acción). En cuanto a las oficinas se dan jurídicamente los problemas tocantes a la institución de la oficina, a su constitución, a la determinación de las atribuciones, a la determinación y a la distribución de las competencias. La actividad de las oficinas se refiere a los problemas de la toma de decisiones, su ejecución y contralor y a las formas de desenvolvimiento de la actividad. En cuanto al personal, se dan los problemas relativos a la forma de cubrir los cargos, de la selección de personal, del estatuto de personal. En cuanto a los medios, fuera de lo que concierne a la provisión de los mismos, tiene importancia fundamental lo relativo a su empleo y gasto" (Pág. 315).

vista de tal objetivo, la ley, la Administración o el Juez, generan a favor de la Administración Pública, según la ya reseñada jurisprudencia francesa y su doctrina, potestades de contralor, regulación y dirección continuos sobre la empresa privada. Cuando se trata de contralores (negativos) de legalidad o no peligrosidad, el fundamento insoslayable de la potestad de contralor es la ley, único título de excepción que puede justificar la interferencia contra una libertad que —desde otros puntos de vista— ha de reputarse natural e ilimitada; en tanto que tratándose del servicio público "virtual", como se vio, la tendencia es a suplir la inexistencia de la ley e, incluso, del reglamento administrativo, para sujetar la actividad privada a un régimen de orientación coactiva, hacia fines públicos o reputados como tales por la Administración, por la colindancia entre ambos o por índices normativos incompletos y fragmentarios, que así lo permiten, según voluntad de la Administración o de un Juez, sin texto legal escrito de base. Los contralores programáticos de este último tipo suelen distinguirse en constitutivos (de un ente o de su organización) y funcionales (que conciernen únicamente a su actividad).⁶² Nos interesan ahora sólo los primeros.

Cuando el contralor es constitutivo y programático, porque incardina a la empresa privada dentro de un plan público o de metas nacionales, tanto la ley (si existe, lo que también ocurre frecuentemente) como el acto administrativo discrecional de admisión o autorización, imponen obligaciones de hacer en beneficio de tales metas, y/o un programa de acción consecuente, y/o la inserción de determinadas cláusulas en el acto constitutivo (estatutos) del ente privado, y hasta la copia literal de un estatuto fundacional (que entonces suele llamarse "estatuto machote" o bien estatuto modelo, general o tipo), sin perjuicio de otras muy variadas formas de intervención (naturalmente, en el supuesto de que los dichos contralores constitutivos sean discrecionales y no reglados en cuanto a los requisitos para su emisión y obtención, pues caso opuesto, si el petente los cumple, el contralor constitutivo tendrá que darse con el contenido que le asigna la norma.⁶³⁻⁶⁴) Hemos visto ya que este tipo de intervención origina general-

62. Demichel, op. cit., Tomo I, págs. 198 y stes.

63. Demichel, op. cit., Tomo I, págs. 199 a 239, donde el autor alista y examina las siguientes formas de contralor constitutivo o sobre la existencia y organización de la empresa privada: creación (pág. 199); autorización programática (agrement) (pág. 200 a 211); aprobación de estatutos (210 a 212); estatutos "machote" o tipo (321 a 216); nombramiento de directores y administradores (217 a 222); aprobación del nombramiento (223 a 225); orden de despido [de directores o empleados (225 a 226)]; aprobación de los cambios de estatuto (226 a 228); retiro de la autorización —agrement o disolución de la empresa o ente privados (228 a 235). La característica más importante de todas estas formas de contralor es su índole discrecional (por motivo y contenido al tiempo), que permite a la Administración Pública titulada imponer toda clase de regulaciones a modo de condición para el acto positivo y favorable, cuya no aceptación por la empresa privada conduce normalmente a la denegación de éste último.

64. En relación con los "estatutos modelo" véase también Pierrette Rongere, *Le Procède de L'Acte Type*, L.G.D.J., 1968, págs. 137 a 140, 155 a 166, y especialmente 155, 156, 166 y 208.

mente una sujeción permanente del empresario autorizado o admitido a potestades de dirección, regulación y hasta de ordenación singular por parte de la Administración Pública y que, eventualmente, puede incluir al empresario en un orden de sector, donde, además, estará sujeto a autoridad exenta —según los teóricos de este fenómeno institucional— de la observancia de principios fundamentales del orden general del Estado, o, en el mejor de los casos, a una autoridad especial de ejercicio permanente, en el estricto sentido de ente u órgano cuya principal actividad es imperativa y especializada, en relación con el tipo de actividad.⁶⁵

4) *El derecho comparado (con Francia e Italia) de la libertad y de la propiedad.*

Los llamados "contralores constitutivos" sobre la existencia de una empresa privada por la natural colindancia de ésta con el interés público, cuya enumeración hemos hecho, sobre todo en punto al nacimiento y organización del ente privado o, más concretamente, del empresario privado, son compatibles con la libertad de empresa y la propiedad? Debemos medir éstas con el metro de los sistemas o técnicas de contralor, de regulación y de dirección antes indicados.

i) Francia. Conviene conocer brevemente la opinión de la doctrina francesa, madre de la criatura llamada "servicio público virtual". Voces muy autorizadas sostienen —con rigurosa lógica— que la existencia de una autorización discrecional —en cualquiera de los grados antes descritos— es incompatible con tales libertades o con el derecho de propiedad, por el mero hecho de ser discrecional en cuanto a los motivos o requerimientos

65. Es indudable que, de todos los tipos de contralor sobre la constitución y organización de la empresa privada, antes enumerados, el más oneroso y penetrante es el de estatutos "machotes" o "tipo", porque a través de ellos el ente privado queda sujeto totalmente al dictado de la Administración Pública en su organización interna y externa, sin margen de libertad para introducir variantes o adecuar el modelo a su circunstancia, posibilidades y necesidades. Puede haber modelos o "machotes" facultativos, pero, como bien lo explica la doctrina francesa, se convierten en imperativos, porque generalmente la aceptación del modelo importa ayudas y subvenciones oficiales sin las cuales se hace imposible la competencia en el mercado; ver al respecto Pierrette Rongere, op. cit., págs. 262 y 263, 277 y 278 y 302.

para su obtención.⁶⁶ Si libertad y propiedad están constitucionalmente garantizadas, cualquier sistema de contralor y, aún más, de dirección y regulación administrativas indeterminadas, sobre la existencia y la organización de la empresa privada, resultaría inconstitucional, por incompatible con el contenido de aquellos derechos, en la medida en que haya supremacía de la Administración sobre el titular. En Francia, en otras palabras, sólo el mecanismo de una autorización reglada en cuanto a motivo y contenido, para ingresar a un sector empresarial, se reputa compatible con las garantías constitucionales —que allá también existen, aunque muy debilitadas y menos fuertes que en Costa Rica— de la propiedad y de la libre empresa privadas.

Cualquier otra técnica de regulación, control o dirección sobre esos derechos, como podría ser la autorización discrecional, con o sin regulaciones concretas; la pertenencia a un ordenamiento sectorial como el antes descrito, la sujeción a órdenes de un organismo público, etc., las destruye y viola la Constitución. Tal es la opinión doctrinal predominante sobre este extremo en el derecho público francés.

ii) Italia.

La opinión dominante está de acuerdo en que la autorización es normalmente un acto discrecional y en que, en mayor o menor grado, toda potestad para autorizar una actividad implica la de regularla y la de dar

66 Jean Rivero, op. cit., Tomo I, pág. 186: "La autorización previa. Es el procedimiento más característico del régimen preventivo (de la policía) con todo su rigor: la intervención que este régimen postula de parte de la Administración adopta la forma de una autorización. La libertad (o la propiedad) no se puede ejercer sino cuando la Administración lo permite. La unidad del procedimiento reside en su efecto: la manifestación de la libertad es ilegal, sea que no se haya pedido la autorización, o que la Administración, notificada de la petición, no haya dado a conocer su respuesta; o que la respuesta haya sido negativa... Esta es la situación más contraria a la libertad. La misma (técnica) abandona al particular (lo expone) a la arbitrariedad". Aparte confirma el otro gran publicista francés George Burdeau, op. cit., págs. 46, 47 y 432: "Sin prohibir el ejercicio de una libertad, es posible para el poder público restringir su campo de acción subordinando su ejercicio a una autorización o entendimiento con el ciudadano. No obstante que esos procedimientos son frecuentemente utilizados, provocan las más serias dudas y reservas. Si se trata de autorización discrecional, es clara su inadmisibilidad, pues es incompatible con la efectiva vigencia de la libertad. Es lo que ha decidido el Consejo de Estado (francés) desde que, a cuento de una profesión sujeta a autorización, concluyó en que el principio de la libertad de comercio e industria no podía ya ser invocado en el caso. Si la autorización proviene de una potestad reglada, puede ser regulada en ciertas circunstancias y en la medida en que las condiciones a que se subordina su otorgamiento sean precisas y justificadas por el interés público". (Págs. 46 y 47) "... desde que la ley subordina una actividad a una autorización o a una concesión de la Administración Pública, la libertad de comercio y de industria no puede oponerse a la reglamentación administrativa de dicha actividad. Desde el momento en que la ley expresa el control del Estado sobre la actividad, el juez entiende que la Administración Pública puede adoptar toda clase de medidas implícitas exigidas por dicho control" (pág. 432).

órdenes al autorizado en el desenvolvimiento de su conducta. Citaremos de inmediato la doctrina italiana al respecto. La hemos escogido como fuente principal de información y comparación sobre este extremo, porque la Constitución Italiana de 1947 contiene (en sus artículos 41, 42, 43 y 44) el régimen constitucional más completo, audaz y moderno sobre las libertades económicas y la propiedad (principalmente la agraria) en un sistema demo-liberal de economía mixta, no colectiva. La Constitución italiana consagra expresamente la posibilidad (o necesidad) de programar, controlar y dirigir la iniciativa privada, ante todo la que se da en materia agraria, no sólo para evitar daños al bien común sino, a la inversa, para servirse de la propiedad y de la libertad económica como instrumentos de cambio y de progreso social, en orden a eliminar las desigualdades y los obstáculos de índole económica o social que impidan el pleno desarrollo del hombre y de sus capacidades.⁶⁷ Transcribimos primero las normas constitucionales italianas ya citadas, en su parte esencial, y después la doctrina alrededor de ellas, tan interesante como las normas.

"Art. 41: La iniciativa económica privada libre. No puede desarrollarse contra el bien común o en forma dañina contra la seguridad, la libertad y la dignidad humana. La ley determina los programas y controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda ser *dirigida y coordinada* para fines sociales".

"Art. 42: La propiedad es pública o privada. . . .

La propiedad privada es reconocida y garantizada por la ley, que determina sus formas de adquisición, de disfrute y sus límites, *con el fin de asegurar su función social y hacerla accesible a todos*.

La propiedad privada puede ser, en los casos previstos por la ley, expropiada por motivos de interés general, contra pago de indemnización".

"Art. 43: Para lograr la explotación racional del suelo y establecer equitativas relaciones sociales, la ley impone obligaciones y vínculos a la propiedad agraria (terriera) privada, fija sus límites de extensión según las regiones y las zonas agrarias, promueve e impone el mejoramiento de la tierra, la transformación del latifundio y la reconstitución de la unidad productiva; ayuda a la pequeña y a la mediana propiedad agraria".

En Italia la propiedad en general está sujeta a programas y controles públicos para dirigir y coordinar su explotación con fines sociales, tiene una función social constitucionalmente reconocida y, cuando es agraria, cabe

67 Su articulado al respecto es tan amplio y drástico que el Partido Comunista italiano, el más grande del mundo occidental fuera de Rusia, no ha querido tocar tales normas, que jurídicamente le abren campo a toda iniciativa de contralor sobre la empresa y la propiedad privadas. Todo se puede hacer con ellas, excepto eliminarlas. ¿Cómo compaginan los juristas italianos las libertades económicas y la propiedad privada con tal régimen constitucional, tan abierto y avanzado? Veámoslo de inmediato.

que se le impongan obligaciones y prohibiciones (vincoli) para racionalizar su explotación y crear, por su medio, equitativas relaciones sociales. Un panorama constitucional mucho más complejo, técnico y pro sociedad que el que ofrece el escueto Art. 45 de nuestra Constitución.

Dentro de marco tan estatista, ¿qué ha sido de la libertad de empresa y de la propiedad privadas en Italia? ¿Hay, o no, una grave contradicción en las normas constitucionales citadas, que simultáneamente consagran la libertad de empresa y la propiedad privada, y la posibilidad de programar, controlar y dirigir el ejercicio de esos fundamentales derechos, por una autoridad pública, en bien de la comunidad?

No es del caso repetir aquí la extensa y todavía ardorosa polémica jurídica al respecto; los juristas italianos, que son los más finos y bizantinos del mundo latino, han sido más finos y complicados cuando han tratado este tema. Pero hay una coincidencia entre todos ellos: si la Constitución consagra la propiedad y la libertad económica, la interpretación de la Constitución no puede destruirlos. Debe encontrarse y es posible encontrar la armonía entre aquellas disposiciones, aparentemente opuestas.

La conclusión es incierta en doctrina, pero mucho más clara, a favor de la libertad y de la propiedad, la jurisprudencia constitucional. El panorama doctrinario —más radical a favor del Estado— puede resumirse así:

i) La propiedad y la libertad de empresa implican un derecho inviolable a escoger el tipo de empresa y los fines para los cuales se trabaja; es decir: está constitucionalmente prohibido imponer fines o giros al propietario o empresario.

ii) Una vez iniciada la explotación empresarial —agraria o no— los programas y controles estatales pueden recaer sobre el desarrollo de esa actividad económica, según unos totalmente y sin excepciones, ni aun a favor de las decisiones empresariales relativas a los aspectos decisivos de la actividad (volumen de inversión y producción, naturaleza, tipo, costo y calidad del producto, mercado y territorio, dimensión del personal dirigente y subordinado, etc.); o, según otros, con la excepción de esas decisiones claves, pero con jurisdicción sobre su ejecución, que podrá ser regulada y aun impuesta en interés de la sociedad.⁶⁸

68 Carlo Esposito ha dicho: ¿Qué es lo que dispone el Artículo 41? Reconoce la libertad de la iniciativa económica privada y que puede ser regulada con normas imperativas sólo el "modo de ejecución" de las iniciativas concretas; y reconoce que programas y resoluciones de autoridad pueden dirigir la actividad económica privada hacia fines determinados, pero que se debe abandonar a los particulares la libertad de decidir y de realizar sus propias iniciativas, dentro del cuadro general y abstracto del modo de desarrollo de las mismas fijado por ley" (La Costituzione Italiana, "Note Esetiche sull'Artículo 44 della Costituzione, CEDAM, Padova, 1954, pág. 184).

Y respecto a la propiedad agraria, agrega: "respecto a la propiedad agraria la libertad de la iniciativa económica privada... puede consistir únicamente en la libertad de decidir si asumir, o no, mantener o abandonar la calidad de propietario de tierras con todas las obligaciones conexas" (op. cit., pág. 197). Otra obra fundamental sobre el tema, de Alberto Predieri, Pianificazione e Costituzione,

iii) La imposición de fines empresariales y de obligaciones específicas sobre un empresario, sea mediante órdenes autónomas o mediante aplicación de reglamentos y políticas pre-existentes, decretados por el Estado, es lo mismo que la planificación imperativa y sólo es posible cuando esa planificación está constitucionalmente autorizada, lo que ocurre en Italia, sobre todo con la propiedad agraria.

Editorial Il Mulino, Firenze, 1963, pág. 165, apoya las anteriores conclusiones diciendo: "Que la iniciativa (económica) representa el momento inicial de una actividad económica, esto es: que represente al menos este momento, está fuera de discusión; y que esta elección inicial sea libre, y que las normas contenidas en los párrafos 2 y 3 del Artículo 41 se refieren únicamente a la forma de desarrollo del a iniciativa y no autorizan a imponer esta o aquella otra actividad empresarial, tampoco parece discutible"... "reconocer la libertad de iniciativa económica, entendida como momento inicial de una actividad económica, significa que no puede imponerse a nadie la obligación de ejercitar un giro determinado. En relación con este aspecto de la libertad de iniciativa económica, como inexistencia de la obligación de ejercer una iniciativa, parece que todos los intérpretes están de acuerdo". Y dice de lo que es planificación estatal: "el plan es tal en cuanto determina situaciones de deber y de subordinación de los sujetos privados, esto es: cuando los medios jurídicos predispuestos para alcanzar los fines sean imperativos frente a los sujetos privados... Si con esto se quiere decir que se pueda hablar de potestades de planificación sólo si se reconoce al Estado o a otros entes públicos la potestad de incidir directamente sobre la actividad privada imponiéndole obligaciones, deberes, sujeciones, creo que se debe estar de acuerdo"... "El sacrificio de facultades se combina... en la planificación con la imposición de fines. El Estado planificador no sólo impone a los asociados el dar —como puede ocurrir en cualquier Estado Welfare— y no sólo se autoimpone hacer, sino que también impone hacer a los ciudadanos, aunque dentro de los límites de un ordenamiento que no impone la prestación coactiva de actividad empresarial, que consiente al sujeto, si emprende (económicamente en algo), el llevarlo a cabo en cierto modo o manera", (págs. 54 y 201).

Otro notable constitucionalista italiano, Giuseppe Guarino, es más claro y categórico. Dice, al comentar la posición de los empresarios en Italia, por virtud del Artículo 41:

"El problema concreto... no se refiere a la genérica imposición de vínculos, sino a cuáles vínculos positivos puedan imponerse a la empresa privada. Hay un tipo de vínculo que *seguramente* no puede imponerse a los particulares (salvo el caso excepcional de que sean concesionarios de servicio público): aludimos a la asignación de objetivos de índole empresarial, a la obligación de asumir una cierta iniciativa empresarial, a la de invertir una determinada cantidad de capital en una producción particular, a la de aumentar la producción o, más específicamente, a la de producir una determinada cantidad de artículos. Estos mandatos, como veremos, tienen una importancia decisiva en un sistema de programación pública. Pese a ello no pueden ser impuestos a los empresarios privados... Por el Art. 41 de la Constitución la iniciativa económica privada es libre. La libertad de iniciativa comprende, al menos, el núcleo fundamental de decidir en forma autónoma, con base en cálculos subjetivos, si dedicarse a una —y no a otra— actividad empresarial, en qué campo específico operar, cuáles medios destinar a la empresa, qué dimensiones darle, o si, más bien, convenga abandonarla. El empresario privado, en otras palabras, no puede ser obligado a hacer de empresario, ni tampoco —por mayoría de razón— a serlo en una línea específica o en una determinada proporción. Más ampliamente aún la Corte Constitu-

iv) La libertad de empresa y la explotación de la propiedad privada quedan reducidas en Italia —por obra de esta limitada planificación imperativa— a la opción entre ser empresario o propietario o no serlo, sea al principio de la empresa, sea durante su curso de actividad, si las obligaciones impuestas por ley u orden administrativa no son de la aceptación del empresario. Sin embargo, si éste quiere seguir siéndolo, tiene que aceptar tales órdenes y perder, en lo que toca a su contenido, toda libertad de determinación propia y distinta, es decir: perder su derecho de propiedad o de empresa en la medida en que queda sujeto a órdenes del Estado o de sus entes. Esta última conclusión es polémica y, en todo caso, rechazada

zionale... ha reconocido que la ley no puede perturbar, con la introducción de elementos no solicitados voluntariamente, la libre valoración y la consiguiente autodeterminación del empresario en orden a los elementos que, a su juicio, son adecuados a las dimensiones y a la organización interna de su hacienda"... "A los particulares se les puede dirigir consecuentemente los imperativos de conducta de carácter general, pero no los imperativos consistentes en la realización de precisos objetivos de carácter empresarial". (Programmazione Economica ed Imprese Pubbliche: Aspetti Giuridici, 1963, extracto de "Realtà del Mezzogiorno", 1963, Editore Cappelli, Nápoli, pág. 638). Se reconoce aquí que la sujeción de la propiedad o de la empresa privada a reglas u órdenes concretas que le impongan decisiones o escogencias (scelte) en cuanto a fines, dimensiones u organización interna, es inconstitucional en Italia. El autor especifica cuáles son, entonces, los vínculos posibles: "a los empresarios privados no se puede asignar autoritariamente objetivos empresariales o cuantitativos; los vínculos y los límites que se pueden dirigir al ciudadano son únicamente los que disciplinan los modos de su conducta, de tipo analítico, y que, se supone, pueden ser muy distintos de un tipo de empresa a otro". (op. cit., pág. 642).

Leopoldo Mazzarioli, expresa: "Se puede afirmar que la garantía de la libertad de iniciativa económica privada es garantía de la libre actividad económica privada tal y como se manifiesta en todas las decisiones o escogencias que se pueden presentar al operador económico al principio y en el desenvolvimiento de su actividad económica y, al mismo tiempo, no vaciar de contenido los párrafos dos y tres del Artículo 41, precisamente porque su radio de acción es relativo al contenido de las escogencias dichas, mientras toca al individuo decidir libremente si las ejecuta o no. Se trata, en sustancia, de la misma tesis sostenida por Esposito al afirmar que, mediante normas imperativas, es posible disciplinar únicamente "el modo" de desarrollo de las iniciativas y no, además, imponer el desenvolvimiento de esta o aquella actividad económica... De este modo se llega a excluir la posibilidad de cualquier intervención del Estado en la economía mediante mandatos positivos, fuente de obligaciones para el particular, con vista al logro de fines económicos socialmente relevantes... (I Piani Regolatori Urbanistici, op. cit., págs. 134 y 135).

El mismo autor, comentando el Art. 42, que regula la propiedad inmueble, se expresa, complementando sus anteriores conceptos, en la siguiente forma: "Si se quisiera interpretar diversamente la mención constitucional a los modos de disfrute de la propiedad inmueble, dándole el significado según el cual le atribuye al legislador el poder de precisar positivamente los modos con los cuales sería posible al propietario el disfrute de sus bienes, se debería concluir en que la Constitución, al mismo tiempo que declara y reconoce la propiedad privada, la elimina, si es que ésta es un derecho subjetivo cuya principal característica es la indeterminación de su contenido... (op. cit., pág. 147).

por parte importante de la doctrina, la cual reputa inconstitucional en Italia funcionalizar la iniciativa privada en bien del Estado o de la sociedad.⁶⁹

La jurisprudencia de la Corte Costituzionale de Italia ha sido bastante más cauta en la admisión de intervenciones estatales sobre la libertad y la propiedad y ha proclamado reiteradamente la existencia de un núcleo fundamental de poderes jurídicos en cada uno de esos derechos, intangible aun para el legislador, después de haber sentado claramente la necesidad

69 Resulta imperativo, sin embargo, advertir claramente sobre el carácter polémico, todavía hoy, de las anteriores citas, pues siempre han aparecido otras tesis que las combaten; véase al respecto Ricardo Villata, Autorizzazioni Amministrative e Iniziativa Economica Privata, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 88, 96 a 99, 109 a 197 y 111, donde el autor combate la distinción entre iniciativa y actividad empresarial (propia de los autores antes citados, que confinan la libertad a la primera y la niegan para la segunda), porque ambos campos están —en su opinión— garantizados para la libertad; y claramente afirma ser predominante hoy la posición de quienes reputan imposible imponer fines y funcionalizar en bien de la sociedad el ejercicio de los derechos de empresa y de propiedad sin violarlos ni violar la Constitución que los establece, diciendo: "La conformidad al fin público (dentro del planteo anterior, que combate) debe presidir todos los momentos en los cuales puede ser articulada la actividad económica, la cual resulta legítima sólo si es socialmente útil. La iniciativa privada en definitiva no es tutelable por sí como autónomo valor, sino como instrumento para obtener resultados, respecto de los cuales su ejercicio está "funcionalizado"... Se objeta, sin embargo, por la doctrina prevalente, "que la utilidad social constituye, a la luz del tenor literal y de la estructura de la norma, no el fundamento sino el límite de la iniciativa privada"... "la letra de la norma muestra que no se quiso asignar a la iniciativa económica privada una rígida plataforma de subordinación al bien social, sino sólo evitar que su desenvolvimiento cause un daño a ese bien; y, en consecuencia, está totalmente fuera de lugar pensar, se concluye, en una funcionalización de la iniciativa privada, la cual constitucionalmente está dirigida a la satisfacción de intereses individuales".

Esta opinión disidente viene confortada por la de otro ilustre constitucionalista italiano, Constantino Mortati, socialista de fe, quien, al referirse a la propiedad agrícola, que es la más sujeta a potestades administrativas y gubernamentales opuestas de planificación y dirección, por dictado del Art. 44, sostiene vigorosamente: "La razón que puede justificar la atribución a los particulares de la iniciativa económica es la convicción de que ésta puede lograr mejor la satisfacción del interés colectivo por la tendencia individual hacia el lucro, alcanzando el máximo rendimiento con el mínimo costo. En consecuencia: la funcionalización de la empresa privada no podría llegar hasta el grado de hacer venir a menos el régimen de libre competencia entre los empresarios, ni suprimir los estímulos que alimentan la participación en la concurrencia de mercado" (pág. 115)... "es verdad que ella (la Constitución) ha reputado preferente la apropiación privada de los bienes, pero con el propósito de unir al impulso de la iniciativa económica privada la garantía de su empleo en la dirección más productiva. Iniciativa que, si bien debe sujetarse a contralores para verificar la congruencia con los fines para los cuales fue concedida y de hacer que asuma (la iniciativa privada) la respectiva responsabilidad, tiene que desarrollarse dentro de límites suficientes para el desenvolvimiento de la autonomía personal y para la equitativa satisfacción del interés económico (privado) que motiva la producción" (Problemi di Diritto Pubblico Nell'Attuale Esperienza Costituzionale Repubblicana, Raccolta di Scritti, Giuffrè, Milano, 1972, págs. 113, 115 y 116).

de respetar la reserva de ley en relación con las limitaciones, contralores y programas imponibles.

Varias sentencias pueden citarse al respecto, como lo hacemos de seguido: C. Cost. 14 de febrero de 1962: "El Art. 41 de la Constitución, si bien reconoce la iniciativa económica privada, consiente el fijar límites a su ejercicio, subordinándolo a una doble condición, esto es: exigiendo, en cuanto al aspecto de fondo, que sean necesarios para la utilidad social, y, en cuanto al aspecto formal, que la disciplina correspondiente sea establecida por ley" (tomado de la compilación de jurisprudencia constitucional italiana de Carlo Lavagna, La Costituzione Italiana, UTET, Torino, 1970, pág. 555).

C. Cost. 15 de junio de 1957: "No puede ignorarse, como esta misma Corte lo ha dicho ya, que la disposición del Art. 41 legitima una intervención del Estado con "medidas protectoras del bienestar social y al tiempo restrictivas de la iniciativa privada", siempre que la iniciativa privada no resulte, en virtud de tal intervención, anulada ni suprimida" (op. cit., pág. 555).

Se ha dado fallos que parecieran implicar, por razonamiento a contrario sensu, que toda interferencia del Estado en la organización de la empresa sería violatoria del Art. 41 párrafo primero:

"La Ley de 3 de junio de 1950 no limita ni comprime la iniciativa económica privada ni la garantía de la propiedad, ya que no incide sobre la organización económica de la empresa, ni tampoco importa para el empresario otro deber que el de reservar para inválidos de guerra una modesta alícuota de puestos respecto al número total de trabajadores, que el empresario ha determinado y puede seguir determinando libremente" (op. cit., pág. 546).

La jurisprudencia de la Corte italiana ha sido mucho más clara y favorable a la iniciativa económica y a la propiedad privada, según lo demuestran las citas que hicimos en el texto. Queremos decir: en Italia, con un régimen de planificación limitada pero imperativa de la libertad económica y de la propiedad, que permite imponerles programas y controles para dirigirlos y coordinarlos con el bien común, tal y como es concebido en los programas de gobierno, es imposible imponer a nadie el ser empresario, ni qué tipo de giro o empresa puede operar, ni ninguna otra orden respecto al desenvolvimiento de la empresa, porque, en último término, el empresario puede optar por desertarla o abandonarla antes de cumplir (tales órdenes). Más que obligaciones, tales decisiones producen cargas. La sujeción comienza cuando el propietario o empresario decide serlo o mantenerse siéndolo, pues entonces queda sujeto a los programas, controles y órdenes del Estado planificador. Estas imposiciones, para el caso de que se opte por la actividad empresarial o se continúe en ella, sólo son posibles en Italia porque hay cuatro normas, los Arts. 41, 42, 43 y 44 de la Constitución, que expresamente autorizan al Estado a dictarlas y a imponerlas como expresión de sus potestades constitucionales de planificación, de dirección y de control sobre la propiedad y la iniciativa privadas; caso opuesto, tal tipo de programas, controles y órdenes no serán constitucionalmente posibles.

Ha de reiterarse, en todo caso, que las conclusiones últimas son polémicas, como se apuntó, y que no sólo la jurisprudencia sino parte de la doctrina más importante son opuestas a ellas.

Por otra parte, cuando parecida obligación de enganche obligatorio se ha dado, ya no en beneficio de inválidos de guerra, sino en beneficio de desocupados en general, se ha declarado la inconstitucionalidad de la ley, por violación precisamente del primer párrafo del Art. 41 de la Constitución, diciendo:

"En la locución "iniciativa económica" debe comprenderse las actividades de operadores no sólo dirigidas a crear y constituir una hacienda, sino también aquellas inherentes a la vida y desenvolvimiento de esta misma; no hay razón alguna para no entender incluidas en la norma constitucional las actividades empresariales en el sentido antes indicado, propias al sector de la agricultura . . . "Ahora bien: la ley de 16 de diciembre de 1947, N° 929 (para la imposición de mano de obra en la agricultura) viene a interferir gravemente y a incidir sobre la iniciativa personal del empresario agrícola: la libre valoración y la consiguiente autodeterminación en relación con aquellos que, a su juicio, pueden ser los elementos adecuados para dimensionar su hacienda y proveer a su organización interna, son notablemente perturbados o sustituidos por la introducción de elementos no pedidos y a menudo no idóneos, en el complejo equilibrio de la hacienda". (Op. cit., pág. 553).

Este importante fallo reconoce, como se ve por su texto, que la libre iniciativa cubre todo el desarrollo y peripecias de la vida de una empresa, y no sólo la decisión de fundarla o de continuarla, y que queda notablemente perturbada cuando se afecta materia de personal, por ejemplo: creando cuotas obligatorias de enganche, lo cual también tiene que ver con la organización.

La reserva de ley para establecer límites, contralores y programas sobre la iniciativa y la libertad privadas no es absoluta, pero debe observarse un mínimo de precisión y exactitud en la delegación que se haga en favor del reglamento, pues caso contrario la delegación se reputa inconstitucional:

C. Cost. 12 de febrero de 1963: "La reserva de ley no exige que la entera disciplina de las relaciones jurídicas venga regulada con acto normativo del Parlamento y se debe reputar como suficientes al efecto que éste último determine los criterios, las directrices idóneas para contener en un ámbito delimitado el ejercicio tanto de la actividad normativa secundaria como la particular y concreta de ejecución confiada al Gobierno, evitando que cualquiera de ellas se pueda desenvolver en forma absolutamente discrecional". (op. cit., pág. 571).

C. Cost. 24 de junio de 1961: "No basta con que la ley determine genéricamente los fines que se perseguirá. Es necesario la especificación de fines, la precisión en punto a criterios a seguir para el logro de algunos de ellos, la indicación de los medios, la determinación de los órganos llamados a realizar los programas o que se crean aptos para llevar a cabo

los contralores. No basta, entonces, atribuir un poder para la consecución de fines, sino que es necesario establecer los límites y la extensión del poder y prever los efectos que con los actos, derivados de ese poder, se producirán". (Op. cit., pág. 582).

5) *El Art. 50 y la potestad estatal de organizar la producción.*

Todo lo anterior lleva fácilmente a la conclusión de que, cuando el Art. 50 otorga al Estado la potestad de "organizar la producción", entra en conflicto frontal con los Arts. 45 y 46, que consagran la inviolabilidad de la propiedad privada y de la libertad de empresa, aun frente a actos fundados en una ley y, consecuentemente, frente a la misma ley, si se entiende propiamente el vocablo "organizar". En la hipótesis de que el acto impugnado como violatorio esté fundado en una ley, como se explicó, la ilegitimidad radica en la ley, no en el acto, y es la ley la que, al sobrepasar ciertos límites incluidos en los Arts. 45 y 46, de contenido indeterminado pero determinable caso por caso, con vista del texto legislativo, viola la Constitución y resulta anulable, de conformidad con ella.

Es evidente que esto es incompatible con la posibilidad de que el legislador, o la Administración apoderada por éste, pueda organizar la producción, en el sentido estrictamente jurídico antes visto. El término organizar la producción, jurídicamente entendido, permitiría al Estado todos los controles y actos de disposición sobre la propiedad y la creación y organización de empresas privadas que quedaron enumerados, que implicarían necesariamente la subordinación de éstas a un fin impuesto por el Estado, en función del cual se estructuraría y se dirigiría aquellas. La potestad estatal de organizar la producción privada le permitiría al Estado no sólo la creación e imposición, sino también la disolución coactivas de empresas privadas, que, por otra parte, podrían verse sujetas, con o sin texto legal de base, a potestades públicas de regulación de la estructura dirigente y administrativa de la empresa (incluso por imposición de estatutos "machote" o modelo) y a posteriores intervenciones de contralor, dirección y regulación, sobre sus actos fundamentales de manejo de personal, de administración financiera y de ejercicio de sus potestades de gobierno y de administración empresariales, sobre sobre todo en cuanto a procedimientos y formalidades para constituir y expresar la voluntad política o propiamente directora de la empresa privada. Ante todo, la potestad de organizar la producción privada supondría —de existir en el sentido auténticamente técnico ya explicado— la de imponer empresas y fines, obligando a la fundación de la empresa u obligándola a funcionar para un ramo o giro (con exclusión de otros) y a estructurarse y dimensionarse para lograr metas cuantitativas o cualitativas, como si se tratara de dependencia estatal. Si esto no es posible, ni aun en sistemas como el de Italia, con normas constitucionales que expresamente confieren al Estado (como el Art. 41) la potestad de orientar la iniciativa privada mediante contralores y programas, pareciera difícil su admisión en nuestro sistema, donde, por otro lado, los Arts. 45 y 46 consagran en forma tajante y con evidente corte decimonónico los derechos de propiedad y de libertad económica.

Esto es tanto más claro cuanto que el propio Art. 50 impone al Estado no sólo organizar sino estimular la producción, lo que claramente indica que sólo podrá organizarla estimulándola. Y el estímulo supone libertad del particular para elegir lo de su interés, pues es imposible estimular la inclinación hacia algo impuesto. Si hay actividad estatal de fomento es porque hay coincidencia de intereses entre Estado y particular, nunca imposición,⁷⁰ y es facilitando la satisfacción del libre interés privado que el Estado logra su fin, por ser coincidente. En la medida en que hay imposición, no hay estímulo, y a la inversa, pues el estímulo es un correlato de la libertad. Estimular es ayudar a la libertad a realizar su propósito, no el del Estado, aunque también sea el del Estado.

El resto del articulado constitucional confirma que, en síntesis, la potestad de organizar la producción conferida al Estado por el Art. 50 de la Constitución no es tal en el sentido técnico-jurídico, sino otra cosa. En efecto: el art. 74 de los mismos Título V y Capítulo, expresamente impone una concepción cristiana de justicia social y ordena que, de acuerdo con ella, se rijan los factores del proceso de producción y se reglamenten en una legislación social y de trabajo, "a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional".⁷¹ En otras palabras: se parte del supuesto —propio de las enseñanzas sociales de la Iglesia, únicas en las que tiene ese nombre la llamada "cuestión social"— de la existencia de un sistema de economía mixta, donde habrá propiedad y empresa privadas, distintas de las públicas, y donde habrá capital y trabajo —los llamados "factores concurrentes al proceso de producción"— que en lugar de combatirse a muerte, coexistirían y serán solidarios, por obra de una política estatal que respete y coordine ambas fuerzas y desarrolle la naturaleza propia de cada una en bien de la comunidad. La potestad de organizar la producción ha de rezar con una concepción tal y mantener la existencia del supuesto de base, que es la de una sociedad distinta del Estado, económicamente organizada a través de la propiedad y de la empresa privadas, al impulso del interés individual o de grupo, independiente, si no necesariamente distinto, del poder y de los fines del Estado. Dentro de tal sistema, la propiedad y la empresa privadas son tales porque es ese interés privado el motor principal de su explotación, así como el Estado su límite y su regulador, para impedir daños sociales e, incluso, para promover metas y programas, pero a través de un sistema que no sea incompatible con la libertad, sobre todo con la libertad para elegir fines e intereses y perseverar en la elección o cambiarla libremente, sin lo cual desaparece aquel supuesto y todo podría quedar absorbido en los mandatos de la autoridad. La compaginación de esta

70 Luis Jordana de Pozas, Estudios de Administración Local General, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1961, Tomo I, págs. 480 a 484; Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Quinta Edición, Instituto de Estudios Políticos, pág. 396.

71 Véase Nota N° 4 y, además, Luis Sánchez Agesta, Los Principios Cristianos del Orden Político, Ideologías Contemporáneas, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, págs. 128 a 133.

segunda posición "dirigista" con la propiedad y la libertad sólo es posible haciendo accesoria y secundaria, por cantidad y calidad, la imposición estatal de metas y de actos o de actividades, en relación con los que han sido libremente escogidos por el empresario. Fuera de la actividad de fomento, que no sólo es compatible sino que es potenciadora de la libertad, ésta última puede coordinarse con fines y programas impuestos sólo si los mismos dejan vivir y desarrollarse a los escogidos, respecto de los cuales aquellos otros serán y sólo podrán ser —por costo y por interés— cargas accesorias. El problema es básicamente uno de cantidad y de finalidad, como se explicará de inmediato.

El sistema constitucional de tipo mixto así consagrado en Costa Rica supone tres derechos básicos del empresario, a saber: (i) el de escoger libremente el tipo de empresa a que se dedicará, por razón del fin; (ii) el de hacer todas las decisiones fundamentales que le darán vida, identidad y desarrollo, sin lo cual desaparecería el primer derecho; (iii) el (derecho) de variar todas las decisiones y elecciones anteriores, comprensivo del de clausurar la empresa, y el de regular su ritmo de trabajo y de crecimiento, sin el cual desaparecerían los dos derechos anteriores.

Será deber de la empresa cumplir todas las obligaciones que le imponga la ley o el reglamento delegado por ésta, incluso si son de dar o de hacer, pero no será posible al Estado, por esa vía normativa, imponer obligaciones tan onerosas o multiplicar las que imponga hasta una cantidad tal que haga imposible o desalentadora la empresa o el tipo de inversión afectados. Dentro de las obligaciones posibles no podrá estar ninguna incompatible con aquellos derechos y, concretamente, no será constitucionalmente posible imponer la apertura ni la clausura de una empresa, ni su giro o ramo, ni su funcionamiento a un determinado ritmo, ni metas de inversión ni de producción (cuantitativa o cualitativamente determinadas), como tampoco la ampliación de la empresa, ni su congelación en un determinado volumen (de inversión o de producción).

Frente a tal panorama, resulta evidente que la única forma de despejar la contradicción entre los Arts. 50 y 45 y 46 de la Constitución es concluir en que el Constituyente hizo un uso impropio y empírico del giro "organizando la producción", cuando quiso decir con el primero nada incompatible con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad y de la libertad de empresa que, por otra parte, tan tajantemente consagró. ¿Qué quiso decir y disponer, entonces, el Constituyente?

No otra cosa que la posibilidad de organizar "indirectamente" la producción y el reparto de la riqueza, no la de organizarlos directamente, al organizar la empresa o la propiedad privadas. Y por "organización indirecta" entendemos, de conformidad, aquella que se reparte en dos grandes zonas: (i) organizar, en sentido propio (en cuanto implica crear o dar órganos) su producción, la del Estado como empresario, con fines de regulación, orientación y desarrollo del mercado; (ii) regular la producción —no la organización— privada.

En tal sentido el Art. 50 debe entenderse, consecuentemente, como una potestad del Estado que, de referirse a la iniciativa y propiedad privadas, significa lo mismo que potestad para fomentarlas y, al tiempo, para regularlas, en orden a un determinado fin o resultado, a través de prohibiciones o mandatos normativos aplicables al desenvolvimiento del respectivo giro empresarial, libremente escogido y mantenido, a condición de que ello sea carga accesoria y secundaria, que no impida ni la posibilidad ni la rentabilidad de la actividad en cuestión.

Es muy difícil, cuando no imposible, determinar en abstracto el momento en que una carga social o pública, conexas a un giro empresarial u ocupacional, por sí o acumulada con otras, sobrepasa la indeterminada e invisible (pero determinable) frontera constitucional de lo que le está vedado, y oprime, amenaza o restringe irrazonable o ilegítimamente una cualquiera de esas garantías; pero cabe apuntar, como última consecuencia técnica de todo lo dicho, que lo que importa será, ante todo, el mecanismo de generación y el sentido de tales interferencias públicas.⁷²

e) *Libertad, propiedad y potestades indeterminadas de regulación y disposición.*

Es inevitable, después de lo dicho, arribar a la conclusión de que las potestades normativas de contenido indeterminado son incompatible en Costa Rica con las garantías constitucionales de la propiedad y de la libertad de

72 En trabajo anterior he analizado otra interpretación, para lo cual véase Eduardo Ortiz, Costa Rica: Estado Social de Derecho, Revista de Ciencias Jurídicas, N° 29, Imprenta Trejos, San José, Costa Rica, 1977, págs. 61 y 62, pero creo ésta más completa, sin dejar de ser sustancialmente coincidente con la anterior.

Dije, entonces, que obviamente el Art. 50 contenía dos situaciones jurídicas con diferente campo de acción: la potestad estatal de organizar la producción, que, desde que técnicamente no puede entenderse como referida a la empresa privada, por todo lo ya dicho, sólo puede referirse a la empresa pública, es decir: a la producción del mismo Estado; y la potestad de estímulo a la producción (básicamente por subvención), que sólo puede referirse a la empresa privada, pues nadie piensa seriamente en un autoestímulo.

Hay, en el fondo, coincidencia entre ambos planteos, dado que únicamente queda fuera de encuadramiento en aquel primero la actividad reguladora e imperativa del Estado, distinta de su actividad de fomento, la cual actividad autoritaria actúa sobre la producción económica a través de la carga, la obligación o el deber; pero su existencia es innegable en nuestro sistema con independencia del Art. 50 y en virtud no tanto de otras normas constitucionales cuanto de principios generales del derecho público, principalmente el que sostiene el carácter ilimitado de la potestad legislativa por razón de la materia —con lo que puede abarcar cualquiera— y el que otorga al Gobierno la potestad genérica de cumplir y hacer cumplir las leyes, guardar el orden público y velar por el progreso de la colectividad (Art. 140 incisos 3 y 6 Carta Política), principios los cuales existen, además, como parte de la Constitución material viviente en Costa Rica. Entendemos por tal la forma efectiva de vida política, establecida por prácticas constitucionales y convicciones colectivas, expresadas en las primeras y en jurisprudencia constitucional; para lo cual Manuel Jiménez de Parga, Los Regímenes Políticos Contemporáneos, Tecnos, Madrid, 1974, págs. 24 y 25; e igualmente Costantino Mortati, Istituzioni di Diritto Pubblico, CEDAM, Padova, 1967, Vol. I. págs. 20 a 23, especialmente 26 y 27.

empresa. La indeterminación implica una delegación legislativa —cuando la hay, en el mejor de los casos— incompatible con la prohibición de delegaciones ilimitadas contenida en el Art. 9 y en la reserva de ley de los Arts. 28, 45 y 46. Si, para que la delegación sea posible, ha de circundarse la potestad reglamentaria de límites, bases y directrices, la ausencia de los mismos significa, por sí, inconstitucionalidad. Desde este punto de vista y, además, porque donde hay potestades opuestas a la libertad y a la propiedad, de regulación, dirección u ordenación, sin determinación de límites precisos, de observancia controlable en la vía contenciosa de legalidad, desaparece la posibilidad de defensa frente a su ejercicio y, consecuentemente, la misma libertad (como, en general, cualquier otro derecho subjetivo), puede decirse que en Costa Rica son incompatibles con los derechos de propiedad y libertad de empresa, e inconstitucionales por ahí, cualesquiera de las mencionadas técnicas jurídicas de intervención, de contenido ilimitado, por indeterminado. En otras palabras: lo normal y no peligroso será la creación de limitaciones —por legislación o reglamentación— del tipo que hemos llamado normativo en la parte inicial de este trabajo, pues en este tipo el contenido y alcance de la limitación o compresión de la libertad o de la propiedad privadas está precisamente determinado por la norma, sin necesidad de interposición de un acto administrativo de contenido discrecional, que concrete para el caso lo que es vago o lo que está en blanco en la norma de base. Este método de regulación de aquellos derechos puede articularse también a través de una delegación legislativa en favor de la potestad reglamentaria, para que la Administración Pública cree el régimen correspondiente en lugar de la Asamblea, pero entonces necesariamente dentro de límites precisos, principalmente de materia, de orientación, de límites máximos o mínimos (si el acto futuro ha de ser mensurable), de tiempo, de identificación de las normas legales que podrán ser afectadas, etc., sin lo cual la delegación sería constitucionalmente imposible, según el Art. 9 antes comentado. En esta hipótesis —que es una de regulación también normativa y no administrativa, por hallarse expresados la voluntad del legislador y los límites que impone a la delegación en forma suficientemente clara y precisa— el acto normativo de la Administración Pública se dará dentro de un margen de discrecionalidad, amplio y flexible, pero necesariamente limitado y prefijado por la ley, según se dijo.

No será admisible, consecuentemente, la regulación a través de potestades reglamentarias de contenido indeterminado, sin los límites debidos en una delegación legislativa a favor de la Administración Pública, antes indicados, porque, según lo dicho, ello sería violatorio del Art. 9 y, de rechazo, también de la reserva de ley establecida en los Arts. 28, 45 y 46 de nuestra Carta.

f) *Planificación imperativa, propiedad y libertad*

Es claro igualmente que, según los principios e instituciones de nuestro sistema constitucional, es jurídicamente imposible y está prohibida en Costa Rica toda planificación imperativa de la propiedad, de la iniciativa económica o de la empresa privadas.

La planificación se caracteriza frente a otras intervenciones públicas no sólo porque las limitaciones a que da lugar son mucho más voluminosas e incisivas, sino también porque se agrupan todas alrededor de una idea u orientación centrales a las que se subordina todo lo demás y en función de las cuales no sólo se crean potestades centrales de regulación sectorial, sin contenido ni límites determinados ni determinables, sino también privaciones (ablaciones, como diría Giannini) de potestades y de facultades tradicionalmente inheridas, hasta hoy, en los respectivos derechos subjetivos del particular, según su perfil actual o reciente.⁷³ La fijación de precios, las ventas o compras obligatorias, la pérdida de la potestad de edificación producida por la zonificación urbana, las plazas obligatorias para estudiantes pobres en establecimientos privados de enseñanza (deferidas por el Ministerio de Educación), las prohibiciones o las sanciones contra el crecimiento de una empresa más allá de un cierto porcenaje en el mercado, las cuotas y restricciones del comercio exterior, son todos ejemplos de desmembramiento de un derecho subjetivo, por ley o reglamento (delegado), que obedecen a la coordinación o subordinación estatales e imperativas de la iniciativa y de la empresa privadas en relación con los planes del Gobierno o con el manejo estatal de conjunto de la vida económica y social, para ponerla tras de resultados previstos en ese plan público.

Ahora bien: si, además de ser varias y profundas, las limitaciones o ablaciones provienen todas de una autoridad directriz y reguladora, de ubicación central, encargada de la planificación nacional o sectorial, no hay duda de que se está construyendo un nuevo tipo de interferencia sobre la libertad y la propiedad privadas, distinto y mucho más poderoso que cada uno de los actos oficiales en que se manifiesta, porque su característica está en obedecer a una voluntad capaz de disposición y orientación permanentes sobre el sector, de ejercicio no consumible, con acumulación de resultados negativos frente a la empresa tanto como frente a la propiedad, cuya combinación puede eventualmente desalentar o convertir en no rentable la

73. Es bastante difícil concebir una ley aprobatoria de un plan que, dados el volumen y la complejidad de las relaciones socioeconómicas que conformará, pueda imprimir la suficiente precisión y medida a las delegaciones normativas que contenga, sin lo cual resulta pasible de las mismas inconstitucionalidades invocadas en el apartado anterior en relación con las potestades aisladas e indeterminadas de regulación, ordenación y dirección sobre la propiedad o la empresa privadas; pero distinguidos autores opinan lo contrario, si bien aceptando índices muy bajos de precisión al respecto: véase Agustín Gordillo, La Planificación y el Poder Legislativo, en obra colectiva, "Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo Veinte", Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, Tomo II, págs. 252 y 253.

iniciativa privada, dada la inseguridad jurídica y/o la onerosidad de las cargas existentes.⁷⁴

Esto es no sólo contrario a la exigencia constitucional de potestades de intervención pública tasadas y controlables por el Juez mediante referencia a sus límites y bases, cuando de la propiedad y de la libertad de empresa se trata; sino que, todavía peor, es claramente una voluntad de subordinación del empresario o propietario a fines públicos e impuestos, declarada desde el momento mismo en que se intenta poner en marcha un programa para la conformación de la sociedad y se funcionalizan hacia sus realizaciones tanto recursos públicos como privados, tan inadmisibles como la potestad de organizar imperativamente la producción y la empresa privadas, según antes se vio, y exactamente por la misma razón, en cuanto también la planificación imperativa supone y crea sumisión del particular y empresario a fines y metas impuestos y excluyentes de su libertad en medida igual que la de la imposición. En tal hipótesis, la libertad y la propiedad dejan de ser un valor y derecho autónomos frente al Estado, para convertirse en simples instrumentos de su acción, y desaparecen como legítimas pretensiones del individuo, primordialmente inspiradas en su bien personal. La planificación imperativa es constitucionalmente imposible en Costa Rica. Para llevarla a cabo se requeriría una reforma profunda —aunque muy breve— de los Arts. 28, 45 y 46.

g) *El panorama de la jurisprudencia constitucional,*

1. La propiedad y el Art. 45 de la Constitución.

La Corte Suprema de Justicia ha declarado repetidas veces que los atributos del derecho de propiedad no están fijados por la Constitución y que, consecuentemente, es la ley —y únicamente ésta— la que determina el contenido de tal derecho, sin que, por ampliar o restringir el que está regulado en el Código Civil y leyes conexas, pueda cometerse violación constitucional. Ha dicho la Corte Suprema:

⁷⁴ Predieri, op. cit., pág. 58. "La planificación aporta algo nuevo a los institutos y a los instrumentos jurídicos, que es la unidad de orientación, la sistematicidad, la coherencia, la extensión, la interdependencia, la coordinación de las intervenciones y, consecuentemente, los efectos adicionales o multiplicativos, derivantes de la suma y de la combinación de todos esos procedimientos y actos, sea en el campo macro como en el micro-económico, cuya cuantificación más allá de cierto límite conduce en cierto momento al salto cualitativo. El sujeto que ejerce la actividad económica queda inscrito en un sistema, directa o indirectamente; sea que la planificación asuma el aspecto de un nuevo aparato de organización autoritaria, o que no lo haga, crea un orden económico diverso, que en su equilibrio dinámico condiciona la actividad de todos los operadores en las decisiones políticas". (Op. cit., pág. 58).

"El Art. 45 reconoce y garantiza el régimen de propiedad individual, pues dispone que ésta es inviolable y que nadie puede privarse de la suya si no es por un interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. Pero ni el Art. 45, ni en ninguna otra regla constitucional, se encuentran establecidos los principios que rigen el derecho de propiedad, ni tampoco se ocupa el citado texto —ni otro de la misma categoría— de señalar las condiciones en que ese derecho puede adquirirse ni la forma de comprobarlo. De suerte que la Constitución dejó todas esas cuestiones para que fueran reguladas por preceptos de carácter legislativo; y esto es lo que ha ocurrido siempre en nuestro medio, no de ahora ni a partir de la Constitución vigente, sino desde antaño, pues el derecho de propiedad nace, se consolida y se prueba de acuerdo con las normas jurídicas establecidas en el Código Civil y en algunas leyes especiales que se han emitido para regir determinados bienes". (Sesión extraordinaria de las 10 hrs. del 9 de diciembre de 1971).

En igual sentido fallo correspondiente a sesión extraordinaria de Corte Plena de 25 de noviembre de 1971.

La Corte Suprema de Justicia, por otra parte, considera que la mayoría de dos tercios de votos para imponer limitaciones a la propiedad privada —que exige el Art. 45— ha de presumirse absolutamente, si de las actas de la votación parlamentaria no consta su existencia, invirtiendo con ello la carga de la prueba, que obviamente corresponde al legislador por tratarse de votación reforzada en contra de una garantía constitucional. La Corte Suprema ha dicho que:

"El Art. 45 no ordena llenar esa formalidad (de declarar que se alcanzó la votación extraordinaria) ni tampoco obliga a dejar constancia en las actas, para fines probatorios, de la votación recibida en un proyecto de esa índole; de modo que a falta de regla que así lo disponga, ningún vicio o defecto podría atribuirse a la ley por el solo motivo de que no se hiciera constar que fue aprobada por dos tercios de votos, pues lo contrario significaría subordinar aquella validez a un requisito o formalidad intrínseca que la Constitución no establece, a lo cual se llegaría por vía indirecta, si se entendiera que no existieron dos tercios porque nada se dijo sobre ello en el acta".

De este modo, la garantía formal específica de la propiedad privada queda absolutamente presumida, sin posible prueba en contrario, y pese al total silencio al respecto en las actas legislativas en que consta la votación y aprobación de la ley.

Es dentro de este espíritu de amplitud y favor a las causas sociales —jurídicamente cuestionable, cívicamente elogiable— que también se ha decidido que el pago de la indemnización por expropiación pueda ser hecha en bonos de la deuda pública (sesión extraordinaria de 11 de noviembre de 1961, Art. XXX, Boletín Judicial de 20 de febrero de 1962) y que

puede reputarse como bueno y constitucional a ese efecto el valor de la propiedad contabilizado por el Fisco para fines de pago del impuesto territorial, aun cuando no se trate del valor declarado por el contribuyente (sesión extraordinaria N° 12 de 6 de abril de 1967, Boletín Judicial de 23 de diciembre del mismo año).

La Corte de Casación, mucho más cautelosa, ha sentado ya la regla de que el pago en bonos ha de hacerse reconociendo la depreciación de los mismos: "Si bien no se declaró inconstitucional la norma que faculta al ITCO a pagar con bonos el valor de los inmuebles expropiados, debe tomarse en cuenta la depreciación de tales títulos a la época del fallo y entregarse un monto mayor, de tal manera que si fuesen descontados de inmediato reciba el expropiado una suma equivalente a la que habría percibido con el pago en dinero, con lo que la indemnización sería equitativa por corresponder al valor real". (Casación N° 109, II Semestre 1967, II Tomo, pág. 925).

Las acciones contra limitaciones al derecho de propiedad tachadas de inconstitucionales son bastante menos numerosas que las que juegan para controlar las interferencias indebidas contra la libertad de industria y comercio, en gran parte porque la tesis de Corte Plena sobre el contenido constitucionalmente indeterminado de la propiedad es poderoso factor disuasivo contra toda acción de inconstitucionalidad. El contorno y la dureza de la libertad de empresa en nuestra jurisprudencia constitucional son, sin embargo, mucho más escurridizos, por no decir inexistentes.

2. La libertad de empresa y el Art. 46 de la Constitución.

Nuestra Corte Suprema ha adoptado al respecto una interpretación del Art. 46 que resulta más drástica contra la libertad de empresa que el Art. 41 de la Constitución Italiana, que, como se vio, permite no sólo controles sino también programas públicos sobre la iniciativa privada y que, en la doctrina y en la jurisprudencia constitucionales de aquel país, garantiza también el libre desenvolvimiento de la empresa y no sólo su libre apertura. Ahora bien, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema se distingue por dos rasgos fundamentales:

a) para que esté constitucionalmente garantizada la actividad o ramo industrial o comercial, ha de estarlo también legalmente, en forma tal que sólo aquella actividad que la ley permite puede invocar a su favor la garantía constitucional del Art. 46;

b) libres son únicamente la escogencia de ramo y la fundación y apertura de la empresa, lo que podría llamarse más exactamente la libre iniciativa o decisión inicial del empresario, no su actividad posterior. Esta, en cuanto ejercicio del derecho libre de empresa, se halla sometida a la ley, que puede imponerle toda carga, limitación u orientación de utilidad social sin prohibiciones ni cortapisas constitucionales.

En efecto: si la ley es soberana para decir qué actividad es lícita y constitucionalmente amparable, o no, sin límites de ninguna especie, la ley —por obvia mayoría de razón— es también soberana para regular la actividad empresarial hasta hacerla imposible o muy difícil, puesto que, en cualquier momento, puede prohibirla y suprimir la empresa sin vallas oponibles. La ilicitud de una actividad, según la ley, puede ser inicial o superviniente, a exclusivo juicio del legislador. La prohibición es la limitación máxima y la potestad legislativa que puede dictarla sin justificaciones es perfectamente apta para dictar cualesquiera otros tipos de limitaciones o cargas menores de la libre empresa, equivalentes, o no, a esa prohibición, si para imponer esta última no es invocable en su contra ningún límite constitucional. En otras palabras: quien puede prohibir, puede también prohibir lo que está permitido y en estado actual de ejercicio. Se dan fallos muy ilustrativos en la materia, a saber:

Fallo constitucional correspondiente a sesión extraordinaria de Corte Plena N° 34 de 9 de julio de 1973:

"La libertad de comercio que existe como garantía constitucional es un derecho que cualquier persona tiene para escoger sin restricciones la actividad comercial *legalmente permitida* que más convenga a sus intereses, pero ya en ejercicio de esa actividad, la persona debe someterse a las regulaciones que la ley establezca, como sería la fijación de precios para el consumidor, la de pagar determinados salarios a los trabajadores y eventualmente la limitación de ganancias que se estime conveniente, de modo que el ejercicio del comercio no conlleva el derecho a una libertad irrestricta, máxime cuando se está en presencia de una regulación que se considera de interés público general".

Hay total conformidad con los ejemplos, pero no con la tesis inicial, que los sobrepasa. En igual sentido fallo de sesión extraordinaria N° 55 de 22 de agosto de 1968, (Boletín Judicial de 10 de abril de 1969).

Resalta bien claro del fallo citado que, según el mismo, para que haya libertad de comercio es necesario que la escogencia del empresario recaiga sobre actividad "legalmente permitida" y que, en consecuencia, esa libertad no se dará cuando la actividad esté legalmente prohibida, porque lo está. De esto podría caber duda, pero otros fallos la despejan muy bien. El caso es muy sencillo: se pasa una ley que prohíbe absolutamente la venta de café que no sea puro o la venta de café con otros elementos, incluso el azúcar. Evidente es que la norma no tiene por finalidad proteger la salud, pues el azúcar o se pone en la fábrica, o se pone en la casa o en el restaurante. La finalidad es una no muy compatible con la libertad del comercio: es incrementar el consumo del café (que no es bebida medicinal) en beneficio de la clase cafetalera, la más pujante del país. Con tal motivo, establecimientos comerciales que venden las llamadas "infusiones" de café con otros ingredientes no dañinos a la salud, y que tendrían que clausurar sus empresas, impugnan la ley por inconstitucional, por ser una restricción del comercio no sólo ruinosa sino claramente incompatible con la libertad de empresa, que prohíbe favorecer a unos en contra de otros empresarios, sin

motivo razonable que lo justifique. La Corte Suprema, invocando razones de protección a la salud apenas mencionadas en la motivación y el texto de la ley combatida, dijo:

"Discutido ampliamente el caso, se dispuso declarar sin lugar al recurso porque, según el Art. 1 de la Ley 1616 de 3 de agosto de 1953, la prohibición de usar el café como ingrediente en la preparación de cualquier producto alimenticio está condicionada a que se emplea como infusión, mezclándola con otro, pues el propósito de esa ley es que tal producto se consuma puro, de modo que no exista siquiera la posibilidad de que, mediante combinaciones con otros productos, resulte afectada la salud del consumidor. Tal disposición no amenaza ni restringe la libertad de comercio, pues la garantía que otorga el Art. 46 de la Constitución se refiere al comercio lícito y no al que prohíbe la ley".

Fuera de que no estaba probada ninguna amenaza a la salud del consumidor como motivo de la ley, lo más importante del fallo es su párrafo final: "La garantía que otorga el Art. 46 de la Constitución se refiere al comercio lícito y no al que prohíbe la ley". Esto significa que toda ley prohibitiva de una actividad industrial o comercial es constitucional, puesto que es extraña al campo regulado por el Art. 46. Sí, como dice el fallo citado, éste se refiere "al comercio lícito y no al que prohíbe la ley", resulta evidente que toda ley reguladora de las actividades industriales o comerciales será constitucional, a condición de que sea prohibitiva, porque la prohibición impide que la garantía entre en juego. Condición esencial para que lo haga es que la actividad sea legalmente permitida, y, en consecuencia, que previamente lo haya decidido así el legislador. Si, por el contrario, éste opta por la prohibición, la condición necesaria para que nazca la garantía desaparece y la misma no adquiere vigencia para la actividad prohibida. Previamente a la aplicación del Art. 46, el legislador ha de hacer una opción no cobijada por el texto de dicho artículo, que es la de prohibir o permitir la actividad empresarial proyectada. Ninguna de las dos alternativas es por sí inconstitucional y la opción en favor de cualquiera es perfectamente constitucional. La ley es soberana al respecto. La ley nunca puede ser inconstitucional en materia de libertad de comercio.

La tesis opuesta fue brillantemente defendida por el ex-Magistrado Víctor Manuel Elizondo Cerdas, un apóstol de la Constitución y de los derechos humanos, diciendo en el único voto salvado:

"La ilicitud de un producto, en un sistema de gobierno constitucional que garantiza ampliamente la libertad de comercio e industria, no es condición que pueda crear la ley; ésta, a lo más, puede señalarla cuando de la propia naturaleza de la cosa exista. Si el legislador tuviere un derecho absoluto de calificar como ilícitos la industria y el comercio, tendría a su mano el recurso más poderoso para anular cuantas veces quisiera la libertad de acción, que en relación con esas actividades humanas garantiza la Constitución y contra ésta podría prevalacer la autoridad de la Asamblea Legislativa".

No puede expresarse mejor la tesis favorable al carácter "pétreo" de la libertad de empresa, si es que ésta existe.⁷⁵ Sin esa dureza, es evidente que cualquier forma de limitación de la libertad de empresa, que no sólo la amenace o restrinja, sino que la suprima totalmente sin motivo razonable, puede resultar compatible con el texto constitucional, porque éste resulta necesariamente dependiente de la ley para su aplicación, por el mero hecho de ser ley, aun si es infundada y arbitraria. Si el Art. 46 —con su tajante texto a favor de la empresa privada— significa algo, es precisamente la existencia de ese núcleo "pétreo" de potestades y facultades de fundación, organización y dirección de la empresa privada, que no sólo tiene que ser respetando sino que, caso por caso, se convierte en criterio de validez de la ley de la materia, y la hace nula cuando ésta incursiona dentro de ese "núcleo", más allá de lo compatible con la función jurídica de éste último en beneficio del empresario. Esto requiere leer detrás del texto y de la gramática de la Constitución, a la luz de la doctrina. Nada tan extraño a la Constitución como la interpretación literal de sus disposiciones, que no son únicamente meros juicios normativos, sino expresión técnica de una ideología nacional, a partir de ciertos valores fundamentales. Es evidente que la libertad de empresa es un hito constitucional,⁷⁶ y uno de los que, consecuentemente, habría que entender a la luz de lo que son la historia, la doctrina, la opinión pública y el derecho comparado sobre la misma. Pero este enfoque nunca ha sido aceptado por nuestra Corte Suprema, que ha hecho declaraciones nítidas en contrario:

"La invalidez de una ley, por ser contraria a los dictados constitucionales, debe resultar de la evidente oposición entre los textos respectivos. No puede estimarse que exista el vicio, en consecuencia, si tal contraposición resulta de asignarle o de negarle a la ley determinados alcances, de los que así, por vía de interpretación y frente a intereses ya en litigio, la disposición legislativa puede resultar constitucional o inconstitucional, eso sería invadir el ámbito o esfera de acción propia que corresponde a los jueces que deben resolver la controversia, y en ciertos casos, aun atribuirle una función que no corresponde a esta Corte, la de declarar, explícita o implícitamente, la inconstitucionalidad de los pronunciamientos en justicia (sesión extraordinaria Corte Plena N° 29 de 14 hrs. del 27 de junio de 1957, Boletín Judicial N° 182 de 14 de agosto de 1957, Considerando II).

Nada más dañino que la interpretación exegética de las normas en el derecho constitucional. El Art. 46 nada dice expresamente sobre el contenido de la libertad de empresa, sino que, suponiéndolo adquirido doctrinaria o colectivamente (a modo de regla extraída de la opinión y conciencia

75 Jean Francois Aubert, Droit Constitutionnel Suisse, Vol. II, Editions Ides et Calendes, Neuchatel, Suisse, 1967, pág. 669 y stes.

76 George Burdeau, La Democracia, Ediciones Ariel, 1959, pág. 90 a 94, especialmente pág. 93.

pública), se limita a consagrar la libertad, dejando no sólo a la ley sino, sobre todo, al Juez, encargado de desentrañar su sentido, de hallar el "núcleo esencial" de la garantía y de protegerlo contra el mismo legislador. Ese núcleo "pétreo" no está en el texto escrito, pero tampoco es necesario que lo esté, para existir y ameritar protección. Este núcleo lo dan la historia de la institución, su doctrina, el derecho comparado y la conciencia valorativa de la comunidad. Y ello ocurre igualmente en materia de derecho de propiedad, cuyo concepto y alcances no están escritos en la Constitución, pero obviamente están contenidos en ella. Oportunamente hicimos ver que se trata de concepto técnico-jurídico, ni siquiera de un indeterminado, cuyo perfil esencial puede ser fácilmente obtenido con la doctrina y principios generales del derecho de la propiedad, público y privado. La Constitución no lo dice, pero al regularlo, incorpora toda la doctrina del derecho de propiedad a su texto, que así es accesible únicamente en forma indirecta y no atendiendo ni conformándose con la letra de los Arts. 45 y 46.

Es evidente, para concluir, que ante la posición amplia asumida por nuestra justicia constitucional a favor de las intervenciones sobre la propiedad y la libertad de empresa privadas, todo es posible frente a ellas, principalmente en contra de su ejercicio. La jurisprudencia, en efecto, se ha limitado a decir lo que es constitucional, no lo que es inconstitucional, en relación con los Arts. 45 y 46 (en seguimiento de una política de rechazo de los recursos de inconstitucionalidad, mientras no sea evidente e inequívoco —aunque no sea literal— el choque entre ley y Constitución). En consecuencia: desde hace ya muchos años es posible, en Costa Rica, someter ambos derechos a potestades indeterminadas de regulación, dirección u ordenación, como si se tratara de derechos subjetivos de ente público y no de particulares. ¿Será posible, de acuerdo con esta jurisprudencia constitucional, la planificación imperativa de libertad y propiedad privadas en Costa Rica?

Sólo la observación del legislador y el análisis de la ley, pueden dar la respuesta.

h) *El ordenamiento legal.*

No hay ley que autorice como tal una planificación imperativa sobre la iniciativa económica privada. Hay una Ley de Planificación referida al sector público (Nº 5507 de 19 de abril de 1963), que sólo por virtud de otra rige en forma imperativa (Nº 5507 de 19 de abril de 1974), mediante el sistema llamado de los presidentes ejecutivos, supremos jerarcas unipersonales del gobierno de los entes públicos descentralizados, en materia de políticas del servicio público de cada uno. El Presidente Ejecutivo de la institución es, a su vez, un órgano sujeto a la dirección del Presidente de la República, quien lo nombra y quien, por ese medio, dirige todo el sector público estatal.

La planificación imperativa pública no se aplica, sin embargo, a los entes públicos no estatales. Esto permite anticipar la inexistencia de planificación imperativa para el sector privado, que efectivamente no se da.

No la prevén ni la autorizan ni la Constitución ni la ley. Ello no obstante, muestra legislación presenta algunos ejemplos críticos —aunque pocos— de potestades reglamentarias y de dirección en mano de entes u órganos de la Administración Pública, de muy diversa figura, cuyo contenido es claramente indeterminado, lo mismo que de actividades sujetas a un régimen escrito incompleto, que, sin embargo, apunta hacia la existencia de un interés público en la actividad empresarial y a su conversión en un "servicio público virtual".

i) Comercio.

En virtud de Ley de Protección al Consumidor (Nº 5665 de 28 de febrero de 1975) el comercio queda erigido en actividad de interés público, sin distinciones ni categorías de ninguna especie, sea: todo el comercio, de cualesquiera bienes y servicios. De acuerdo con el Art. 2.b. de dicha ley todos éstos —sin excepciones— tienen o deben tener precio oficial máximo o, supletoriamente, utilidad máxima igual a la establecida por la legislación anterior sobre la materia, dentro y fuera de estados de necesidad o de situaciones de emergencia. Para cumplir sus cometidos, el Departamento de Comercio Interior del Ministerio de Economía, Industria y Comercio tiene potestades tan amplias como las de: Art. 4, inciso c). Dictar medidas que produzcan el adecuado abastecimiento del consumo interno; h) Regular la distribución de artículos para el consumo nacional; d) Prohibir la exportación, cuando a juicio del Ministerio haya escasez, actual o futura, de un producto; k) Dictar medidas para asegurar un efectivo cumplimiento de las normas oficiales de calidad.

Según el Art. 18.a. es acaparamiento delictivo el tener inventarios superiores a los normales para el giro normal de los negocios, aunque no haya escasez y aunque haya abundancia, cuando ello se haga con el fin de provocar escasez, a exclusivo juicio del Ministerio; por el inciso ch) ídem es también delito "la interrupción, paralización o disminución intencional en la prestación de un servicio o en la capacidad productiva de una planta industrial, con el propósito de alterar el mercado u obtener ventajas económicas o de dificultar el abastecimiento", aunque haya abundancia del bien o del servicio.

En síntesis: por virtud de la ley en examen el industrial y comerciante está obligado a funcionar siempre a un mismo nivel de productividad o a uno creciente en beneficio del mercado, con prohibición de cerrar o disminuir producción como resultado de decisiones empresariales tomadas con vista de la rentabilidad y eficiencia de la inversión; y está sujeto el empresario a potestades reglamentarias y directrices totalmente indeterminadas en su contenido, en mano del Ministerio de Industria y Comercio, para garantizar que su empresa funcione de acuerdo con las políticas de producción y abastecimiento del Gobierno de turno, en época de paz y de agitación, de abundancia o de escasez, de bonanza o de crisis económica del país.

El Reglamento (Nº 5000-MEIC de 2 de julio de 1975), con clara violación de la Ley y para atemperar sus excesos, ha reducido su aplica-

ción a los artículos de una lista (Art. 5), ampliable ésta por decreto ejecutivo, pero ha preservado el sistema neutro de la ley en punto a la contraposición entre épocas de crisis y de normalidad, con lo que, por un lado, la lista es ampliable sin límites y, por otro, la ampliación es posible aun en épocas de normalidad dentro del sector industrial o comercial afectado.

Lo grave del sistema está, sobre todo, en la total carencia de definición respecto al contenido de las múltiples potestades normativas y de dirección sobre el comercio otorgadas por ley y reglamento al Ministerio (de Industria y Comercio), la menos grave de las cuales es —precisamente por estar ya prevista en su contenido— la de fijar precios. La ley ha convertido una técnica típica de la emergencia nacional y del estado de necesidad pública.—la determinación imprecisa del motivo acompañada por la total indeterminación del contenido— en una institución normal y operante aun en épocas de bonanza económica.

ii) Bolsas de Comercio [Art. 400 inciso c) Código de Comercio]. La sociedad bolsinista quedará sometida a la "vigilancia permanente del Banco Central de Costa Rica, que será ejercida de acuerdo con los reglamentos que dicha Institución promulgue, los cuales se referirán a las normas que deban seguirse para efectuar las operaciones de la bolsa; a los requisitos para el registro de accionistas y títulos valores que el Banco estime convenientes para el cumplimiento de la ley; a las normas que deben seguirse para el ordenado funcionamiento de la bolsa y las tarifas de comisiones aplicables a valores del Estado o de sus instituciones que sean colocados por su medio".

Los reglamentos dictados por el Banco Central han sido no solamente los necesarios para garantizar la seriedad de las transacciones sino también para abrir la bolsa a la circulación de la mayor cantidad posible de títulos y para aumentar al máximo el volumen de las transacciones, naturalmente sin perjuicio de aquella seriedad, y en función de las políticas oficiales de crédito público y privado decretadas por el mismo Banco Central.

iii) Bosques y montes (Ley Forestal N° 446 de 25 de noviembre 1969).

La Ley prevé la existencia de una Dirección General Forestal en el Ministerio de Agricultura, entre cuyas atribuciones está la de "fomentar y ejecutar todos los planes, proyectos y programas derivados como resultado de la aplicación de la política forestal del Estado".

El Art. 6 prevé la existencia de fincas privadas boscosas sujetas al Régimen Forestal, por lo que se entiende "el conjunto de disposiciones de carácter jurídico, técnico y económico, establecido por la ley y por los reglamentos, decretos y resoluciones derivadas de su aplicación, que regulan la conservación, protección y racional aprovechamiento de los bosques y terrenos forestales".

El Art. 71 establece la posibilidad de terrenos boscosos privados sujetos obligatoria, y no voluntariamente, al Régimen Forestal cuando sean

indispensables para la realización de este último, y, si hubiese negativa del propietario a obedecer el plan de explotación correspondiente, autoriza la expropiación de tales terrenos. Si el particular acepta el plan dicho, puede darse el caso de un particular sometido a reglamentación de autoridad pública para la explotación de bosques y maderas de su finca. Cabe pensar si habrá auténtica libertad para rechazar la inmersión en ese sistema reglamentario cuando el no hacerlo hará legalmente obligatoria la inmediata expropiación de la finca.

La duda se fortalece cuando se advierte que, según el Art. 8 ibídem, "los bosques y terrenos forestales declarados zonas protectoras y que sean de propiedad privada, estarán sometidos obligatoriamente al Régimen Forestal", y, en este particular caso de zonas protectoras, sin necesidad de recurrir a la expropiación para alcanzar el cumplimiento del plan. Se da el caso muy perfilado de finca particular sujeta a regulación administrativa, indeterminada e indeterminable por razón de su contenido.

El sistema de autorización discrecional en cuanto a motivo y contenido, por ausencia de determinación legal de los mismos, está consagrado claramente en el Art. 30, que impone obtener aprobación de la Dirección General dicha para iniciar la ejecución de cualquier plan de explotación de una finca boscosa, pública o privada, cuando el proyecto suponga eliminación del bosque. Es un hecho que, por otra parte, la aceptación del Régimen Forestal conlleva incentivos fuertes cuya pérdida deteriora gravemente la posición competitiva del empresario en el mercado y cuya obtención, a la inversa, convierte la explotación agrícola e industrial de los bosques en gran negocio. Esto ha determinado la inserción voluntaria de la gran mayoría de los finqueros y empresarios en el Régimen Forestal, dentro del cual quedan sujetos a intensa regulación administrativa (de la dicha Dirección General) sin otro límite que el señalado por la legislación ordinaria (Arts. 64 y 69).

iv) Salud (Código de Salud, Ley N° 5395 de 8 de noviembre de 1973).

Según el Art. 55 del mismo: "Los profesionales autorizados legalmente para prescribir medicamentos y los autorizados para despacharlos, deberán atenerse a los términos de las farmacopeas declaradas oficiales por el Poder Ejecutivo y quedan, en todo caso, sujetos a las disposiciones reglamentarias y a las órdenes especiales que dicho Poder dicte, para el mejor control de los medicamentos y el mejor resguardo de la salud y de la seguridad de las personas".

El Art. 71 establece claramente el sistema de la autorización, al disponer que deberá obtenerla previamente a la iniciación de la actividad todo aquél que quiera organizar o prestar servicios médicos para las personas, lo que se completa con una potestad abierta de regulación, en favor del Poder Ejecutivo, sobre todo establecimiento o actividad médicos, los cuales deberán reunir los requisitos que indique aquél Poder, en especial en lo que toca normas de trabajo y organización, tipo de personal

necesario, planta física, instalaciones, equipos, sistemas de saneamiento y de eliminación de residuos y otros especiales que procedan atendiendo a la naturaleza y magnitud de la operación del establecimiento". (Art. 70).

Normas parecidas se dan en forma detallada y precisa en relación con cualesquiera otras instituciones y actividades relacionadas con la salud humana, siempre dejando a salvo la potestad indeterminada de reglamentación e, incluso, de ordenación concreta sobre aquellas, en favor del Ministerio de Salud.

v) Turismo (Ley del Instituto Costarricense de Turismo N° 1917 de 30 de julio de 1955).

Dispone el Art. 26, inciso m) que "Se entiende que todas las actividades relacionadas con el turismo estarán sujetas sea al control, sea a la vigilancia del Instituto (Costarricense de Turismo)". El inciso n) ibídem, por su parte, autoriza a la Junta Directiva correspondiente para "adoptar todas las demás resoluciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus fines".

No queda claro si ello faculta al Instituto dicho para reglamentar la actividad turística privada, en cuanto obviamente puede vigilarla o controlarla (sin que se haya precisado reglamentaria ni jurisprudencialmente cuál es la distinción entre vigilancia y control). Es evidente que, dada esta base legal, el reglamento de la Institución o del Poder Ejecutivo podría crear posteriormente un sistema de control preventivo por autorización, a modo de desarrollo de aquella otra genérica potestad de vigilancia y/o de control, a que alude la ley. Ocurre que, según el Art. 39 ibídem, todo establecimiento relacionado con el turismo —como hoteles, paradores, pensiones, restaurantes, bares, cantinas, cafés, clubes nocturnos, así como empresas de transporte, agencias de viaje y otras similares— tiene que obtener la aprobación de tarifas, previamente a su aplicación, por el Ministerio de Gobernación, sin que puedan variarse por otra vía. Ello ha permitido al Estado intervenir sobre las políticas de inversión y, finalmente, de costos de operación en los centros turísticos, dado el carácter discrecional de la aprobación tarifaria, que puede abarcar aspectos de mera oportunidad de la tarifa, como la coordinación de la misma con las políticas del Instituto Costarricense de Turismo, el impacto a corto o largo plazo de la tarifa sobre el flujo turístico, el favor a tarifas altas en dependencia del nivel de inversión y de ubicación del establecimiento, etc.

La tendencia del sector turístico es claramente hacia la intervención pública no sólo de los precios sino de la financiación y orientación en el campo turístico. El control por aprobación de tarifa no permite, sin embargo, crear ni reformar la propuesta, protestad que es exclusivamente de los centros turísticos controlados. El Ministerio de Gobernación, en otras palabras, puede aprobar o improbar en bloque, no imponer una tarifa distinta de la propuesta, por sustitución total o parcial de la misma. La garantía es más aparente que real, sin embargo, porque, en primer término, la mera

improbación puede paralizar las actividades turísticas, que sin ella no pueden seguir adelante con sus proyectos, lo que abre la posibilidad al Ministerio en cuestión de dictar verdaderos reglamentos modelo, cuya observancia condiciona el otorgamiento de la aprobación, como si se tratase de concesión y no de aprobación, los cuales pueden fijar minuciosamente las condiciones de trabajo de los centros turísticos; por cantidad, calidad, costo y estilo, e indirectamente determinar sus dimensiones y orientación expansiva, como si se tratara de servicios públicos, todo a cambio de la aprobación. Y, en segundo lugar, porque el límite impuesto por la naturaleza de la aprobación, ya mencionado, es muy frágil, sabedoras las empresas privadas de la suerte que les espera si, por mantener una tesis distinta a "las recomendaciones" así formuladas, se privan de todos los incentivos que ofrece el aceptarlas. La industria turística está hoy, en Costa Rica, condicionada no sólo por las políticas generales de incremento adoptadas por el Instituto Costarricense de Turismo y por la potestad de aprobación de las tarifas de toda actividad turística correspondiente al Ministerio de Gobernación, sino, sobre todo, por la potestad de dictar las "recomendaciones" modelo, enunciadas por ambas entidades, para orientar la actividad turística como un todo de conformidad con los planes nacionales formulados y elaborados por ellas, sin intervención decisiva del sector privado.

vi) Banca.

La privada está sujeta a la vigilancia y fiscalización permanentes del Auditor General de Bancos, en tanto que su apertura e iniciación de actividades quedan supeditadas a autorización del Banco Central, previo informe de dicha Auditoría, que versará únicamente sobre el cumplimiento de las disposiciones y requisitos legales a ese efecto, contenidas en el resto del articulado de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (N° 1644 de 26 de setiembre de 1953). Ello no obstante, dado el hecho de que, por un lado, hay un monopolio a favor de los Bancos del Estado de los depósitos a la vista (por decreto-ley de 21 de junio de 1948); y el de que la dirección del crédito, tanto público como privado, corresponde al Banco Central [Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, N° 1552 de 23 de abril de 1953, Arts. 5 inciso 7) y 85 y siguientes], hay total subordinación de la banca privada (casi inexistente en Costa Rica) a este último y a sus políticas de crédito (en cuanto a tasas de intereses, límites de crédito para fines determinados, garantías, plazos, etc.), cuyo respeto y cumplimiento son condición necesaria para la vigencia de la autorización de base. En uso de tal potestad de dirección del crédito el Banco Central puede establecer por reglamento propio controles cuantitativos y cualitativos sobre el comercio exterior y sus plazos de pago (Art. 97 in fine) y las regulaciones que pueda dictar sobre la banca privada, en esta materia o en cualquier otra relativa al uso del crédito comercial que reputa oportuno regular, pueden ser no sólo generales sino también individuales para un banco o grupo bancario o financiero, a condición de que, en esta última hipótesis, la respectiva disposición haya sido adoptada por unanimidad de la Junta Directiva del Banco Central (Art. 125 ibídem).

Como una consecuencia de lo dicho no sólo están sujetas a vigilancia y regulación (pero legalmente definida por motivo y contenido) las actividades de las entidades y personas físicas que sean financieras de inversión y de crédito especial no bancario, por Ley N° 5044 de 13 de setiembre de 1972 y sus reformas (que atribuyen al Banco Central la potestad de autorizar la constitución e inscripción de las mismas, y la de fijarles tasas de interés y comisiones máximas activas, encajes y composición de cartera y topes de ésta, y tasas de interés pasivas, según sus Arts. 3, 5, 6 y 13 ibídem), sino que hay, además, una potestad reglamentaria genérica e indeterminada por su contenido, propia del mismo Banco Central, para regular cualquier operación comercial privada a plazo, principalmente las compraventas, con énfasis en cuanto a prima mínima, plazo máximo y garantía, según que la mercadería esté, o no, incluida en una lista oficial, y que sea nacional o importada (todo por virtud de acuerdo de Junta Directiva del Banco Central de 6 de diciembre de 1974, Gaceta N° 239 de 14 de diciembre de igual año, fundado en el Art. 13 infine de la Ley N° 5044 y sus reformas, antes mencionada).

Lo dicho significa el enorme poder del Banco Central sobre la vida económica y el comercio nacionales, a partir de una potestad indeterminada de reglamentación de toda su banca, pública y privada, como de cualesquiera operaciones mercantiles a crédito, sobre cosas o sobre títulos valores, tanto si es de empresa pública cuanto si emana de empresa privada.

vii) Educación.

El decreto N° 3 de 10 de marzo de 1961 ha regulado la existencia de establecimientos privados de enseñanza en todos los niveles, excepto en el universitario, mediante la técnica de la autorización de apertura, seguida de potestades amplias de vigilancia y disciplinarias, y también de fijación de planes y de programas de estudio modelos, que se reputan el mínimo del respectivo curriculum, con posibilidades de cursos extraordinarios, previa aprobación del Consejo Superior de Educación, siempre que ello no afecte la salud mental de los educandos, según el Art. 11 ídem. Ello no obstante, el otorgamiento de la autorización parece ser reglado y depender de requisitos cuya existencia es de fácil y exacta comprobación, sin margen de apreciación discrecional para la autoridad encargada; la autorización, en otras palabras, es debida y no programática y el Consejo Superior dicho carece de potestades de regulación o dirección sobre los establecimientos afectados, una vez dada la licencia de apertura, todo ello sujeto a revocación o suspensión de la misma por razones de tipo disciplinario. Es cierto que el mismo Consejo Superior tiene potestades para conocer de planes de fomento de la educación pública y para dictar los que deban observar los establecimientos educativos en general, pero ello es, según la ley (N° 1362 de 8 de octubre de 1951), para el sector público; para el privado aquella se limita (Art. 4.h) a calificar al Consejo como órgano de conocimiento (alzada) de las resoluciones provenientes de los inspectores de escuelas y colegios privados, lo que obviamente es

cosa distinta. Puede pensarse, sin embargo, en que la potestad de imponer planes y programas de estudio, incluye la del reglamentar y controlar su ejecución con el máximo de provecho para la formación del estudiante y que, desde este ángulo, aquella potestad va acompañada de otra inherente de regulación y dirección imperativas de la enseñanza privada. El Código no permite despejar la incógnita, pero es menos aceptable quizá esta última tesis que la primera, por menos congrua con la libertad constitucional de enseñanza.

El espíritu no meramente policíaco ni preventivo del Código de Educación salta a la vista no bien comienza la lectura del Reglamento de Establecimientos Privados de Enseñanza (N° 8 de 10 de marzo de 1961): más que de evitar daños, la ley se preocupa por asegurar la educación mejor posible, aquella que más capacite al niño o al joven para servirse y servir a los demás, como agente principal del cambio social; pero ello no podría ser de otra manera en materia de educación, donde lo que cuenta ha de ser siempre la excelencia mucho más que el mínimo de rendimiento. Pese a la difundida creencia en contrario, la intervención del Estado en la enseñanza privada costarricense es mucho más tenue y menos determinante que la que tiene sobre la pública, que es incomparablemente mucho más extensa, penetrante y decisiva.

viii) Planificación urbana y edilicia.

La planificación urbana y edilicia está regulada por leyes N° 4240 de 15 de noviembre de 1968 y N° 833 de 4 de noviembre de 1949, respectivamente, mediante la consagración legal de una potestad genérica de reglamentación de una y otra actividad por el municipio respectivo, potestad que, en primer término, está delimitada en sus rasgos fundamentales por razón de su contenido (pues se prefijan legalmente los temas y el sistema de las limitaciones que habrá de contener el plan regulador y los reglamentos edilicios) y, en segundo término y sobre todo, así está permitido que sea por atribución constitucional de tal potestad al Municipio, englobada en la autonomía para la dirección y administración de los negocios locales que le garantizan los Arts. 169 y 170 de la Carta. Se trata de planificación con base constitucional cierta y muy sólida. La planificación urbana, a la inversa de la agraria, es la única que parece tenerla en Costa Rica. Ello no obstante, podría avanzarse la duda de que al tratar de la propiedad inmueble, la reserva legal creada constitucionalmente por el Art. 45 impida la autonomía municipal en la materia y exija, en todo caso, la intervención de la ley, sea reguladora, sea de delegación por bases y directrices, según lo antes explicado. Si así fuere, la delegación contenida en el Art. 2 de la ley de Construcciones sería insuficiente para respetar dicha reserva, a fuerza de vaga e imprecisa. Pero la falta o carencia la suple sobradamente la Ley de Planificación Urbana, que viene a contemplar lo mismo, pero detallada y articuladamente, aspecto por aspecto fundamental de la edilicia urbanística, al menos en la mayoría de los casos.

La planificación urbanística y edicilia está delegada hoy a los municipios en forma precisa y limitativa, como sería constitucional aún si la autonomía municipal en materia local, indudablemente normativa a más de administrativa y servicial, no fuese por sí justificación suficiente de la reglamentación municipal, amplia y exhaustiva, vigente al respecto.

CONCLUSION

La ley y la jurisprudencia constitucional costarricenses, al consagrar la inexistencia de un contenido constitucional intangible de la propiedad y de la libertad de empresa, han permitido la proliferación de una serie de delegaciones legislativas sobre la materia, creadoras de potestades reglamentarias de contenido indeterminado, incompatibles no sólo con la reserva de ley (establecida en los Arts. 45 y 46 de la Carta, a modo de garantía de su existencia) sino también con la evolución histórica y doctrinal de ambos derechos, que demuestra su perduración con un núcleo sustancial de potestades, derechos subjetivos y facultades, variable con el tiempo pero peculiar e identificable como "pétreo" en un momento determinado, sobre todo tratándose de la propiedad. Esta es una institución jurídica de contenido técnico perfectamente definido en el derecho privado y aun en el público, donde, a lo sumo, se cuestiona la inherencia al mismo de un libre derecho al no uso o a la libre transformación, para imponer el uso de la transformación en un cierto sentido. La libertad de empresa, en cambio, es un concepto indeterminado, pero determinable con vista de las circunstancias de la materia regulable, cuya elasticidad es su garantía y defensa mejores. Al convertir ambos derechos no sólo en indeterminados, sino en indeterminables en punto a núcleo y contenido, enfrentándolos en blanco a la ley o al reglamento, nuestro legislador, ayudado por nuestra jurisprudencia constitucional, ha operado aquellas delegaciones que, vistas desde el ángulo del Art. 9, a la luz de los Arts. 28, 45 y 46 de nuestra Carta, son perfectamente opuestas a ésta última.

La propiedad privada y la libertad de empresa no existen hoy en Costa Rica, ni frente a la Asamblea Legislativa ni frente al Poder Ejecutivo, cuando aquella delega en éste la regulación de ambos derechos sin límites de contenido, ni dirección u orientación, dado que la Corte Suprema hace depender de la ley —y únicamente de ésta— la configuración de uno y otro derecho, por encima de la evolución histórica, doctrinaria y constitucional de las respectivas instituciones, en nuestro país y en el mundo occidental en general. Y esto hace también posible y legítima que se importe de Francia la doctrina y la institución del servicio público "virtual", reconociendo que la situación es la misma cuando la ley, en lugar de conferir o crear expresamente potestades indeterminadas e ilimitadas (por su contenido) para la regulación y/o dirección sobre la propiedad y la libertad, lo hace tácitamente, sujetando a autorización discrecional el inicio de la explotación o giro en cuestión.

La transformación de los derechos constitucionales de propiedad y de libre empresa, por obra del legislador del reglamento y de la jurisprudencia constitucional, es tan profunda y cabal en Costa Rica que hace casi innecesaria una reforma constitucional que la actualice y consagre, la cual parece ser meramente útil con fines de interpretación o aclaración. La inexistencia de tales derechos a nivel constitucional y como garantía pública individual es hoy parte de lo que podría llamarse la Constitución Material (legal y jurisprudencial al tiempo) de Costa Rica. Propiedad y libertad económica son hoy, en Costa Rica, una creación legislativa reglamentaria y jurisprudencial, librada enteramente al arbitrio del legislador, de la Administración o de la Corte Suprema, sin otra protección constitucional que la reserva de ley reforzada prescrita en el Art. 45, y se hallan expuestas a su conversión en servicios públicos "virtuales", bajo la regulación, dirección y ordenación estatales, en cualquier momento y por cualquier relevante motivo de interés público, a juicio del Juez, del Legislador o de la Administración.

Es indudable que la Corte Suprema ha declarado y amparado el derecho constitucional a la indemnización plena en los casos de expropiación, a que se refiere el art. 45 C. Política. Ello no obstante, el contenido de tal derecho reparador y compensatorio de la propiedad perdida es también incierto, justamente en cuanto sucedáneo de la propiedad. Si, según reiterada declaración jurisprudencial, esta última carece de contorno y contenido constitucionales, es imposible definirlos para efectos de su garantía y protección cuando la causa del daño o del peligro sea una ley. La consecuencia inmediata e insoslayable de la indeterminación constitucional del contenido de la propiedad privada o de la libertad de empresa es, en efecto, la legitimación automática de toda ley que las regule, puesto que —falta de límites o parámetros constitucionales— nunca podrá violarlos y su campo de regulación será potencialmente ilimitado. Si la propiedad no existe a nivel constitucional, por falta de norma con ese rango que fije su contenido, es imposible saber, al mismo nivel, cuáles invasiones o incursiones sobre la misma son (lesión de derechos integrantes de ella) necesariamente indemnizables por mandato constitucional, y cuáles son, en cambio, regulaciones y/o privaciones no correspondientes a ningún derecho subjetivo y, por ello mismo, no indemnizables. Si no sabemos qué es propiedad, cómo saber qué es expropiación? ¿Si no sabemos qué es libertad de empresa, cómo saber qué son amenaza o restricción ilegítimas de ella?

Lo anterior conviene decirlo, al menos, para quienes no son especialistas y, en todo caso, para los costarricenses, quienes lo ignoran en su gran mayoría.

REGIONALIZACION SOCIO-ECONOMICA Y ADMINISTRATIVA

Licdos.: Carlos Raabe C.

Johnny Meoño S.

En el presente estudio se analiza el problema de la regionalización socio-económica y administrativa en el Perú, considerando los aspectos teóricos y prácticos de esta problemática. Se examina el estado actual de la regionalización en el país, se identifican los problemas que enfrenta y se proponen algunas alternativas para su solución. El estudio se divide en tres partes: la primera trata de los fundamentos teóricos de la regionalización, la segunda de la situación actual en el Perú y la tercera de las propuestas de mejora.

1. Fundamentos teóricos de la regionalización.
2. Situación actual de la regionalización en el Perú.
3. Propuestas de mejora de la regionalización.

SUMARIO: I. REGIONALIZACION DE COSTA RICA. 1. Introducción. 2. Objetivos de la Regionalización. 3. Criterios para la Regionalización. 4. Lista de regiones y subregiones. 5. Los Consejos de Desarrollo. II. REGIONALIZACION ADMINISTRATIVA. 1. Introducción. 2. Definición del concepto Regionalización Administrativa. 3. Desconcentración Administrativa. a) Definición. b) Estrategias para el desarrollo institucional a mediano plazo en cuanto a desconcentración administrativa. Organización. Recursos. Decisiones Sustantivas. 4. Sectorialización Administrativa. a) Definición. b) Estrategia para el desarrollo institucional a mediano plazo en cuanto a sectorialización administrativa.

I. REGIONALIZACION DE COSTA RICA*

1. *Introducción*

Costa Rica presenta una enorme concentración de la población y de las actividades económicas y sociales en el centro del país: alrededor del 50% de la población y una proporción mucho mayor aún de las actividades industriales, de construcción y de servicios, se concentran en un reducido sector que comprende las ciudades de San José, Alajuela, Cartago, Heredia y otras menores. La periferia del país, en cambio, no cuenta con centros urbanos importantes, lo cual es un resultado de la concentración casi total de los servicios públicos y privados en las ciudades mencionadas, y de la existencia de una red vial poco desarrollada que se ha diseñado con un criterio centralizador. Por otra parte, todas las decisiones que afectan a los pobladores de las áreas periféricas tienden a ser tomadas en la capital de la república, sin que exista un adecuado sistema de participación popular. Esta situación se ve agravada debido a que, por su escaso desarrollo urbano, las áreas periféricas tienden a expulsar a la población más capacitada y emprendedora.

En última instancia, la concentración de todo tipo que caracteriza a Costa Rica incide sobre el desarrollo socioeconómico, dificultando el buen aprovechamiento del enorme potencial de recursos naturales y humanos de que dispone el país. Esto hace necesaria la implantación de un sistema de planificación regional, cuya primera etapa es la división del país en regiones con cierto grado de autonomía.

2. *Objetivos de la Regionalización*

Al regionalizar el país se tienen los siguientes objetivos principales:

1. Organizar a la población dispersada espontáneamente en toda la periferia, de manera que se pueda lograr en forma rápida y eficiente su desarrollo económico y social.
2. Atenuar el proceso centralizador de la población en el Valle Central (y especialmente en el Área Metropolitana de San José) canalizándolo en torno a otros centros urbanos de las regiones periféricas.
3. Racionalizar el uso de los recursos humanos, económicos y naturales con que cuenta el país,

* Esta parte del documento fue elaborada por el Lic. Carlos Raabe C., Sub-Director de la División de Planificación y Coordinación de Regiones.

4. Facilitar la coordinación de las actividades del sector público a escala regional, subregional y local -
5. Facilitar los esfuerzos que está llevando a cabo el actual Gobierno en pro de la participación popular y de la estabilidad familiar, y que tienen como fin la promoción del ser humano.

3. Criterio para la Regionalización

La Regionalización planteada para Costa Rica se basa en criterios demográficos, económicos, territoriales e históricos. Todas las regiones se caracterizan por el hecho de contar con una población y una superficie lo suficientemente grandes¹ como para permitir el desarrollo de un centro regional que pueda disponer de una gran cantidad de servicios públicos y privados, con alto grado de especialización y que llenen las necesidades de la región. Además, en la definición de esas regiones se ha tomado en cuenta el probable impacto de las futuras vías de comunicación y las posibilidades que estas brindan para la integración y para la polarización de los servicios en un centro regional que, en cada caso, ocupará una posición central. Las regiones pues, se han concebido como espacios con un mínimo de población y de superficie y organizados en torno a un centro dotado de cierta autonomía. Esta base demográfica, territorial y funcional permitirá la existencia de vínculos relativamente grandes entre sus habitantes y el buen éxito de las políticas regionales de desarrollo.

Dado el reducido tamaño del país y la escasa población de las áreas periféricas, y considerando el impacto de las vías de comunicación propuestas o en construcción, sólo se justifican cuatro regiones: la Pacífico-Norte o Chorotega, la Pacífico-Sur o Brunca, la Norte-Atlántica o Huetar y la Central. Sin embargo, tomando en cuenta que las áreas Norte y Atlántica no se encuentran aún lo suficientemente integradas, se ha decidido considerarlas como regiones separadas hasta tanto no queden vinculadas por las vías de comunicación que se están construyendo.

Esta flexibilidad en la definición de las regiones es muy importante, ya que las mismas, aunque en un momento dado deben constituir espacios bien definidos, no son inmutables. Así, conforme pase el tiempo, ocurrirán modificaciones en las áreas de influencia de los diferentes centros poblados, que harán necesaria la introducción de ajustes a los límites regionales.

Por consiguiente, la regionalización que se incluye en este documento consta de cinco regiones, las cuales se han dividido en 22 subregiones.

Los criterios utilizados para la definición de las subregiones son muy similares a los que se mencionaron en el caso de las regiones. Así,

¹ Los mínimos de población y de superficie se han fijado en 200.000 habitantes y 10.000 km² respectivamente.

todas las subregiones constituyen áreas con un mínimo de población y cuyos habitantes están fuertemente vinculados o lo estarán en un futuro cercano, ya que giran alrededor de un centro más importante de servicios o centro subregional.

Las subregiones con mayor número de habitantes y que se ubican en la parte urbana central se han denominado "subregiones mayores" y tenían más de 100.000 habitantes de acuerdo al Censo de 1973. Las "subregiones típicas" predominan en la periferia y tenían entre 40.000 y 85.000 habitantes en 1973. Las más reducidas o "subregiones menores", tenían, en ese mismo año, una población que variaba entre casi 20.000 y algo menos de 40.000 habitantes y también, como las mayores, se sitúan en la Región Central.

4. Lista de regiones y subregiones

En el Anexo 1 se incluyen las regiones y subregiones, con algunas cifras básicas sobre cada una de ellas.

5. Los Consejos de Desarrollo

Los Consejos de Desarrollo son los organismos de planificación a nivel local, sub-regional y regional, los cuales reúnen en su seno a los gobiernos locales, a las instituciones públicas, a las organizaciones de base y a la empresa privada.

Estos organismos tienen como finalidad discutir, analizar, dar prioridades y buscar alternativas de solución a los problemas de la Región donde se ubican.

II. REGIONALIZACION ADMINISTRATIVA*

1. Introducción

La siguiente es la versión preliminar de una estrategia que ha elaborado esta Oficina para sugerir un camino viable hacia la Regionalización Administrativa de nuestra Administración Pública.

Anteriormente, la División de Planes y Política Administrativa, o de Reforma Administrativa como se llama ahora, realizó dos diagnósticos bastante amplios en Guanacaste y en Limón sobre la organización y el funcionamiento institucionales de la Administración Pública en esas Regiones, con el fin de identificar qué insuficiencias importantes existen en lo organizativo y administrativo para que dicho Sistema de instituciones públicas logre resultados que satisfagan sus objetivos y funciones, en las Regiones.

Posteriormente, la misma División elaboró un Documento intitulado "Aspectos Administrativos de la Regionalización Socio-Económica

* Esta parte del documento fue elaborada por el Lic. Johnny Meoño S., Director de la División de Reforma Administrativa de OFIPLAN.

en Costa Rica", que propone una política global de Regionalización Administrativa para las instituciones públicas, enfatizando la realización y Sectorialización Administrativas.

El presente documento intenta una guía de políticas estratégicas, para que cualquier institución encuentre en él una orientación concreta y realista para cualquier esfuerzo serio de Desconcentración Administrativa que intente.

Es pues, una verdadera estrategia de desarrollo institucional en cuanto a Desconcentración Administrativa y, como tal, plantea un modelo deseable de Desconcentración Institucional, y un ordenamiento claro y lógico de las fases constitutivas del proceso necesario para alcanzar ese modelo en un plazo de dos o tres años. Toda institución pública —ministerial o descentralizada— vería así lo que podría ser su desarrollo óptimo hacia una real Desconcentración Institucional o Administrativa, y debe identificar las fases que habría que emprender para lograr decisiones y cambios a mediano plazo que también se sugieren o plantean.

Se busca, así, contribuir con los intentos del actual Gobierno para lograr una acción eficaz en el campo de la promoción humana y de la regionalización de nuestra Administración Pública, en beneficio de un desarrollo socio-económico más participativo y regionalmente equilibrado.

2. Definición del concepto Regionalización Administrativa

Es la integración y organización que debe hacerse de la Administración Pública, con criterio de proyección institucional geográfica, y en apoyo de lo que se actúe en materia de regionalización socio-económica.

La acción del Estado y de toda su cohorte de instituciones se concibe siempre en términos económicos y sociales, por la razón simple de que con ellos el Estado procura responder, en medida suficiente, a las necesidades y demandas de la comunidad. No obstante, quienes así conciben la acción estatal subestiman los aspectos técnico-administrativos que son andamios, sobre los cuales se sustenta la acción de la Administración Pública.

Es necesario lograr que el Estado oriente su acción promotora del desarrollo nacional con criterio de operación geográfica; vale decir, con criterio regional.

La organización administrativa que se propone implica un fortalecimiento de las agencias gubernamentales ubicadas en cada Región, con particular énfasis en la acción de los Gobiernos Locales.

La Regionalización Administrativa integral implica delegación, y ésta, desconcentración en cuanto a organización y recursos; implica también descentralización en lo que respecta a la devolución de su importancia perdida a los Gobiernos Locales.

3. Desconcentración Administrativa

a) Definición:

Al producirse la delegación que implica la estrategia de Regionalización Administrativa, sobreviene una desconcentración institucional, cuyo resultado inmediato va a ser una mayor flexibilidad en las agencias regionales de las instituciones, para demandar de sus sedes los recursos necesarios en el momento de ejecutar determinados proyectos.

Las instituciones centrales o sedes de las agencias regionales, deben estar en condiciones de proyectarse más agresivamente en las Regiones a través de sus agencias. Esto implica dotarlas de capacidad para tomar decisiones en tres áreas básicas: organización, recursos, y definición de actividades o programas. En cuanto a organización, es vital que, en respuesta a una mayor delegación de autoridad, se proceda a adecuar la organización administrativa de las agencias, para estar en capacidad de cumplir con nuevas funciones que antes no tuvieron. Esto por cuanto es frecuente que las agencias no estén diseñadas o capacitadas para cumplir con sus tareas sustantivas, lo que las hace no suficientemente eficaces, máxime si se piensa en que, por virtud de la Regionalización Socio-Económica, van a tener que asumir una mayor asignación de tareas (con el correspondiente incremento de autoridad) que les trasladan las instituciones sedes.

b) Estrategias para el desarrollo institucional a mediano plazo en cuanto a desconcentración administrativa:

Organización:

- i) Toda institución pública nacional debe desconcentrarse orgánicamente para prestar sus servicios en cada localidad o zona donde se requieran. Ello implica contar con agencias que tengan una verdadera capacidad técnica y organizativa para cumplir cabalmente con el papel que se les asigna; es decir para reproducir de la mejor manera el papel y la organización de las agencias sedes en cumplimiento de sus funciones básicas.

Lo anterior significa que la organización de la agencia debe reflejar cabal o aproximadamente la totalidad de servicios que presta la sede y no solamente ciertas tareas de apoyo o no básicas.

Por ejemplo: Las agencias del Instituto Costarricense de Electricidad (I.C.E.) deben estar técnica y orgánicamente capacitadas para autorizar y levantar tendidos eléctricos y líneas telefónicas en cada Región, y no solamente para recaudar pagos por esos servicios. (Esto tiene implicaciones y/o fundamentos en los puntos subsiguientes: Recursos y Decisiones).

—Las agencias del Instituto Nacional de Seguros (I.N.S.) deben estar técnica y orgánicamente capacitadas para asumir y valorar seguros

en todas las líneas de seguros que manejan, y no solamente para recaudar primas y tramitar solicitudes de seguro ante las sedes.

En ambos casos; las agencias también deben estar en capacidad técnica y orgánica para manejar sus propios recursos en apoyo de las actividades sustantivas mencionadas.

Lo anterior delimita el diseño de dos áreas básicas de organización de las agencias: 1) la de las tareas o funciones sustantivas, 2) la de las tareas o funciones de apoyo.

En cuanto a la primera, es de rigor establecer las funciones y actividades sustantivas que la sede está dispuesta a desconcentrar, conforme a una identificación precisa, por parte de la sede, de necesidades en la Región y de la capacidad técnica presente o potencial para satisfacer a través de una agencia regional y agencias locales.

Esto exige una clara y previa identificación de los aspectos doctrinarios de cada agencia (objetivos y funciones), para derivar de ellos el diseño básico de la estructura. Los aspectos de organización externa o sectorial se referirán en el punto sobre Sectorialización, y hay que tenerlos presentes en esta variable de Organización.

En resumen: la organización interna de las agencias debe reflejar la decisión de que éstas se proyecten en las Regiones con plenitud de funciones y apertura, y no como meras agencias de trámites de servicios secundarios.

La Organización, así planteada, establece amplias posibilidades y exigencias sobre los recursos y la capacidad para tomar decisiones.

También implica modificar o vincular dicha organización regional con la organización de las mismas sedes, pues al desconcentrarse, las instituciones también descongestionan los servicios que ahora prestan centralmente, y ello debe reflejarse en una organización central menos compleja, menos jerarquizada, con menos recursos, menos cargos y menos tareas de ejecución sustantiva y de apoyo administrativo, y una mayor aptitud para las funciones de planificación, control y evaluación de la gestión de las agencias. Pero significa, por sobre todo, establecer con recursos existentes en las sub-agencias ya en operación, una agencia "sede" por Región, a cargo de un Director o Jefe Regional, que constituya el nexo obligado entre la Sede y cada Región. Sería ésta, la Agencia normativa y coordinadora para toda la Región, en apoyo de la Sede y, en lo que a las restantes agencias-Subregionales y/o Locales-corresponda, en apoyo técnico y administrativo de la gestión de éstas. Deberá ser esta Agencia, y las "subagencias" en el orden precitado, las que operen para la Región dentro del marco de referencia del Decreto Ejecutivo 6.400, que crea el Sistema de Planificación Regional y Urbano, y de acuerdo a la Regionalización Territorial planteada en la presente administración.

- ii) Toda institución pública debe establecer un Consejo Técnico que agrupe a los Directores o Jefes Regionales con los superiores jerárquicos de la institución, con el fin de fortalecer la participación de estos en la toma de decisiones institucionales, y actuar como enlace permanente entre la Sede y las Regiones, así como para que las decisiones institucionales sean ampliamente interpretadas, compartidas y comprometidas por los responsables de las Regiones. Dicho Consejo deberá contar con una Dirección Ejecutiva permanente, que actúe como unidad de apoyo constante del Consejo y como enlace operativo entre la Sede y las Regiones. Se transforma así el concepto y la práctica tradicional de "Departamento de Sucursales".

Recursos:

- i) Las agencias regionales actualmente manejan sus recursos de todo tipo en forma dependiente de las sedes. Estas no sólo deciden usualmente adquirir para las agencias, sino que compran y contratan para ellas centralmente.
- ii) Es vital que las agencias puedan manejar sus propios recursos: contratar personal en la Región, comprar los suministros requeridos para su funcionamiento y buscar, cuando sea necesario y posible, *financiamiento adicional al que proporciona la sede.*
- iii) Debe considerarse que ciertos costos mayores en que se incurra por comprar cantidades menores (cada agencia compra lo suyo en vez de que la sede compre para todas) se compensan ante los enormes beneficios de generar más fuentes regionales de producción, resultado que las agencias generarían una demanda real de bienes y servicios regionales, que ahora no se da. Esto generaría inclusive un proceso de desconcentración de las mismas firmas privadas que ahora satisfacen "centralmente" las necesidades de las instituciones, y que entonces tendrían que atender las demandas de las agencias regionales en las propias regiones.
- iv) Para que lo anterior funcione, se requiere:
 - a) Definición política de que las instituciones manejan sus recursos desconcentradamente, con amplias atribuciones para que las agencias regionales puedan comprar y contratar individualmente y directamente. Dicha definición corresponde tanto al Poder Ejecutivo, como a cada autoridad superior y Junta Directiva de ente descentralizado.
 - b) La siguiente fase es la definición de que, en el primer año de funcionamiento del nuevo sistema, cada agencia justifique su presupuesto de gastos que haya estado en vigencia en el último año, y que justifique las variaciones importantes previstas.

Es de suponer que tales variaciones se darán preferentemente en el área de apoyo administrativo, pues se requerirá personal adicional para asumir las nuevas responsabilidades en el manejo de recursos, aunque deberá hacerse todo esfuerzo para que se utilicen al máximo los recursos humanos existentes para asumir las nuevas funciones.

- c) Definido el presupuesto de gastos, su ejecución será responsabilidad de la agencia regional. Esta se responsabilizará de contratar personal técnico y administrativo y de adquirir sus suministros; la sede deberá establecer criterios y normas que obliguen a las agencias regionales a actuar dentro de patrones y estándares uniformes de economía y eficacia en esas áreas.

Así, las sedes deberán manejar su propia administración central de recursos; y planificar de abajo hacia arriba; controlar y evaluar la administración de recursos de las agencias regionales.

- d) Las sedes deberán apoyar en todo momento la gestión técnico-administrativa de las agencias regionales, tanto asesorando como proporcionando respaldo político para lograr que tanto abastecedores como mano de obra calificada estén presentes o se hagan presentes en las Regiones; ello a través de una labor de negociación y estímulo con las empresas proveedoras, y de reclutamiento y registro central de personal que esté dispuesto a desplazarse fuera de San José, ofreciendo entonces listas de elegibles a las agencias regionales, complementarias de solicitudes de servicio que reciban éstas directamente.

- e) Paulatinamente, comenzando el segundo año de funcionamiento de este nuevo sistema institucional, o antes, se concretarán los cambios pertinentes en manejo de recursos y organización, que reflejan el traslado de funciones y actividades a las Regiones, que podrían ser en administración de personal, presupuesto, suministros, investigación, controles varios, tareas vinculadas a procedimientos, así como en determinación y prestación de servicios sustantivos.

- f) La desconcentración de recursos, así, llegaría a ser total en un plazo de dos años, reflejándose esto en un decrecimiento del personal en las Sedes; ello, para garantizar la capacidad técnico-administrativa de las Regiones en apoyo de su nuevo papel y atribuciones, con las sedes en capacidad de administrar sus propias funciones y necesidades a nivel central, y en capacidad de planificar de abajo para arriba, controlar y evaluar a las Regiones.

Decisiones Sustantivas

- i) Las sedes de las instituciones nacionales tienden a concentrar la atribución de identificar necesidades regionales y formular soluciones para las mismas; con frecuencia inclusive imponen decisiones sobre política institucional nueva, y se reservan el derecho de interpretar y ejecutar política institucional ya acordada, de tal suerte que sus agencias regionales y locales se constituyen en agencias que tramitan demandas nuevas de las comunidades, así como demandas sobre políticas y servicios ya existentes, ante las Sedes; y cuando las agencias tienen algún grado de discrecionalidad, lo tienen dentro de marcos de acción muy estrechos. La consulta a la Sede es siempre de rigor. Esto se manifiesta también en aspectos de recursos humanos, materiales y financieros, que son totalmente programados, tramitados y manipulados centralmente, con escasa o ninguna participación significativa de las Regiones en interpretación, modificación o manipulación de esos aspectos.

En decisiones sobre actividades sustantivas de las instituciones, hay pues un alto grado de ingerencia de las Sedes, lo cual incide en poca flexibilidad y capacidad de respuesta de las agencias a demandas particulares de las Regiones. Ello incide en un estilo de actuación de las agencias poco creativo y motivador, insuficiente para lograr respuestas o acciones imaginativas y de impacto por parte de las instituciones públicas en las Regiones.

- ii) Una desconcentración administrativa debe fundamentarse en una amplia capacidad para tomar decisiones, o generarlas al menos, sobre actividades básicas o sustantivas. Esto, a la vez, genera la necesidad de mayores atribuciones en el manejo de recursos en general. Puede decirse que la capacidad de una agencia regional para tomar decisiones sustantivas, dentro del marco de referencia que establece la sede debe justificar una mayor discrecionalidad para que la agencia también asuma mayor capacidad e interés en formular y ejecutar su propio presupuesto de gastos, así como en contratar y manejar su propio personal.

- iii) Decisión sustantiva significa la capacidad técnica de la agencia regional para, dentro de lineamientos y normas que establece la sede, identificar necesidades regionales a resolver dentro de un área de acción, y aplicar criterios propios para generar acciones en respuesta a esas necesidades, incluyendo la selección de los programas y actividades más adecuados a la Región.

Esto requiere un alto grado de iniciativa de la agencia regional y de sus agencias locales, así como una clarísima delimitación de lo que debe ser el papel normativo, contralor y evaluador de la Sede, de suerte que la agencia regional fundamente su propio papel y atribuciones dentro de los mínimos normativos que la Sede establezca.

iv) Así, la Sede debe establecer criterios y mecanismos mínimos que orienten el funcionamiento y las decisiones regionales, tendientes a garantizar un nivel de eficiencia y eficacia que justifiquen la existencia social del organismo. Pero, sobre todo, la Sede debe estimular la iniciativa de sus agencias regionales para, dentro de un claro sistema de planificación de abajo hacia arriba, generar toda la dinámica institucional de identificación y solución de los problemas objeto de atención por parte de la Institución.

v) Por ello, los criterios y mecanismos de formulación presupuestaria deben ser claros e implicativos de toda esta filosofía institucional, para garantizar que toda la disponibilidad financiera de la agencia regional se base en una iniciativa para identificar problemas y soluciones regionales en su área de acción; esto garantiza precisamente el contenido económico de la gestión más dinámica y discrecional a la agencia regional de la ejecución presupuestaria y de los resultados de la gestión institucional en toda la Región.

Ello incidiría en un mayor nivel de motivación, competitividad positiva y logros, pues estimularía al máximo la creatividad y responsabilidad de los encargados de agencias regionales y locales.

iv) En resumen, veríamos a toda Sede: 1) estableciendo topes presupuestarios para las Regiones con base en el desempeño del período anterior; 2) estableciendo políticas, normas y criterios sobre objetivos, funciones, y sobre funcionamiento mínimo aceptable de la Institución, así como sobre estándares y procedimientos básicos para lograr que las decisiones y operación en las Regiones sean realmente eficaces y coherentes con la responsabilidad nacional de la Sede; 3) estableciendo criterios y mecanismos de planificación de abajo hacia arriba, control y evaluación que estimulen y garanticen el aporte de las Regiones en la solución de los problemas o demandas a la Institución, así como la evaluación constante de la labor regional por parte de la Sede.

4. Sectorialización Administrativa

a) Definición:

Es la clasificación y subsecuente organización que se hace globalmente de la Administración Pública, atendiendo a tipos de actividades de las instituciones públicas, tendiente a orientar sus funciones técnicas y administrativas hacia objetivos comunes, y evitando posibles duplicidades de funciones.

La Regionalización obliga por su lado, a una organización regionalizada de los sectores, algunas de nuestras instituciones "autónomas" han mostrado inquietudes hacia una transformación institucional, con criterios incipientes de esos elementos. No obstante, esas inquietudes no han

pasado de ser tibios ensayos institucionales, pues se han seguido conservando fuertes ataduras limitantes para las agencias. Por otro lado, esos ensayos han sido unilaterales desde el punto de vista del conglomerado de las instituciones estatales, razón por la cual carecen de la condición básica para su operacionalidad: la coordinación con las restantes agencias de los respectivos sectores. Diríamos que los intentos en cuestión, sólo han sido islas de sanos intentos dentro de un contexto administrativo integralmente concebido.

Se hace necesario, por lo tanto, vincular a las instituciones del Sector, a través de programas y ciertos mecanismos o sistemas administrativos, de forma tal que las instituciones actúen en función de planes y programas sectoriales.

b) Estrategias para el desarrollo institucional a mediano plazo en cuanto a sectorialización administrativa:

i) Toda Institución debe ubicarse y definirse dentro de un contexto institucional mayor: su Sector de referencia.

Toda Institución concurre en un determinado campo de actividad, conjuntamente con otras Instituciones y Programas de Instituciones con las cuales debe integrar y coordinar sus acciones. Esto permitirá evitar duplicaciones, obstrucciones y falta de complementación interinstitucionales, tan frecuentes en nuestra Administración Pública.

ii) La Sectorialización presupone una identificación de objetivos y funciones sectoriales, de tal suerte que los objetivos y funciones de cada Institución se desprendan de las del Sector.

También presupone una íntima coordinación con las demás instituciones del Sector, coordinación que debería partir precisamente de la identificación regional de necesidades, según el papel que aquí se propone para las agencias regionales.

iii) En las Regiones, las agencias deben integrarse sectorialmente para que su labor de identificación de necesidades y selección de programas y actividades sea coherente dentro del Sector respectivo, y para facilitar la coordinación interinstitucional con otros Sectores.

La programación presupuestaria debe reconocer la vinculación de los distintos programas de cada agencia regional, con los programas de las demás agencias concurrentes en cada Sector, de suerte que dicha vinculación y coordinación sean evaluables por parte de las Sedes respectivas.



ANEXO N° 1

	POBLACION			Crecimiento Interc. % 1963-1973	Exten- sion en Kms ²
	Censo 1963	Censo 1973	Estimación 1978		
REGION CENTRAL	927.003	1.232.756	1.437.078	3.2	11.225.39
Subregión 1 - San José	397.433	568.519	669.534	4.0	680.66
Subregión 2 - Heredia	80.207	121.226	140.443	4.0	511.89
Subregión 3 - Alajuela	81.697	117.539	132.211	3.6	460.82
Subregión 4 - Cartago	88.673	120.694	129.312	3.0	988.40
Subregión 5 - Puntarenas	67.649	81.580	81.317	1.9	2.241.15
Subregión 6 - San Ramón	58.102	70.300	73.368	1.9	1.058.33
Subregión 7 - Turrialba	48.059	54.725	53.552	1.3	1.964.06
Subregión 8 - Grecia	29.130.	37.673	40.292	2.5	255.46
Subregión 9 - Caraiques	27.720	32.657	35.701	1.6	1.011.75
Subregión 10 - Puriscal	31.622	32.031	31.305	0.1	689.53
Subregión 11 - Quepos	19.942	26.374	29.486	2.8	1.028.70
Subregión 12 - Los Santos	14.760	19.438	20.557	2.7	810.69
REGION CHOROTEGA	178.258	218.588	229.533	2.2	13.624.51
Subregión 1 - Nicoya	68.025	76.355	76.759	1.1	3.254.53
Subregión 2 - Cañas	47.395	57.659	61.127	2.6	4.352.32
Subregión 3 - Santa Cruz	34.972	44.632	46.561	2.4	1.913.36
Subregión 4 - Liberia	27.866	39.942	45.086	3.6	4.104.30
REGION NORTE	49.656	73.770	84.780	3.5	6.919.60
Subregión 1 - San Carlos	49.656	73.770	84.780	3.5	6.919.60
REGION ATLANTICA	68.855	122.379	151.536	5.7	9.787.63
Subregión 1 - Guápiles	28.714	65.629	89.398	8.2	4.400.48
Subregión 2 - Limón	40.141	56.750	62.138	3.4	5.377.15
REGION BRUNCA	112.502	174.237	201.186	4.3	9.542.82
Subregión 1 - Coto	36.567	62.481	96.000	5.3	3.157.80
Subregión 2 - San Isidro	47.319	67.089	73.781	3.4	1.904.45
Subregión 3 - Buenos Aires	28.616	44.717	51.405	4.4	4.480.67
COSTA RICA	1.336.274	1.871.780	2.104.113	3.3	51.099.95

EL PROCESO DE PLANIFICACION INTEGRAL EN COSTA RICA

*Lineamientos Políticos, Técnicos y
Administrativos para fundamentar
la Organización y Funcionamiento
del Sistema de Planificación.*

Lic. Johnny Meoño S.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. 1. II. PROCESO INTEGRAL. Planificación Global, Regional Sectorial e Institucional; Planificación Administrativa (Reforma Administrativa). III. EXPLICACION DEL PROCESO. 6. 1. Fase de Planificación Global 7. i) Sus productos. 7. ii) Marco Institucional correspondiente a esta Fase. 10. 2. Fase de Planificación Regional. 11. i) Sus Productos. 11. ii) Marco Institucional correspondiente a esta Fase. 14. 3. Fase de Planificación Sectorial. 15. i) Sus Productos. 15. ii) Marco Institucional correspondiente a esta Fase. 17. 4. Fase de Planificación Institucional. 19. i) Sus Productos 19. ii) Marco Institucional correspondiente a esta Fase 22. 5. Función de Planificación Administrativa. 23. i) Sus Productos 23. ii) Marco Institucional correspondiente a esta Fase 24.

I. INTRODUCCION:

Del análisis de oficinas de planificación en América Latina, y de la misma teoría de planificación en boga, no se desprende la existencia de una única forma de concebir y organizar un proceso y sistema de planificación. Hay confusión en la identificación de las fases, aéreas o actividades que deben distinguirse al esfuerzo planificador, y entonces se observa con frecuencia una combinación de tareas sustantivas planificadoras con tareas complementarias o secundarias, que en esa forma limitan la proyección óptima de un proceso ideal o integral de planificación; se promueven entonces esfuerzos y recursos en áreas no prioritarias o no sustantivas.

Obviamente, del modelo técnico-político de planificación que se adopte, depende la solución organizativa que se elabore, y con ello, la viabilidad técnica de dicho esfuerzo.

El modelo del Proceso y Sistema de Planificación Integral que esta Oficina ha adoptado, se refiere a todas las características que deben distinguirse al esfuerzo planificador que se desea para Costa Rica: clases de planificación y objetivos a alcanzar, grado de atribución que se desea conceder al Sistema, fases de planificación y plazos de planes deseados, áreas sustantivas objeto de planificación, grado de integración interinstitucional que se quiere consolidar, grado de participación popular que se busca, etc. Todos estos aspectos configuran el campo de acción y la dimensión del esfuerzo planificador que se quiere.

Definido lo anterior, la solución técnica y organizativa a adoptar tiene que ver con la mejor distribución de funciones y responsabilidades, así como de recursos, en el tipo de unidades organizativas superiores y subordinadas que mejor reflejen la forma óptima y racional de darle realización a los aspectos sustantivos del proceso planificador.

En el caso de la planificación, unas bases conceptuales inadecuadas darían como resultado, ante un esfuerzo de reorganización no crítico ni profundo de lo que se entienda ahora por Sistema de planificación vigen-

NOTA: Este Trabajo ha sido elaborado para discusión interna, y presentado a la Dirección de OFIPLAN, por el Lic. Johnny Meoño S., Director de la División de Reforma Administrativa.

Este documento fue solicitado por el Sr. Ministro-Director; y constituye una propuesta para clarificar y fundamentar la organización del Sistema de Planificación de éste, de sus distintas partes componentes. Se publica con autorización de su autor.

te, la consolidación de un esfuerzo ineficaz, estéril, aproximado a lo óptimo cuando mucho; pero nunca firme estructuralmente, ni fluido y certero funcionalmente hablando.

Es por lo anterior que resulta base indispensable a estas alturas, el explicar el desarrollo conceptual de lo que implica el proceso integral y óptimo de planificación económica y social que OFIPLAN busca impulsar en apoyo de la ejecución de los objetivos y programas de Gobierno, con la consideración de un rango amplio de características propias de la realidad costarricense que no han sido siempre integradas dentro del contenido mínimo del proceso mismo.

II. EL PROCESO INTEGRAL:

Planificación Global, Regional, Sectorial e Institucional;
Planificación Administrativa (Reforma Administrativa).

Lo primero que se ha considerado es que un proceso de planificación tiene que darse precisamente de manera integral, es decir, articulada, coherente y sistemática; lo contrario a improvisación y erraticidad. Lo segundo, es que se trata de cómo racionalizar la labor sustantiva estatal de formulación y ejecución de política económica y social, entendiendo por esto todo aquello que repercute en el campo de la producción económica, actividad comercial, actividad científica, comportamiento social, valores culturales, religiosos, y hasta comportamiento propiamente político de nuestra sociedad.

El Estado Costarricense ha venido creciendo de manera vertiginosa, en estructura y recursos, y por supuesto, como una consecuencia lógica del crecimiento funcional que ha experimentado.

Independientemente de la justificación ideológica de si su intervención es agradable o no a todos los ciudadanos o a grupos de ellos, el hecho inobjetable es que el Estado costarricense, pero principalmente su rama Ejecutiva a nivel nacional y local, o Administración Pública, actúa hoy en un sinnúmero de campos que ayer no eran de su incumbencia; y que ello ha generado un crecimiento institucional correspondiente. Esto debe enfrentarse, y la planificación socio-económica y administrativa debe fortalecer e instrumentar tal empeño.

La planificación debe darse tanto en el plano de plazos como de fases. Es decir, que deben fijarse o adoptarse plazos temporales que ordenen el esfuerzo planificador en su proyección de resultados a corto, mediano y largo plazos, así como que deben fijarse fases de la planificación que, dentro de cualquiera de esos plazos mencionados, orienten el grado de especificidad que se desea en la política y acción estatal requeridos.

La idea de "especificidad" de la política pública tiene que ver con el contexto y ámbito de proyección y de detalle que se desea de la mis-

ma. No es lo mismo la acción pública, por ejemplo, en materia de construcción de caminos, de escuelas y colegios, o de fomento de industrias, si se parte de una perspectiva puramente institucional, derivada de la experiencia y unilateralidad de la institución u operativamente responsable, que si se parte de una perspectiva de necesidades, potencialidades y viabilidad nacionales, de índole macro-socioeconómica.

Entre ambas perspectivas, la nacional y la puramente institucional, hay varios contextos y ámbitos de desagregación y manifestación de los problemas a solucionar que, de ser adecuadamente aprehendidos, definidos y organizados (los varios contextos y ámbitos) permitirán una labor de formulación y ejecución de política socio-económica por parte del Estado más coherente, integral, equilibradora y armónica.

Los contextos y ámbitos regional y sectorial aparecen así como puentes necesarios de agregación y desagregación de la política global hasta, y desde, la institucional.

Esto puede plantearse también como el grado de detalle que debe alcanzarse desde la formulación de una política general hasta su misma ejecución concreta. Así, la totalidad de acciones institucionales debe derivarse desde un reconocimiento macro-socioeconómico de las situaciones a enfrentar, pasando por las implicaciones regionales y luego sectoriales a reconocer y definir, para finalmente llegar a la acción institucional. Se da así el proceso integral de formulación planificada de política socio-económica: política global, regional, sectorial e institucional, con OFIPLAN integrando y coordinando todo el proceso, y las Regiones, Sectores e Instituciones individuales haciendo lo mismo en sus respectivos contextos y niveles de detalle a través de los mecanismos y órganos planificadores respectivos, como se define adelante.

Dentro de los plazos corto, mediano y largo, pues, se debe dar una acción planificadora en el plano de si la política económica y social a formular debe ser global, de ámbito regional, de asignación sectorial o de acción institucional. Es decir, si debe esa política ser global, regional, sectorial o institucional, pues cada una de esas fases representa un grado de detalle diferente así como una perspectiva técnica y política, y una gestión, complementarias pero distintas, siempre coincidiendo a la totalidad de las fases como un proceso integrado y coherente, que permite llegar a la misma acción institucional desde una formulación global de objetivos, estrategias y procedimientos.

Debe existir entonces un Sistema de Planificación con determinados objetivos globales permanentes que ciertamente deben coincidir con los de la Administración Pública, entendida ésta como todo el marco institucional público en que descansa la ejecución del objetivo y programas de Gobierno. Para alcanzarlos, debe incurrirse en definiciones de objetivos, funciones, estrategias, prioridades, acciones, etc., en todos los planos y niveles que distinguen al Sistema. Esto es lo que justifica la formulación

de política socio-económica global propiamente, así como global en lo regional, en lo sectorial y en lo institucional. Esta tarea de formulación e integración de política corresponde a OFIPLAN orientarla y dirigirla para elaborar finalmente los Planes Nacionales de Desarrollo, que constituyen así las formulaciones más amplias pero integrales de lo que se desea para el país en cuanto a desarrollo integral se refiere.

De esto se desprende que luego cada estructura responsable de las fases restantes del proceso de planificación —que es lo mismo decir, dentro del enfoque de OFIPLAN, la estructura misma de la Administración Pública— formule sus planes de desarrollo con el nivel de detalle y especificidad que su contexto demanda, aunque siempre incorporando los lineamientos más globales de las demás fases, tanto para garantizar su desagregación y compatibilidad con el Plan Nacional de Desarrollo, como para garantizar la orientación adecuada de las fases técnicamente subordinadas.

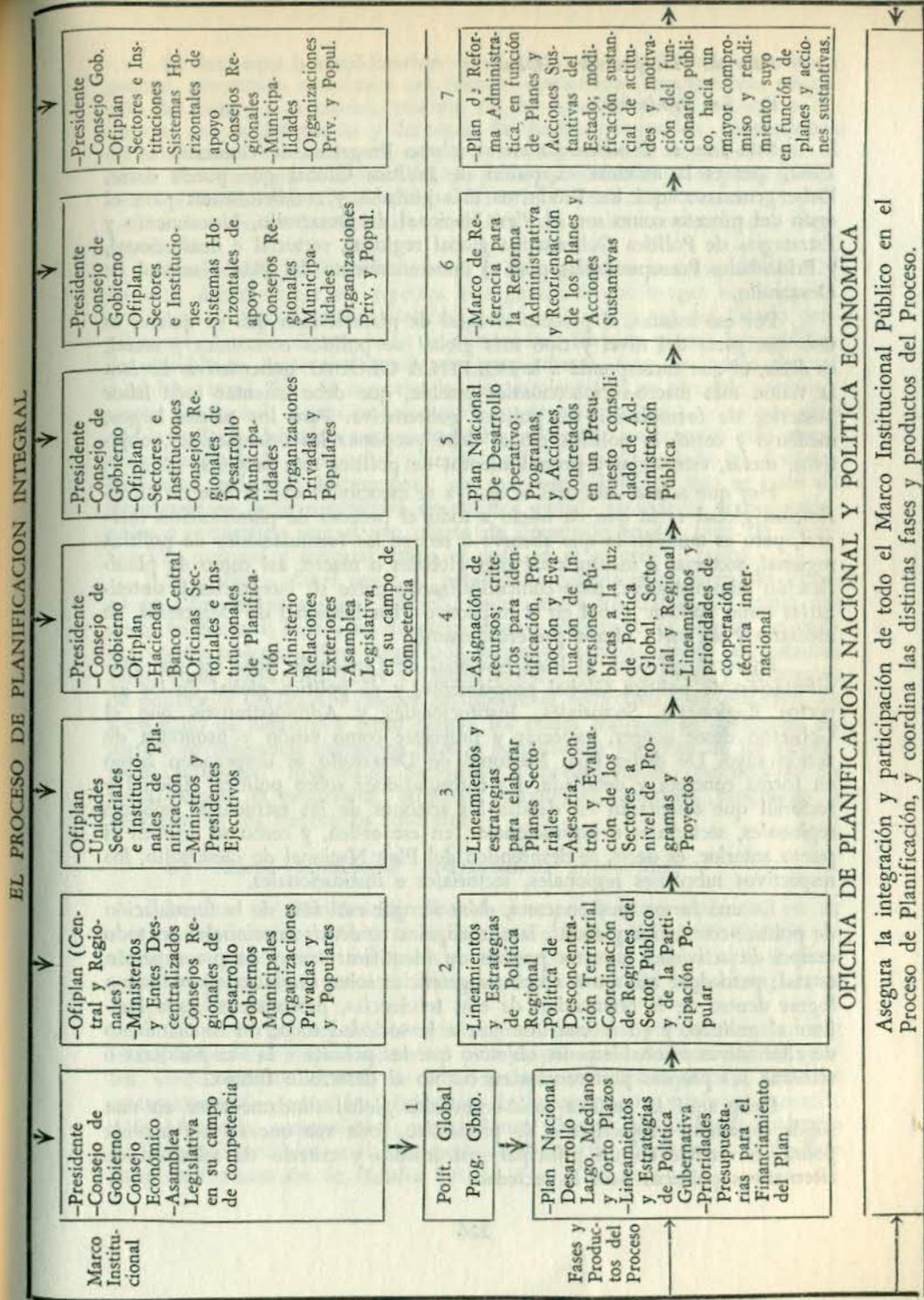
Así, la planificación regional partirá de los lineamientos globales y globales-regionales del Plan Nacional de Desarrollo, elaborando detalladamente sobre las particularidades y prioridades de las regiones, y considerará los aspectos más importantes y generales en cuanto a programas y aportes de los Sectores y de las Instituciones en cada región.

Asimismo, planificación sectorial partirá de los lineamientos globales, globales-regionales y globales-sectoriales, para elaborar en detalle sobre las particularidades y prioridades de los sectores, y considerará los aspectos más importantes o globales en cuanto a programas y aportes de las Instituciones propiamente, sin entrar en el detalle del funcionamiento interno de ésta. Y así las Instituciones, en sus respectivos contextos.

Queda claro que el proceso de planificación que se plantea, se distingue por una jerarquía de fases y niveles perfectamente integrados, al igual que la estructura de la Administración Pública responde a una jerarquización de "objetivos-funciones-sub-objetivos" de distinto nivel de especificidad.

III. EXPLICACION DEL PROCESO

A continuación se explicita el contenido del cuadro N° 1, en cuanto al marco institucional y a las fases y productos del Proceso Integral de Planificación.



1) Fase de Planificación Global

i) Sus Productos:

Esta fase se fundamenta en el mismo Programa de Gobierno 1978-1982, que es la máxima expresión de Política Global que puede darse. Debe generarse aquí los Productos más globales y condicionantes para el resto del proceso como son el Plan Nacional de Desarrollo, Lineamiento y Estrategias de Política Gubernativa global regional, sectorial e institucional, y Prioridades Presupuestarias para el Funcionamiento del Plan Nacional de Desarrollo.

Por eso mismo, el proceso integral de planificación que se quiere, es uno que parte del nivel y tipo más global de política económica y social, es decir, el que corresponde a la POLÍTICA GLOBAL gubernativa. Es ésta la visión más macro-socioeconómica posible, que debe orientar toda labor posterior de formulación de política gubernativa. Para los plazos largos, mediano y corto, la política global debe proponer las orientaciones, objetivos, metas, estrategias y procedimientos de política más amplios.

Hay que aclarar aún más lo que ya se mencionó: que la fase de planificación global es la que da inicio a todo el proceso de planificación integral, pero es también la que absorbe o recoge las formulaciones de política regional, sectorial e institucional más globales o macro, así como de planificación administrativa, para compatibilizarlas entre sí, integrarlas y sintetizarlas como política global en el respectivo Plan Nacional de Desarrollo, de mediano y de corto plazos preferentemente.

En otras palabras, el Plan Nacional de Desarrollo debe ser una manifestación de política Global propiamente, y de política global de los aspectos Regionales, Sectoriales, Institucionales y Administrativos que el Gobierno desee acoger, expresar y proyectar como visión y programa de acción suyo. De dicho Plan Nacional de Desarrollo se desprenden luego en forma concreta y detallada, las formulaciones sobre política regional y sectorial que orientarán en detalle las acciones de las estructuras públicas regionales, sectoriales e institucionales, en ese orden, y como se dijo en el punto anterior, es decir, se desprenden del Plan Nacional de Desarrollo, los respectivos subplanes regionales, sectoriales e institucionales.

En una forma muy concreta, debe recoger esta fase de la formulación de política-económica y social, las principales tendencias nacionales en todo campo de actividad humana posible de identificar como de preocupación estatal; pero debe asimismo aportar sugerencias sobre cambios importantes a lograr dentro de la orientación de esas tendencias, precisamente para facilitar al político, y en última instancia a la sociedad toda, un conocimiento de alternativas razonablemente objetivo que les permita a la vez ponderar o elaborar sus propias preferencias en cuanto al desarrollo futuro.

Debe aquí la política socio-económica global fundamentarse en una sólida capacidad proyectista o de pronóstico, toda vez que en esa medida podrá convertirse en un principal instrumento y criterio de selección de alternativas políticas para la sociedad.

Se dará aquí la consideración de estudios sobre crecimiento económico general, proyección económica del Estado, crecimiento demográfico, migración del campo a la ciudad, relación de las actividades agropecuaria e industrial con la generación y demanda de empleo productivo, proyecciones del crecimiento económico en relación con la generación de trabajo por el Sector Privado y por el Sector Público, y así por el estilo; y complementariamente a la labor de estudios, debe darse la formulación concreta de propuestas de acciones que tiendan a consolidarse a variar esas tendencias diagnosticadas.

En realidad, las formulaciones de política global en cuanto a OFIPLAN respecta, deben acoger los aspectos más generales que tengan significación e impacto en toda faceta de desarrollo nacional, sea papel del Estado propiamente o acción directa hacia la comunidad. En este plano, hay política no ubicable en Sectores determinados propiamente, sino de índole general o multisectorial. Pero la mayoría de planteamientos sí es ubicable sectorialmente (en salud, educación, transporte, agropecuario, etc.), y es por esto que la política global necesariamente debe incorporar los aspectos más macro o agregados de la perspectiva y acción política-institucional de las distintas Regiones, Sectores e Instituciones, sin que esto signifique que se trate de incorporar en dicha perspectiva de política global, verdaderos planes regionales o sectoriales, que sí son objeto de desarrollo en las fases de planificación regional y sectorial, como se verá en el respectivo punto.

La política global inicia el proceso de planificación enviando directrices y lineamientos hacia "abajo", tanto dentro de OFIPLAN como del resto del Sistema, basada en investigaciones y elaboraciones propias de política socio-económica. Pero luego cada estructura responsable de las restantes fases, envía hacia OFIPLAN y "hacia arriba" sus prioridades y estrategias de política, y OFIPLAN integra finalmente el respectivo Plan Nacional de Desarrollo de mediano y corto plazos, los cuales entonces se convierten en marcos de referencia necesarios para la formulación posterior de los respectivos "subplanes" Regionales, Sectoriales e Institucionales, que detallan en forma exacta la naturaleza, objetivos, estrategias, acciones, programas y proyectos en sus respectivos contextos.

ii) Marco Institucional correspondiente a esta fase:

La fase de Planificación Global corresponde por excelencia, en su nivel de definición política, al Presidente de la República. El Consejo de Gobierno tiene también una participación importante, al igual que el Consejo Económico en el presente Gobierno, y la Asamblea Legislativa, en su campo de competencia.

Sin embargo, hay Ministerios que, en cuanto a política económica y social, tienen una importancia vital para el país pues definen política global, vinculante para el resto de la Administración Pública y de la sociedad costarricense. Son estos, los Ministerios de Economía, Industria y Comercio, y de Hacienda, acompañados por el Banco Central, todos en formulación de Política Económica; y el Ministerio de Promoción Humana, y el de Trabajo, en formulación de Política Social.

En esta Fase, el órgano central de planificación del país, OFIPLAN, debe asegurar la integración y participación de las instituciones anteriormente mencionadas, y recibir las directrices y lineamientos de política global de los niveles de dirección política superior; todo esto, debe convertirlo e integrarlo en un Plan Nacional de Desarrollo, para lo cual debe formular lineamientos y estrategias de política gubernativa, así como prioridades presupuestarias para el financiamiento del Plan. Esto se explicó en el punto anterior, sobre "Sus Productos".

OFIPLAN cuenta, para satisfacer esta Fase, con una División de Planificación Global, la cual establece nexos y comunicaciones permanentes con la dirección política superior, a través de los canales superiores de la Oficina, y directos con las demás instituciones que formulan Política Global.

2) Fase de Planificación Regional

i) Sus Productos:

Deben darse aquí Lineamientos y Estrategias de Política Regional, Política de Desconcentración Territorial, y una labor de Coordinación tanto del Sector Público como de la Participación Popular, en las Regiones.

Una vez definido el marco global o macro-socioeconómico anterior, es necesario pasar a un plano más concreto de formulación de política. Hay que determinar cómo los grandes lineamientos u objetivos de la fase global, se deben desagregar en lineamientos, objetivos o metas regionales, de tal suerte que se aclare en qué regiones o áreas geográficas se van a cristalizar e intentar acciones de cambio correctivas o de consolidación de los fenómenos económicos y sociales que se vienen registrando en un período histórico.

En general, y concibiendo siempre el proceso de formulación de política gubernativa planificada como un proceso integral, se tiene entonces que la política regional debe especificar en qué Regiones y en qué forma, la política global se desagregará en orientaciones más concretas y manejables.

Deberá definirse, por ejemplo, en qué forma se manejará el problema de la migración del campo a la ciudad, reconociendo las zonas donde la tendencia es más clara o peligrosa, y proyectando a su vez propuestas de acciones económicas y sociales que tiendan a dar solución al problema a mediano y largo plazos; se concretará también qué tipo de desarrollo socioeconómico se desea para cada Región en virtud del uso potencial de sus suelos, de su historia geográfica y potencial humano (si se incrementará la producción agrícola o la industrial, qué infraestructura básica será necesaria para lograr tal cambio, etc.); y así por el estilo, en todos los aspectos que se habían planteado ya en la fase de política global.

Aquí también resulta importante aclarar que hay política regional global, no ubicable en Sector de actividad alguno. Pero lógicamente, la mayoría de aspectos de política regional atañe de necesidad a algún Sector de actividad, de tal suerte que la fase de planificación regional deberá in-

currir en formulaciones de política sectorial, sin entrar en el detalle de un Plan Sectorial, que es objeto de la fase de planificación sectorial propiamente. Las Regiones, así, establecen el marco de referencia inmediato, y más detallado que en la fase de planificación global, para la acción sectorial de la Administración Pública.

La fase de política regional tiene importancia vital en todo el proceso integral de formulación de política gubernativa, porque es la que debe especificar y señalar cómo el desarrollo económico y social pretendido para una nación va a lograrse en forma armónica, especialmente hablando; es decir, es la fase que debe aportar los criterios básicos para que el político y la sociedad decidan sobre un desarrollo nacional más equitativo y armónico, inclusive más dinámico al incorporar variables y recursos regionales que son usualmente olvidados o ignorados en la concepción y práctica centralista del desarrollo nacional.

Resulta claro cómo, partiendo de una base de formulación regional del desarrollo de un país, se puede orientar toda una serie de acciones reales gubernativas y ciudadanas con posibilidades de un mayor impacto multiplicador en la generación de desarrollo, que si se parte de una plataforma o supuestos que ignoren por completo la historia, potencial y necesidades de cada Región del país.

La fase de planificación regional debe, finalmente, facilitar aún más la labor de cada institución específica para comprender mejor su papel y proyección regional, en términos muy distintos a los que han privado hasta ahora. Nos referimos a que podría cada institución, con mejores elementos de juicio, ser consciente de que la ejecución de sus acciones mejorará muchísimo si se entiende y define primero su "cuota" de acción en términos de lo que identifique como particularidades regionales de los problemas ya reconocidos a nivel global, y en términos de la organización y administración que debería adoptar para atacar a fondo y eficazmente en cada Región, los problemas de su ámbito.

Hay en lo anterior todo un estilo y toda una perspectiva distintos para lograr una mejor proyección institucional, en vista de que se introduce un factor importantísimo en el proceso de formulación de política institucional, como es la perspectiva regional de los problemas que la institución debe conocer para solucionar, fase o aspecto que se soslaya sistemáticamente en los planes y decisiones ejecutivas de la Administración Pública nacional. Prueba de esto es la concepción de "agencias de trámite" que se da a las agencias desconcentradas de ministerios y entes descentralizados del Nivel Nacional de Gobierno, concepción que las subordina a un papel poco significativo y poco dinámico en la identificación y ejecución de acciones sustantivas que contribuyan al resarrollo regional.

ii) Marco Institucional correspondiente a esta Fase:

Para generar los productos correspondientes a esta Fase y descritos en el punto precedente, existe un Marco Institucional constituido por OFIPLAN, tanto a través de su sede política como a través de sus oficinas regionales

de planificación; igualmente, participan todos los Ministerios e instituciones descentralizadas, también por medio de sus sedes políticas y de sus agencias desconcentradas; papel vital lo desempeñan desde muy recientemente los Consejos Regionales de Desarrollo, creados por Decreto Ejecutivo N° 6.400 del 27 de Setiembre de 1976; Los Gobiernos Municipales también son organismos esencialmente de proyección regional; y por último, todas las organizaciones privadas y populares también de proyección regional. Igual que en cuanto a la Fase de Política Global, OFIPLAN debe integrar y participar a todo este Marco Institucional en forma precisa, y asegurando que la formulación de Política Regional se dé dentro del marco de referencia obligatorio que significa la Política Global de la Fase anterior.

Para ello, existe un Sistema de Planificación Regional y Urbana —Subsistema del Sistema de Planificación— que integra, vía OFIPLAN, todo el Marco Institucional descrito; en cuanto a Ministerios y entes descentralizados se refiere, el Sistema agrupa esencialmente a las agencias desconcentradas de éstos, que deben operar entonces dentro de normas y políticas institucionales fijadas por sus sedes políticas, pero en apoyo directo de la labor de formulación de política regional y de los Planes Regionales de Desarrollo que, en primera instancia, deben ser atribución y producto de los Consejos Regionales de Desarrollo, aunque en última instancia, son integrados por OFIPLAN a través de su División de Planificación Regional y dentro del marco de Política Global para elevarlos, precisamente a conocimiento de la Presidencia, la cual decide sobre ellos.

3) Fase de Planificación Sectorial

i) Sus Productos:

Se deben dar en esta Fase, Lineamientos y Estrategias para elaborar Planes Sectoriales, dar Asesoría, Controlar y Evaluar la labor de los Sectores a nivel de Programas y Proyectos.

Identificada y planteada la proyección regional de la política económica y social, es necesario incurrir en la fase de la PLANIFICACION SECTORIAL, la cual obliga a especificar aún más la política regional, pero ahora en términos del papel y responsabilidad que corresponde a los grupos de instituciones vinculadas por la afinidad de las actividades que ejecuten, es decir, agrupadas en Sectores de actividad gubernativa.

Desde la perspectiva macro, o del Sistema global que es la Administración Pública como un todo integrado, es la fase sectorial la que especifica cómo esa Administración Pública y participación ciudadana van a realizar las metas y acciones globales y regionales, asignando submetas y acciones más específicas a los distintos Sectores de actividad gubernativa. Desde la perspectiva de la institución que planifica sus propias actividades, la política sectorial es la fase que especifica cómo esa institución se ubica dentro de un Sector de actividad y qué parte de la asignación Sectorial le va a corresponder a ella.

Esta fase, al igual que la anterior, impone nuevas perspectivas y una nueva capacidad directiva y técnica para lograr que las instituciones públicas funcionen con una concepción de sistema que ahora no existe. Implica esta fase el reconocerse partes de un sistema mayor, y como tal, implica el plantear la perspectiva institucional en función de una perspectiva más amplia a la cual la institución debe subordinarse para obtener resultados más precisos y eficaces.

En todo caso, es en esta fase de política sectorial, repetimos, donde el esfuerzo planificador debe llegar a un nivel casi que operativo de formulación de políticas y acciones institucionales, por cuanto es aquí cuando se definen las acciones o actividades específicas que deban realizarse y asignarse a una estructura existente, para lograr que las metas y estrategias regionales se puedan alcanzar de manera concreta.

Puede decirse que en las fases global y regional no se requiere ni existe estructura para la ejecución. Estas son fases básicas de conceptualización y definición política de problemas, necesidades y acciones a emprender para satisfacerlas.

La ejecución de actividades regionales se hace posible cuando ya la política regional se convierte en política sectorial, por cuanto es esta política la que puede asignarse a las estructuras interinstitucionales que son los Sectores. O dicho en otras palabras, es a nivel de Sectores cuando ya se puede identificar y contar con un andamiaje estructural para la acción, refiriéndose por supuesto a la existencia deseable de una organización institucional por Sectores que ahora no existe como tal, pero que se empieza a concretar con la creación de unidades de planificación sectorial con responsabilidad de integrar y coordinar la labor de varias instituciones de diversos Sectores.

Se impone en esta fase, la definición concreta de, por ejemplo, cómo lograr las metas regionales de fomento a la producción agropecuaria e industrial, de cómo disminuir la migración del campo a la ciudad, de cómo orientar el esfuerzo educativo hacia los niveles más realistas y vocacionales, de cómo diversificar la agricultura, etc., asignando responsabilidades y submetas específicas a los distintos agrupamientos o Sectores de instituciones en cada campo, ya para incurrir en acciones institucionales concretas.

Debe la política sectorial, pues, lograr un mínimo de desagregación de las políticas regional y global, a nivel que sean asignables a la estructura existente de índole sectorial, es decir, de grandes áreas de actividad pública claramente diferenciables entre sí, pero que aún no alcanzan el grado de acción específica asignable a una institución en particular.

Igualmente, debe esta fase y perspectiva de la política económica y social distinguir la interrelación necesaria a alcanzar entre grupos de instituciones, para lograr resultados que satisfagan objetivos suprasectoriales o, lo que es lo mismo, objetivos y actividades gubernativas responsabilidad del titular del Poder Ejecutivo, quien es el que en última instancia responde ante la ciudadanía por los aciertos o desaciertos de la función pública, y es ante quien la organización pública debe responder en la labor de Dirección Política que el Ejecutivo desempeña.

ii) Marco Institucional correspondiente a esta Fase

Para generar los productos correspondientes a esta Fase y descritos en el punto precedente, existe también un Marco Institucional constituido por OFIPLAN, básicamente a través de la División de Planificación Sectorial, y que mantiene nexos directos y permanentes con las unidades sectoriales e institucionales de Planificación del resto de la Administración Pública, y, a través de la Dirección Superior de OFIPLAN, con Ministros y Presidentes Ejecutivos.

Aquí se da una situación de interés político y técnico para identificar y fortalecer la idea de Sectores, que implica capacidad organizativa y técnica del Gobierno para mejorar las funciones de formulación de política socio-económica sectorial, así como para controlar y evaluar los resultados de la gestión institucional de todos aquellos organismos, ministeriales y descentralizados, que concurren en la consecución de la respectiva política sectorial (sea en Salud, Educación, Economía y Finanzas, Transportes, etc.).

Todo lo anterior debe lograrse dentro del Marco Institucional de un Sistema de Planificación Sectorial —Subsistema del Sistema de Planificación—, que integre a OFIPLAN con todas las unidades Sectoriales e institucionales de Planificación, y en estrecho contacto con, y supeditación técnica, a la Política Regional que genera el Sistema de Planificación Regional y Urbana mencionado en la Fase de Política Regional.

Se establece también en el contexto de dicho Sistema Sectorial, un nivel de dirección política, constituido por un Ministro sectorial, y por un Consejo Directivo Sectorial que integra a aquél con todos los Presidentes Ejecutivos y demás funcionarios políticos superiores de los organismos que se proyectan sustantivamente en el Sector; y, en apoyo de este nivel, se establece una oficina sectorial de planificación, que se vincula sistemática y directamente con OFIPLAN, y proyecta su propia actividad y la del Consejo Directivo Sectorial hacia las demás unidades institucionales de planificación del Sector, así como hacia aquellas otras unidades de planificación de instituciones de otros Sectores que tienen programas o actividades que se proyectan precisamente en el sector sustantivo de referencia.

4) Fase de Planificación Institucional

i) Sus Productos:

La siguiente Fase, y la última, del proceso de formulación de política económica y social planificada, es la relativa a la POLITICA INSTITUCIONAL. Finalmente, decidida la responsabilidad que cada Sector debe asumir en la ejecución de la política gubernativa, debe definirse qué papel jugará cada institución dentro de cada Sector. Debe entenderse que se dan aquí dos casos: la ejecución de política derivada de la política más global y dentro del proceso de fases descrito aquí, y la política específica y circunstancial que frecuentemente el Titular del Ejecutivo define para una institución, o que la máxima autoridad política de la institución emprende por su cuenta.

Es decir, hay que comprender y aceptar que este proceso integral que se describe aquí debe operar con intensidad y preeminencia por sobre la práctica errática de improvisar política o asumir funciones de manera aleatoria o espontánea. Pero también hay que comprender que este último estilo de toma de decisiones políticas no puede erradicarse del todo de nuestras prácticas institucionales, ni debe erradicarse del todo. La planificación no puede prever toda eventualidad ni de largo, ni de mediano ni de corto plazos, aunque puede prever ciertamente criterios y mecanismos que permitan enfrentar estas situaciones con un mínimo de desajuste institucional.

Las instituciones responden fundamentalmente a demandas de la comunidad o decisiones de los políticos que las dirigen y que personalmente tienen lazos o compromisos con grupos de interés o clientelas que por una u otra razón conviene satisfacer en determinado momento. La planificación tampoco puede ni debe eliminar u obstaculizar en modo alguno la improvisación creativa que permite que las instituciones reaccionen con dinamismo y flexibilidad ante situaciones cambiantes o imprevistas.

Lo que la planificación debe garantizar en la fase de política institucional, es que el marco de referencia básico de qué acciones y comportamientos deben esperarse de cada institución en particular, sea suficientemente coherentes como para dar sentido e integración a los programas y actividades que finalmente adopte o escoja la institución para alcanzar sus objetivos.

La política institucional facilita que cada ente público parta de una comprensión amplia de qué papel debe jugar dentro de un Sector y dentro de toda la Administración Pública, en atención al conocimiento de qué es lo que se pretende lograr que se haga para que cada Sector se proyecte regionalmente con el fin de alcanzar los objetivos y metas globales que constituyen los fines de la acción pública o de Gobierno a largo, mediano y corto plazos. Debe incurrir cada Institución en definiciones de política global y regional en su propio campo de actividad, derivadas de las formulaciones más amplias de las fases Global y Regional descritas en los apartes anteriores.

Consecuentemente, la consideración de política institucional debe hacerse sobre los plazos largo, mediano y corto. Cada institución pública, identificados su ubicación y papel en el Sector, tiene que conocer cuál será su futuro y el del conjunto de problemas o necesidades que constituyen la razón de ser suya. Esto lo logra planificando a largo y mediano plazos, y concretando sus metas y estrategias a corto plazo.

En todo caso, la fase de Política Institucional nos lleva al detalle de cómo los recursos disponibles van a ser finalmente organizados y administrados para alcanzar los resultados pretendidos en función de los objetivos sectoriales previamente definidos y reconocidos, así como en función de los objetivos o metas definidos sobre la marcha y dentro de ese marco más amplio de política institucional planificada.

Es a este nivel, pues, cuando la acción pública detalla en qué se va a invertir, qué programas de asistencia técnica al campesino se preferirán, qué programa de compra de granos se realizará, qué infraestructura se

construirá, qué tipo de educación específica se estimulará, en qué áreas se estimulará el crédito bancario, etc.

Y, por supuesto, es a este nivel donde la institución debe garantizar su apropiada participación regional, en virtud de las formulaciones de política regional y sectorial realizadas previamente. Cabe aquí la aplicación de los conceptos y criterios sobre desconcentración administrativa, pues las instituciones se enfrentan a la imperiosa necesidad de identificar sus áreas específicas de acción y la organización regional de que dispondrán finalmente para ejecutar u operar intensamente en las zonas o regiones donde tienen que contribuir con su aporte para, repetimos, contribuir al logro de los objetivos de política regional y sectorial.

Es aquí, precisamente a nivel de la Fase de Planificación Institucional, donde se vuelve indispensable la consideración de aspectos operativos técnicos y administrativos, porque es a este nivel donde finalmente se ejecutan las acciones concretas que constituyen servicios finales a las clientelas respectivas.

ii) *Marco Institucional correspondiente a esta Fase*

En esta Fase, queda claro que lo que corresponde es, a nivel de Instituciones Públicas, formular los respectivos planes operativos de cada Institución; y, a nivel de OFIPLAN, corresponde únicamente asegurar una asignación racional de recursos, así como formular criterios para identificación y promoción de Inversiones Públicas, a la luz de la Política Global, Regional y Sectorial respectivas.

En el primer caso, las Instituciones definen sus propios planes operativos dentro del marco de referencia que significa la Política Global, Regional y Sectorial que les llega desde niveles superiores de dirección política. Se eliminará pues la formulación errática y unilateral de Política Institucional, como ha ocurrido hasta la actualidad. Cada Institución tiene un papel y un aporte que dar dentro del conjunto sistemático de la Administración Pública y de los objetivos de Gobierno.

En el segundo caso OFIPLAN, inclusive por Ley de Planificación, interviene básicamente en la promoción y evaluación de inversiones a nivel de Instituciones. Y esto debe permanecer así, por cuanto la formulación de Política Institucional en cuanto a control y evaluación inclusive debe ser resorte de cada Sector, el cual, como se explicó en el punto anterior sobre Política Sectorial, tendrá un nivel de Dirección Política sectorial —un Ministro sectorial y un Consejo Directivo Sectorial— y una oficina sectorial de planificación de apoyo a dicho nivel. OFIPLAN no debe establecer un contacto y control directos sobre instituciones individuales, sino a través de los mecanismos y organismos sectoriales mencionados.

El Marco Institucional a coordinar, integrar y evaluar por el órgano central de planificación es, pues, el constituido por el Presidente mismo, el Consejo de Gobierno —ambos a un nivel de dirección política superior—,

el Ministerio de Hacienda, el Banco Central, las oficinas sectoriales de planificación, el Ministerio de Relaciones Exteriores —en todo lo que es crédito externo y cooperación técnica internacional—, y la Asamblea Legislativa en su campo de competencia.

5) *Función de Planificación Administrativa*

i) *Sus Productos:*

Se debe generar un Plan de Reforma Administrativa en función de los Planes y Acciones Sustantivos del Estado, así como una modificación sustancial de actitudes, aptitudes y motivación del funcionario público, hacia un mayor compromiso y rendimiento suyo en función precisamente de planes y acciones sustantivos.

Cabe plantear pues la naturaleza inherente que debe dársele a los aspectos de Política Administrativa en relación con el proceso integral de planificación de la política económica y social y de la Reforma Administrativa correspondiente.

La política administrativa ocupa o debe jugar necesariamente un papel inherente en relación con la política económica y social, toda vez que cualquier planteamiento o formulación de política gubernativa en lo económico y social, requiere de la correspondiente adecuación organizativa y administrativa que haga posible la acción sustantiva del Estado.

En función de lo anterior, la Política Administrativa debe incorporarse de manera instrumental pero permanente y consustancial, al proceso de formulación de política económica y social, y en todas las fases y plazos también descritos, de tal suerte que haya una correspondencia absoluta entre los planteamientos a formulaciones de objetivos y acciones sustantivos, y la capacidad administrativa para instrumentarlos.

Hay que consolidar la capacidad y especialización técnicas en el campo de la planificación económica y social para lograr que las unidades encargadas de ello alcancen niveles razonables de eficacia funcional; pero hay que promover y consolidar también la capacidad y especialización técnicas en el campo de la planificación administrativa, lo cual plantea la conveniencia de prever un funcionamiento vinculante de ambas, para garantizar que el producto de la unidad de planificación y política administrativa satisfaga las necesidades organizativas y administrativas de los planes y programas sustantivos de las instituciones, a cargo de las unidades planificadoras socio-económicas respectivas.

ii) *Marco Institucional correspondiente a esta Fase:*

La función de Planificación Administrativa tiene que ver con todas las Fases del proceso integral de planificación, pues todas éstas tienen problemas de tipo organizativo y administrativo que hay que enfrentar y solucionar.

Tal función se convierte en principal instrumento para generar y lograr una Reforma Administrativa integral de la Administración Pública, y corresponde a OFIPLAN promover e integrar, y controlar y evaluar, toda acción institucional tendiente a ello.

Participa en este Marco Institucional el Presidente de la República, quien dirige el proceso de Reforma Administrativa personalmente, así como el mismo Consejo de Gobierno, los Sectores e Instituciones, los Sistemas horizontales de apoyo y sus cabezas rectoras (Dirección General de Servicio Civil y Oficinas de Personal de entes descentralizados, en materia de recursos humanos; y así sucesivamente en lo que respecta a presupuesto, a contabilidad pública, a administración financiera y de abastecimiento, a estadística e información, etc.); participan también los Consejos Regionales de Desarrollo, las Municipalidades, y las organizaciones privadas y populares.

OFIPLAN, a través de su División de Reforma Administrativa, orienta, integra y promueve la función de Planificación Administrativa para una Reforma integral de la Administración Pública, a través del Sistema de Reforma Administrativa —Subsistema del Sistema de Planificación—, que integra a todo el Marco Institucional descrito, en un conjunto coherente de acciones interinstitucionales de tipo macroadministrativo y microadministrativo que, en última instancia, garantiza que lo que cada Institución individual realice organizativa y administrativamente, tenga relación estrecha con los requerimientos organizativos y administrativos de Sectores, Regiones y, en instancia final, de la Administración Pública como un Sistema que debe formular y ejecutar la Política Global de Gobierno.

Se puede apreciar con detalle cómo se concibe la interrelación sistémica del proceso de planificación, en la forma de insumos —productos que cada fase genera para las otras, así como la interrelación de las mismas estructuras planificadoras, es decir, de OFIPLAN y del resto de la Administración Pública.

Las interrelaciones de las fases son en orden descendentes según el nivel de especificidad ya comentado, pero también en orden ascendente según se promueva la planificación de abajo hacia arriba. Se aprecia el papel horizontal e integrador de OFIPLAN en el proceso, así como las relaciones verticales de las Regiones y Sectores con la misma OFIPLAN, y las relaciones horizontales entre estos últimos; todo ello garantizará en conjunto la simultaneidad y operatividad de todo este proceso descrito.

LA DIMENSION PERSONALISTA-COMUNITARIA EN MATERIA DE RELACIONES ENTRE PADRES E HIJOS EN EL SISTEMA JURIDICO LATINOAMERICANO*

Dr. Víctor Pérez V.

*Profesor Facultad de Derecho, Universidad
de Costa Rica*

*Director Revista Judicial, Corte Suprema
de Justicia*

* Investigación solicitada por la "Associazione di Studi Sociali Latinoamericane" y el "Consiglio Nazionale delle Ricerche" de Italia.

Sumraio: I. INTRODUCCION. II. LA EVOLUCION DE LA PATRIA POTESTAD DENTRO DEL SISTEMA JURIDICO LATINO-AMERICANO. 1. Roma, Antigo Derecho. 2. Roma, Derecho Clásico. 3. Las codificaciones de derivación napoleónica. 4. Tendencias recientes. 5. En particular, sobre la evolución del tema en el Derecho costarricense. III. LOS ELEMENTOS DE RESISTENCIA PERSONALISTAS Y COMUNITARIOS DEL SISTEMA JURIDICO LATINOAMERICANO CON RELACION A PADRES E HIJOS. 1. Factores externos. a) El individualismo; b) El colectivismo. 2. Factores internos: los elementos de resistencia personalistas y comunitarios en el sistema jurídico latinoamericano. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION:

Algunas codificaciones recientes de la materia relativa a las relaciones entre padres e hijos han preferido hablar de "autoridad parental", en lugar de "patria potestad". Otras, como la costarricense no dan mayor importancia a la cuestión terminológica y hablan de "autoridad parental o patria potestad".⁽¹⁾ En alguna medida, sin embargo, la expresión "autoridad parental" (donde se ha propuesto) es indicio de la preocupación del legislador por la realización del principio constitucional de igualdad. A veces, se ha llegado a enfatizar más sobre los intereses y situaciones jurídicas de los cónyuges —en función de la paridad, lo que en sí es un avance—, que sobre los intereses y situaciones jurídicas del menor, sobre lo cual falta en general adecuada regulación de los mecanismos procesales para la determinación concreta, —en carne y hueso y en su circunstancia—, del interés del menor que se califica de prioritario. En todo caso, múltiples disposiciones confirman esta preferente tutela (del Ordenamiento para el menor) —lo que es otro avance— junto a la paridad relativa y orgánica inspirada en un principio positivo y activo de solidaridad.⁽²⁾ Análogas consideraciones han sido realizadas en los diversos Ordenamientos del sistema jurídico latinoamericano.

En la nueva normativa italiana⁽³⁾ se habla de la "potestà dei genitori"⁽⁴⁾ en consideración al hecho de que la expresión "patria" es un adjetivo latino que significa "del padre", lo cual es contrario a los principios constitucionales.⁽⁵⁾ Para otros, el cambio de la expresión tradicional "patria potestad" por "potestad de los progenitores" o "autoridad parental" es incorrecto e inoportuno: se ha dicho que la expresión "patria" puede tener el sentido de "paternal" y ya antes la patria potestad se podía atribuir a la madre sin necesidad de cambiarle denominación.⁽⁶⁾

(1) Título III, Código de Familia de Costa Rica, artículos 127 a 150.

(2) MOSCARINI, Lucio Valerio. *Parità coniugale e governo della famiglia*, Giuffrè-ed. Milano, 1974, p. 45.

(3) Legge 19 maggio 1975, N. 151. *Gazzetta Ufficiale*, N. 135 del 23 maggio 1975.

(4) Arts. 138, 139 y 320.

(5) V. BESSONE, Mario, *Il diritto di famiglia*. Edizioni Culturali internazionali, Génova, p. 213 y CASTAN VAZQUEZ, José Ma. *La patria potestad*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, p. 5, donde se expone ampliamente la discusión doctrinaria sobre el tema.

(6) PINO, Augusto, *Il diritto di famiglia*, Edizioni Cedam, Padova, 1977, p. 200.

En la nueva legislación costarricense "el término" patria potestad", que significa "poder de padre", ha sido sustituido, en términos generales, por el de "Autoridad parental", obedeciendo a la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges en el gobierno de los hijos, y no sólo del padre. Sin embargo, se usa, desde luego, el término "patria potestad" por tradición, que sería muy difícil sustituir totalmente. Por lo mismo, nosotros lo usamos únicamente en el título..."(7)

Cámbiase o no la expresión en los textos legislativos, lo cierto es que la institución en examen, dentro del sistema jurídico latinoamericano, ha llegado a perfilarse sobre la base del Derecho Romano. A menudo, por ejemplo, la patria potestad en los Códigos Civiles latinoamericanos, en su configuración tradicional de corte napoleónico (en su forma jerárquica, en función de una formal "unidad de la familia") (8) recuerda un poco, debido a ciertos caracteres que examinaremos, los rasgos de la "patria potestad" romana. (9)

Las raíces evolutivas de la institución han de encontrarse en el Derecho Romano. No se trata simplemente de detectar coincidencias entre institutos actuales e institutos romanos. Se pretende, más bien, observar tanto el Derecho Romano, como el Derecho latinoamericano actual *en su dinámica*. Para ello interesa buscar, más bien, sus líneas tendenciales y los factores internos, propios del sistema, que han determinado la *orientación* de éste. No se trata tampoco de hacer analogía entre la tendencia evolutiva de la institución en Roma y las tendencias latinoamericanas actuales. Se trata, más bien, de observar la continuidad de *un proceso de humanización* del Derecho, donde ha sido portavoz "la tradición jurídica romano-canónica", según la expresión de Merriman; en el eje de este proceso está la persona humana.

Antes de pasar al examen de los aspectos específicos que ilustran la línea evolutiva de este proceso en cuanto al tema de la patria potestad, conviene advertir que nos referiremos tan sólo a un sector de un fenómeno de mayor amplitud: el encuentro del hombre consigo mismo a través de sus semejantes, un proceso de humanización, que, como ha expresado Carlos Monge implica "elevarse a las dignidades del espíritu, pero también identificarse con el espíritu que anima la vida de la comunidad..." (10) lo que dentro de una perspectiva materialista también ha sido observado, si bien

(7) SOLANO, Jorge, Texto comparativo y explicación de las reformas al Código Civil para crear el Código de Familia de Costa Rica, San José, 1974, p. 127, inédito.

(8) V. por ejemplo: artículo 187 del Código Civil de Panamá, Imprenta Nacional, Panamá, 1960; el artículo 219 del Código Civil de Honduras, Talleres Tipográficos Aristón, Tegucigalpa, D.C., 1949; el artículo 245 del Código Civil de Nicaragua, Editorial Heuberger y Co. Managua, Nic. 1931; artículo 591 del Código Civil de Puerto Rico, Equity Publishing Corp. Orford, New Hampshire, 1962; artículo 252 del Código Civil de El Salvador, Ministerio de Educación, San Salvador, 1967.

(9) V. FOIGNET, Rene. Manual elemental de Derecho Romano, Ed. Cajica, Puebla, 1948, p. 44.

ha sido interpretado como un producto del desarrollo de la materia viva en cuanto actividad nerviosa superior que da lugar a la actividad psíquica (11), esto es, la concencia como propiedad de la materia evolucionada por leyes dialécticas, según algunos; para otros, más bien, un proceso que tiene significación dentro de una cosmovisión espiritual, dentro de un proceso de "enrollamiento cósmico", (12) de integración del hombre en el universo, (13) de génesis de Cristo en la humanidad. (14)

Entre el dato romano y el dato latinoamericano no hay simple semejanza, sino, más bien, continuidad de una tendencia de humanización.

La comprobación de la hipótesis de la unidad del sistema jurídico latino americano con base en un elemento personalista, trascendente, (15) que afirma "el primado de la persona humana", (16) es factible si se observa la evolución del tema que nos ocupa desde el antiguo Derecho Romano hasta las nuevas leyes sobre la familia de nuestros días.

La anterior afirmación presupone un concepto dinámico de "sistema". El sistema jurídico latinoamericano no es una estructura lógico-formal, sino una concepción jurídica del mundo en constante transformación, debido a la concurrencia de múltiples factores, pero con determinadas tendencias axiológicas constatables.

LA EVOLUCION DE LA PATRIA POTESTAD DENTRO DEL SISTEMA JURIDICO LATINOAMERICANO.

Nos proponemos ahora observar la trayectoria del sistema jurídico latinoamericano en cuanto al instituto (17) de la patria potestad.

(10) HERRA, Rafael Angel. Carlos Monge Alfaro: la filosofía de la educación y de la universidad. Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, Vol. V, N° 17, julio-diciembre de 1965.

(11) KUUSINENN, Otto, Manual de marxismo-leninismo, Trad. del ruso. México.

(12) TEILHARD DE CHARDIN, El fenómeno humano, Taurus, Madrid, 1963, p. 364.

(13) CUENOT, Claude, Teilhard de Chardin, Nueva colección Labor, Barcelona, p. 75.

(14) TEILHARD DE CHARDIN, Himno del Universo, Taurus, Madrid, 1964, p. 88.

(15) MARITAIN, Jacques, Los Derechos del hombre, Editorial La Pléyade, Buenos Aires, 1972, p. 21. "La persona es pariente de la Absoluto" MARITAIN, Jacques, Scholasticism and Politics, Image books, New York, 1960, p. 68.

(16) MOUNIER, Emmanuel, Manifiesto al servicio del personalismo, Taurus, Madrid, 1965, p. 9. "Debemos recordar las palabras de Santo Tomás: "La persona es lo más noble de toda la naturaleza" MARITAIN, op. cit., Scholasticism and Politics, supra 15, p. 62.

(17) Entendemos aquí el concepto de instituto en el sentido de conjunto unitario, rico en significado y cambiante en el tiempo, de relaciones humanas consideradas como típicas... no puede ser representado plenamente como la suma de las reglas. Esta es la posición de Savigny. LARENZ, Karl, Storia del metodo nella scienza giuridica, Giuffre-ed, Milano, 1966, p. 10. El sistema es, a su vez, un conjunto dinámico de institutos.

Conviene, para efectos de presentación,⁽¹⁸⁾ tomar en consideración ciertos momentos determinados en la historia del instituto; concretamente: 1.- Roma, Antiguo Derecho, 2.- Roma Clásica, 3.- Codificaciones de derivación napoleónica y 4.- Tendencias recientes.

1.—Roma, Antiguo Derecho.

En este primer período la patria potestad es vista como un conjunto de poderes del padre sobre el hijo.⁽¹⁹⁾

En algunos casos los poderes del padre eran asimilados a derechos reales, con la consiguiente cosificación del "alieni iuris". Ocurría, por ejemplo, con la "reivindicación",⁽²⁰⁾ que en la práctica pretoria se había agilizad con el "interdictum de liberis exhibendis, item ducendis".⁽²¹⁾ También ocurría con la posibilidad de vender al hijo.⁽²²⁾

En otros casos, los poderes se mostraban análogos a los que se tenían sobre los esclavos,⁽²³⁾ comprendiendo incluso el derecho sobre vida y muerte⁽²⁴⁾ y el derecho de abandono. Se ha llegado a afirmar que "el hijo bajo potestad era alieni iuris. No tenía, por lo tanto, personalidad jurídica, no tenía patrimonio".⁽²⁵⁾ La afirmación, sin embargo, es aventurada, pues la subjetividad no depende solamente de la genérica y potencial referibilidad de situaciones jurídicas patrimoniales. Si bien es cierto, que, salvo en cuanto al "peculio profecticio"⁽²⁶⁾ "no tenía patrimonio", ello es cosa muy diversa de afirmar que "no tenía personalidad".

En realidad, el hijo ya era persona a los ojos del Derecho.⁽²⁷⁾ Obsérvese que, a diferencia del esclavo, tenía el status libertatis y el status civitatis.

En síntesis, en estos primeros tiempos el padre tenía un poder ilimitado sobre la persona del hijo. Este poder existía en función de los inte-

(18) Sobre la función de presentación en la ciencia jurídica v. OERTMANN, Paul, *Interests and concepts. The jurisprudence of interests*, Harvard, 1948, p. 88.

(19) V. FERNANDEZ, Luis, *El Derecho de Familia en la legislación comparada*, UTEHA, México, p. 277.

(20) V. JÖRS - KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, Editorial Labor S.A. Barcelona, 1965, p. 410.

(21) Loc. ult. cit.

(22) Op. ult. cit., p. 412.

(23) FOIGNET, op. cit., supra 9, p. 45. "Es un poder absoluto que primitivamente no se diferenciaba del ejercicio sobre los esclavos" ARIAS RAMOS, J. *Derecho Romano, II*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 722.

(24) BRY, Georges, *Nociones de Derecho Romano*, Imprenta Eléctrica, Bogotá, 1912, p. 39.

(25) FOIGNET, op. cit., supra 9, p. 45.

(26) "que ya existía" FOIGNET, op. cit., supra 9, p. 45 "Es el más antiguo, y podían tenerlo también los esclavos. Estaba constituido por aquellos bienes que el paterfamilias dejaba al filiusfamilias, el cual los administraba". ARIAS, op. cit., supra 23, p. 726.

(27) V. BRY, op. cit., supra 24, p. 39.

reses del padre; "no era, como hoy un poder protector establecido únicamente para favorecer a los sometidos a ella. Estado establecida, por lo menos en apariencia, en el propio interés de quien la ejercía; en este sentido, todos los derechos estaban de su parte y todas las obligaciones de parte de los sometidos a ella".⁽²⁸⁾ "Existía en interés del padre y en interés público; se necesitaba que la familia, elemento fundamental de la República, conservara su unidad religiosa y civil y enseñara a los hijos, bajo el poder de un jefe único y omnipotente, a respetar la autoridad que más tarde volvería a encontrar en la nación".⁽²⁹⁾ Detrás del interés de la familia se encontraba el interés del Estado; cada familia estaba concebida como una escuela de disciplina y preparación para la vida pública.⁽³⁰⁾

Este poder correspondía solamente al varón. "... la madre, en defecto del padre, jamás ejercía este poder, aun cuando un hijo tuviese necesidad de su protección, porque semejante filosofía no estaba en la base de la potestad".⁽³¹⁾

2.—Roma, Derecho Clásico.

La evolución que sufre el instituto en examen durante este período viene desde un poder despótico concebido en provecho de quien lo ejerce para pasar a verse como una autoridad tuitiva, destinada a beneficiar con su protección a los sometidos.⁽³²⁾

Las reglas del Derecho antiguo se suavizaron; las modificaciones fueron múltiples y revelan la tendencia humanizante (personalista y comunitaria, en germen entonces) de la cosmovisión latinoamericana.

Desde fines de la República se manifestó ya una tendencia a limitar los poderes del "pater familias" y a reconocer derechos al hijo sobre su persona y bienes.⁽³³⁾

De las transformaciones relevantes introducidas en esta época merecen citarse:

- a) ya en la época clásica se prohíbe maltratar al hijo,⁽³⁴⁾
- b) Septimio Severo quitó el derecho de vida y muerte sobre el hijo,⁽³⁵⁾

(28) FOIGNET, op. cit., supra 9, p. 44.

(29) BRY, op. cit., supra 24, p. 38.

(30) Es interesante encontrar una filosofía estructuralmente análoga en el Código de Familia Cubano, art. 85.

(31) BRY, op. cit., supra 24, p. 39.

(32) ARIAS, op. cit., supra 23, p. 722 y CASTAN, op. cit., supra 5, p. 23.

(33) V. FOIGNET, op. cit., supra 9, p. 46.

(34) v. BRY, op. cit., supra 24, p. 39.

(35) v. FOIGNET, op. cit., supra 9, p. 46. "Ya en el derecho Justiniano tal derecho de vida y muerte ha desaparecido" ARIAS, op. cit., supra 23, p. 724.

- c) bajo Constantino, el padre asesino de su hijo se castigó con la pena del parricidio, y en adelante el hijo culpable debería entregarse a la Justicia,⁽³⁶⁾
- d) bajo Justiniano el expósito era "sui iuris" y la hija obligada por su padre a la corrupción debía ser emancipada,⁽³⁷⁾
- e) bajo Justiniano, también, la mancipación, venta ficticia ya no existía, como tampoco el abandono noxal de los hijos⁽³⁸⁾ y la venta real,⁽³⁹⁾
- f) en la época clásica se crearon los peculios castrense⁽⁴⁰⁾ y cuasicastrense,⁽⁴¹⁾ sobre los cuales el hijo tenía la plena propiedad. Más tarde se creó un tercer peculio que se llamó adventicio, del cual era nudo propietario y cuya administración correspondía al padre.⁽⁴²⁾ Esta es una de las manifestaciones más importantes de la pérdida del carácter riguroso de la patria potestad,
- g) Justiniano, en 543 suprimió la agnación e hizo de la cognación la fuente única de todos los derechos de familia,⁽⁴³⁾
- h) Antonio el piadoso quitó al "pater familias" el derecho de romper por sí el matrimonio del hijo,⁽⁴⁴⁾
- i) se reconoce el derecho de reclamar contra el padre, incluso alimentos,⁽⁴⁵⁾
- j) se castigaron los abusos paternos (Marciano D. 48, 9, 5 —Adriano— y Ulpiano 48, 8, 2),⁽⁴⁶⁾
- k) la exposición de los hijos, que, según parece, la costumbre limitaba de hecho, a casos de parto monstruoso, fue indirectamente sancionada por disposiciones de Dioclesiano y Constantino que restringieron al

(36) BRY, op. cit., supra 24, p. 39.

(37) Op. ult. cit., p. 39.

(38) "En el caso de abandono noxal, cuando el hijo había cometido un delito, si el padre no quería reparar el perjuicio causado, entonces mancipaba al hijo en favor de la víctima del delito" BRY, op. cit., supra 24, p. 39.

(39) "El padre mancipaba a su hijo en caso de miseria; entonces se pagaba el precio y con la venta ficticia sucedía una venta real". Op. ult. cit., p. 39.

(40) "...lo que adquiriría el hijo como militar, sueldo, botín" (bajo Augusto), FOIGNET, op. cit., supra 9, p. 46.

(41) "...lo que adquiriría el hijo al servicio de la Corte, del Estado o de la Iglesia" (bajo Constantino), loc. ult. cit.

(42) Op. ult. cit., p. 47.

(43) BRY, op. cit., supra 24, p. 39.

(44) FOIGNET, op. cit., supra 9, p. 46.

(45) Loc. ult. cit., y JÖRS, op. cit., supra 20, p. 415.

(46) JÖRS, op. ult. cit., p. 411.

pater algunas de las facultades sobre aquellos hijos a los cuales hubiera expuesto, y una constitución de Valente y Valentiano equipara la exposición al homicidio.⁽⁴⁷⁾

En síntesis, resulta observable en la patria potestad romana un proceso evolutivo que comienza como poder absoluto para atenuarse en beneficio de los sometidos.

3.—Las codificaciones de derivación napoleónica.

El Código Civil francés dotó de intensas prerrogativas al padre. Por ejemplo, el artículo 376⁽⁴⁸⁾ disponía:

"...podrá el padre pedir el arresto de su hijo por espacio de seis meses..."; el 378: "...no habrá otro escrito más que la orden de arresto, pero sin explicar en ella los motivos..."; y el 384: "El padre... tendrá el usufructo de los bienes de sus hijos..."

Como característica de esta regulación se observa la existencia de una autoridad dotada de gran fuerza sancionatoria y una preocupación preferente por la problemática de orden patrimonial. Falta un tratamiento en función global de los intereses del hijo.

En Italia, la codificación de 1865 se separó un poco del modelo napoleónico en cuanto se confieren al padre prerrogativas menos intensas y no se contempla la posibilidad de hacer arrestar al hijo,⁽⁴⁹⁾ haciéndose también a la madre partícipe de la patria potestad.⁽⁵⁰⁾ Por su parte, el "Codice Civile" de 1942⁽⁵¹⁾ contenía sobre la patria potestad disposiciones en cierto sentido involutivas, como su atribución al padre (artículo 316), la colocación del menor en institutos de corrección (artículo 319) y el usufructo legal (artículo 324).

Se notan ahí, sin embargo, avances en interés de los hijos, como la regla que da facultades al tribunal para determinar cuál cónyuge debe tener los hijos en caso de separación (artículo 155).

(47) ARIAS, op. cit., supra 23, p. 724.

(48) Código Civil francés, traducido y anotado, Imprenta de don José María Alonso, Madrid, 1850.

(49) "...la cárcel...deja siempre una desfavorable impresión sobre quien la sufre..." Relazione sul Progetto del primo libro del Codice Civile presentato a la madre partícipe de la patria potestad. Relazione sul Progetto del primo libro del Codice Civile presentato in iniziativa al Senato dal Ministro guardasigili Pisanelli. Cit. p. BESSONE, op. cit., supra 5, págs. 90 y 91.

(50) "...el honorable proponente dice que no es conforme a la naturaleza ni a los principios del Derecho racional o filosófico atribuir la patria potestad exclusivamente al padre negándose a la madre". Verballi della commissione di coordinamento seduta 28 aprile 1865, cit. p. BESSONE, op. cit., supra 5, p. 94.

(51) Regio Decreto 16 marzo 1942, N. 262 (G.U. 4 apr. 1942, n. 79 ed. straord.) Codice Civile, Editore Ulrico Hoepli, Milano, 1971.

La Corte Constitucional Italiana, posteriormente dictó una serie de decisiones donde asumió particular relevie el perfil de la igualdad entre los cónyuges.⁽⁵²⁾

La nueva normativa sustituye, como se ha anticipado, la expresión "patria potestad" (patria potestà) por la de "potestad de los progenitores" (potestà dei genitori), que es ejercitada de común acuerdo.

Las codificaciones latinoamericanas en términos generales siguen el modelo francés.⁽⁵³⁾

Como ejemplos de estas manifestaciones tenemos el Código Civil de El Salvador que establece⁽⁵⁴⁾ un usufructo a favor del padre sobre los bienes del hijo (artículos 255) y hace una extensa regulación de los aspectos patrimoniales (artículos 255 a 268). El Código Civil de Honduras⁽⁵⁵⁾ habla de un derecho de elegir el estado o profesión futura del hijo (artículo 232) y establece el usufructo legal (artículos 245 a 250) junto con la preponderancia paterna (artículo 239). El Código Civil de Panamá⁽⁵⁶⁾ mantiene el derecho de solicitar la detención del hijo. El Código Civil de Brasil establece el usufructo legal como inherente al ejercicio del "patrio poder".⁽⁵⁷⁾

Se nota, sin embargo, en estas codificaciones una manifestación de la tendencia humanizante que, con sus rasgos personalistas-comunitarios, hemos considerado hipótesis unificante del sistema jurídico latinoamericano.

Así, por ejemplo, el Código Civil de Panamá⁽⁵⁸⁾ establece claramente los deberes de alimentación, guarda, educación, instrucción y representación junto con la facultad de corrección moderada (artículo 188); el Código Civil de Brasil⁽⁵⁹⁾ atribuye participación a la mujer en el ejercicio de la patria potestad (artículo 380). El de Guatemala, uno de los más avanzados,⁽⁶⁰⁾ establece el ejercicio conjunto (artículo 252), fija el criterio de la

prudencia en la disciplina (artículo 253) y establece la preponderancia del interés del hijo (artículo 262), en particular en casos de divorcio y separación (artículos 168 y 162) y, finalmente, regula la unión de hecho (artículo 182). El Código Civil de Chile,⁽⁶¹⁾ por su parte, si bien establece el usufructo legal (artículo 243), fija el ejercicio igualitario (artículo 240). Estos pocos ejemplos ilustran la continuidad histórica del sistema y su tendencia humanizante en lo relativo al tratamiento de la patria potestad.

4.—Tendencias recientes:

La creciente afirmación de un Derecho de Menores⁽⁶²⁾ a nivel internacional⁽⁶³⁾ ha colocado al menor como "sujeto preferente de derecho",⁽⁶⁴⁾ lo que implica que siempre, en caso de conflicto debe prevalecer el interés de éste. En esta materia se observa también una tendencia codificadora.⁽⁶⁵⁾ Tiene particular relieve el sentido de la misma patria potestad como derecho función.⁽⁶⁶⁾

Las tendencias recientes son concordes en la afirmación de la *tutela preferente de la persona del menor*. La patria potestad ha dejado de ser un derecho de los padres para pasar a ser *un instrumento para la satisfacción de los intereses del hijo*.

Resulta observable también una orientación intervencionista en las nuevas regulaciones. Ejemplo de ello es la actuación, a veces de oficio, de algunos órganos administrativos y judiciales, los sistemas de libertad vigilada (o educación vigilada, según la terminología francesa), la intervención médica aún contra el criterio de los padres⁽⁶⁷⁾ y la creación de tribunales especiales asesorados por técnicos.

5.—En particular, sobre la evolución del tema en el Derecho costarricense.

Con respecto a la hipótesis de elementos personalistas y comunitarios en la regulación de la vida familiar, conviene observar la evolución legislativa y jurisprudencial dentro del marco de los factores socio-económicos condicionantes.

En el Código Civil de 1888 la patria potestad correspondía plenamente al padre y la participación de la madre estaba a éste sujeta. Los comentarios se han hecho en el sentido de que "debe prevalecer la autoridad

(61) Código Civil, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, p. 70.

(62) En particular cabe destacar el trabajo de los Doctores Rafael Sajón y Ubaldino Calvento en el Instituto del Niño, O.E.A.

(63) Declaración de Derechos Humanos de 1948, Declaración de Derechos del Niño de 1959 y Declaración de Derechos de los retardados mentales de 1971.

(64) SAJON, Rafael. Derecho de menores. Aspectos sustantivos y adjetivos. 23 de octubre de 1978, Colegio de Abogados de Costa Rica, Conferencia inédita.

(65) Ecuador 1976, Bolivia 1975, El Salvador 1974. ult. cit.

(66) CALVENTO, Ubaldino, Nuevas tendencias del Derecho de Familia, Colegio de abogados de Costa Rica, 23 de octubre de 1978, Conferencia inédita.

(67) Por ejemplo, en el artículo 131 del Código de Familia de Costa Rica.

(52) Cabe recordar que también en otras instituciones del Derecho de Familia la Corte Constitucional representó un factor de gran fuerza en la reforma legislativa. En lo que se refiere a nuestro tema cabe mencionar la sentencia N° 9 de 1964 (Gazz. Uff 29 febbraio 1964, N° 54 Raccolta Uff. 1964, XIX, 75; Giur. Cost. 1964, 45) donde se declaró la ilegitimidad constitucional de la norma penal que limitaba el derecho de querrela, en el delito de sustracción de personas incapaces, sólo al cónyuge en ejercicio de la patria potestad, considerándose que tal disposición violaba el principio de igualdad moral y jurídica de los cónyuges sancionado por el párrafo segundo del artículo 29 de la Constitución.

(53) "El ejemplo del Código (de) Napoleón fue seguido, según veremos más adelante, por casi todas las legislaciones latinas que se inspiran en sus principios, y por la mayor parte de las latinoamericanas" FERNANDEZ, op. cit., supra 19.

(54) Op. cit., supra 8, p. 112.

(55) Op. cit., supra 8, p. 178 y ss.

(56) Op. cit., supra 8, p. 105.

(57) Código Civil, actualizado. Editora Aurora. Río de Janeiro, 1970, p. 123.

(58) Op. cit., supra 8, p. 104.

(59) Op. cit., supra 57, p. 123.

(60) Constitución y Códigos de la República de Guatemala, Industrias Unidas S.C., 1970, p. 658.

del varón... de mayores aptitudes... falta de aptitudes de las mujeres..."⁽⁶⁸⁾ Se tenía, en síntesis, una concepción monárquica de la familia.

En el nuevo Código de Familia se considera la patria potestad como una situación jurídica mixta, una potestad que comprende valoraciones jurídicas de necesidad y de posibilidad (deberes y poderes) relativas a la persona y bienes del menor. La mayor parte de las innovaciones había sido una elaboración de la jurisprudencia de las Salas de la Corte Suprema de Justicia.⁽⁶⁹⁾ Se habla, en la nueva normativa, de un deber de los padres de respecto y consideración hacia la persona del menor.

Interesa detenerse a considerar los antecedentes legislativos con relación a las innovaciones que contiene el Código de Familia de Costa Rica en materia de patria potestad.

A diferencia del viejo artículo 131 del Código Civil que permitía la internación en un establecimiento correccional, el artículo 130 del actual Código de Familia se refiere a "en forma moderada corregir al hijo". La razón del cambio, según uno de sus autores, se encuentra en que "aun hoy no contamos con establecimientos adecuados para una debida formación de los menores, asistido del personal médico adecuado. Por otro lado, se ha comentado por los círculos profesionales del país, sobre todo por aquellos grupos de personas dedicados al servicio social (psicólogos, asistentes sociales, etc.), que un internamiento de un menor en un centro es tan peligroso, o más, que su existencia en el hogar, además de que para tal internamiento ha de hacerse un estudio muy profundo para poder determinar si realmente es procedente tal internamiento..."⁽⁷⁰⁾

La regla según la cual "cuando sea necesario una hospitalización, tratamiento o intervención quirúrgica, decisivos e indispensables para resguardar la salud o la vida del menor queda autorizada la decisión facultativa pertinente, aún contra el criterio de los padres" (artículo 131) ha sido comentada en el sentido de que "los facultativos de la Asamblea aprobaron y defendieron esta última redacción, dando ejemplos de casos que fueron fatales para menores de edad, que aun perdieron la vida, por tener que respetar el criterio de un padre ignorante, o por no tener facultades legales para proceder de inmediato en favor del menor"⁽⁷¹⁾, por lo que debe interpretarse restrictivamente, sólo para los casos en que la urgencia impida la intervención Judicial.

(68) BRENES, Alberto, Tratado de las personas. Imprenta Trejos, San José, 1925, ps. 236, 237 y 239.

(69) V. por ejemplo SALA DE CASACION N° 72 de 15 hrs. 30 m. de 26 de junio de 1953, sem. I, tomo II, p. 1529; N° 132 de 15 hs 25 m de 4 de diciembre de 1953, sem II tomo II, p. 875; N° 74 de 14 hs. 25 m de 29 de julio de 1955, tomo I, II sem. p. 278; N° 85 de 16 hs. de 10 de octubre de 1956, tomo I, II sem., p. 1637; N° 107 de 16 hs 30 m de 11 de diciembre de 1956, tomo II, II sem. p. 2065; N° 2 de 14 hs. 5 m. de 8 de enero de 1964, I tomo, I sem. p. 15.

(70) SOLANO, op. cit., supra 7, p. 128.

(71) Op. ult. cit., p. 128.

Se establece en la nueva legislación también la posibilidad de que el Tribunal adopte las medidas concernientes a las relaciones con los abuelos, con base en que "es muy corriente que ellos se interesen mucho por los niños, tanto por el cariño que les tienen, como por los cuidados que les puedan dar, en ausencia de los padres debido a separación o antagonismo".⁽⁷²⁾

La regla según la cual las resoluciones en materia de patria potestad son revisables siempre (artículo 139) ha sido explicada así: "Todo lo que el Tribunal resuelva sobre patria potestad no alcanza la condición de cosa juzgada, institución bien conocida en Derecho y que inhibe a los Tribunales para cambiar sus decisiones. En el Derecho de Familia el precepto procesal se cambia, y tiene prelación la conveniencia de los menores sobre los procedimientos judiciales. El Juez puede cambiar lo resuelto cuando las circunstancias así lo aconsejen, demanden o procedan".⁽⁷³⁾

LOS ELEMENTOS DE RESISTENCIA PERSONALISTAS Y COMUNI-TARIOS DEL SISTEMA JURIDICO LATIIONAMERICANO CON RELACION A PADRES E HIJOS.

Los datos legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios analizados hasta el momento confirman la idea de que en la base de la evolución del sistema se encuentran una cosmovisión que, sin perder de vista que el ser humano es naturalmente un ser de comunicación, afirma la *dignidad primordial de la persona humana*.

La orientación descrita ha sufrido algunos ataques por parte de las tendencias individualistas y colectivistas; a pesar de ello se observa una línea ascendente dentro del sistema, en cuanto estos ataques son objeto de falta de aceptación, en términos generales, sin negarse con ello la influencia que ambas direcciones han tenido. Conviene, pues, primero analizar los factores externos, para pasar luego al estudio de los elementos de resistencia.

1. Factores externo

Los ataques contra el sistema jurídico latinoamericano, en lo que se refiere a las relaciones entre padres e hijos, tienen su origen en posiciones extremas:⁽⁷⁴⁾ el individualismo y el colectivismo.

a) El individualismo:⁽⁷⁵⁾

Ya a mediados del siglo pasado Marx y Engels (Manifiesto Comunista) denunciaron los vicios de las familias burguesas. En lo que nos

(72) Op. ult. cit., p. 132.

(73) Op. ult. cit., p. 132.

(74) Recordemos que para Confucio el hombre prudente, identificado con la ley moral, es el que sigue, constantemente el término medio; para Aristóteles también, la virtud moral es un medio (mesotes) entre dos vicios: el exceso y el defecto. También el budismo predica el sendero medio.

(75) En general, sobre la posición individualista del liberalismo burgués v. MARTAIN, Scholasticism... op. cit., supra 15, p. 80.

interesa, se resume en un uso abusivo de los poderes paternos, una instrumentalización del menor a favor de los intereses de sus padres, una negación de la misma personalidad del niño y, en general una disolución de la sociedad.⁽⁷⁶⁾

La penetración del factor individualista ha sido explicada en el sentido de que, con las transformaciones que produce el desarrollo, se ha producido en las relaciones primarias un proceso de despersonalización⁽⁷⁷⁾ en cuanto los roles se presentan como "fungibles". Se ha explicado el paso de la afectividad a la neutralidad afectiva, de la participación a la universalización.⁽⁷⁸⁾

En los ordenamientos de tradición germana (Código austriaco y Código alemán) la patria potestad se caracteriza por constituir una función de protección y ayuda a los menores de edad. Rumbos análogos se han ido marcando en la legislación inglesa y en la norteamericana que consideraban la patria potestad como una función tuitiva y legal sobre los menores,⁽⁷⁹⁾ controlada por órganos y autoridades sociales. En el ambiente latinoamericano este tipo de normas entra en juego en el llamado Derecho de Menores que se ocupa de la situación jurídica del menor en estado anormal.⁽⁸⁰⁾ Funcionan también instituciones administrativas y judiciales que cumplen esta función tuitiva pública, como el Patronato Nacional de la Infancia de Costa Rica y centros de diagnóstico y tratamiento de menores en situación anormal, etc.

b) El Colectivismo:⁽⁸¹⁾

La concepción totalitaria (nacional-socialista y fascista) produjo relevantes incidencias sobre la vida familiar: el control estatal de la temprana infancia,⁽⁸²⁾ la política de incremento de la población mediante subsidios,⁽⁸³⁾

(76) "No debemos decir que la finalidad de la sociedad es el bien individual (o la suma de los bienes individuales) de cada una de las personas que la constituyen. Esta fórmula disolvería la sociedad por el bien de las partes y conduciría a la anarquía de los átomos". Op. ult. cit., p. 72.

(77) GERMANI, Gino, Política y sociedad en una época de transición. Ed. Paidós, Buenos Aires, 1971, p. 98.

(78) Op. ult. cit., p. 93.

(79) V. FERNANDEZ, op. cit., supra 19, p. 279.

(80) V. SAJON, op. cit., supra 64.

(81) Sobre los Estados totalitarios y el irrespeto a la persona. V. MARITAIN, Scholasticism. Op. cit., supra 15, p. 82.

(82) V. MONTENEGRO, Walter, Introducción a las doctrinas político-económicas, Fondo de Cultura Económica, México, 1956, p. 198.

(83) Aunque, sostiene SABINE, "la necesidad de expansión territorial era sostenida al mismo tiempo, sobre la base de que Alemania ya estaba superpoblada" SABINE, George, Historia de la teoría política, Fondo de Cultura Económica, México, 1937, p. 648. En Italia, por su parte, había medidas financieras como "bonificación progresiva en el impuesto sobre la renta para los padres de familias numerosas" ESCHMANN, Ernst Wilhelm, El Estado fascista en Italia, Biblioteca Ercilla, Santiago de Chile, 1937. Relata el autor citado: "concursos públicos con altos premios en metálico, para los diez niños más hermosos que hubieran nacido dentro del plazo del noveno al décimo mes siguiente a la convocatoria del concurso".

la legislación sobre la eugenesia de 1933, en la práctica una política de esterilización y exterminación⁽⁸⁴⁾ y la legislación antijudía de 1935 y 1938.⁽⁸⁵⁾ Es frente a este contexto que resulta comprensible el derecho a casarse y fundar una familia del párrafo primero del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Dentro de las orientaciones "colectivizantes" actuales merece citarse el Código de Familia cubano, según el cual "la patria potestad comprende... velar por su adecuada superación técnica, científica y cultural con arreglo a sus aptitudes y vocación y a los requerimientos del desarrollado del país... dirigir la formación de sus hijos para la vida social, inculcarles el amor a la patria, el respeto a sus símbolos y la debida estimación de sus valores, el espíritu internacionalista, las normas de la convivencia y de la moral socialista y el respeto a los bienes patrimoniales de la sociedad (artículo 85).⁽⁸⁶⁾

Personalismo y comunitario se colocan en el justo medio frente al individualismo y al colectivismo: en lugar de la exaltación del individuo visto como centro material, "anclado en la materia", según Santo Tomás de Aquino,⁽⁸⁷⁾ se afirma la persona como ser trascendente, portador de una especial dignidad y de valores, capaz de trascendencia y de relación; en lugar de la exaltación del todo político se afirma el bien común.⁽⁸⁸⁾

2. Factores internos: Los elementos de resistencia personalistas y comunitarios en el sistema jurídico latinoamericano.

Los factores que han transformado recientemente la perspectiva sobre la patria potestad son de diversa índole.

Entre ellos merecen citarse las recientes corrientes (post guerra) de reafirmación de los derechos humanos, dentro de las que juegan un papel destacado la concepción personalista, comunitaria, pluralista y teísta de J. Maritain, en particular en su obra "Los derechos del hombre".

El humanismo moderno en sus desarrollos iusnaturalistas laicos culminó con la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Las manifestaciones ideológicas del romanticismo se proyectaron fundamentalmente en el movimiento liberal: el individualismo de la primera mitad del siglo XIX, unido al fenómeno socio-económico conocido como Revolución Industrial, determinó un desequilibrio social que llevó primero a los llamados socialistas utópicos y luego a Carlos Marx a afirmar la preponderancia del momento social-objetivo sobre el momento individual. La reacción ante los conflictos sociales se produce también por parte de la Iglesia:

(84) SABINE, op. cit., supra 83, p. 649.

(85) Fueron proscritos los matrimonios entre alemanes y personas con la cuarta parte (o más) de ascendencia judía. Op. ult. cit., p. 649.

(86) Código de Familia, Ministerio de Justicia, La Habana, 1975.

(87) V. MARITAIN, op. cit., supra 15, Scholasticism, p. 64.

(88) Sobre el intervencionismo excesivo V. CASTAN, op. cit., supra 5, p. 50.

León XIII, en su "Rerum novarum" (De las cosas nuevas) enfatiza el derecho del Estado a intervenir en la regulación de las relaciones económicas en función del bien común (concepto de origen aristotélico-tomista). El proceso de reacción frente al individualismo alcanzó dimensiones radicales extremas en los sistemas totalitarios del nacional-socialismo alemán y del fascismo italiano. No entraremos aquí a analizar los factores causantes y concomitantes de la segunda guerra mundial; lo cierto es que, terminada ésta, la humanidad vuelve los ojos hacia los derechos humanos. Es dentro del anterior cuadro que resulta comprensible la obra de Jacques Maritain; Su eje se encuentra en la afirmación de que el ser humano, independientemente de cualquier reconocimiento estatal, es portador de una especial dignidad, gracias a su dimensión espiritual. La obra fue escrita precisamente durante la segunda guerra mundial; son reflexiones de quien observa que con la justificación de la ley positiva se pueden cometer aberraciones. La dicotomía entre lo justo y lo legal es el eje de las reflexiones del autor. La conclusión es la de que la persona, en cuanto ser libre y trascendente, tiene derechos autónomos frente al poder político. La tesis de la obra es la de que un rasgo esencial de una civilización que merece llamarse tal es el sentido y respeto hacia la dignidad de la persona humana, y la idea de que la persona tiene una dignidad absoluta porque está en relación directa con lo Absoluto. Se propone una concepción que podría calificarse de "personalista" (porque considera a la sociedad como un todo de personas cuya dignidad es anterior a la sociedad), "comunitaria" (en cuanto reconoce que la persona tiende naturalmente a la comunión y porque se considera el bien común como superior al de los individuos), "pluralista" (porque comprende que el desarrollo de la persona humana reclama normalmente una pluralidad de comunidades autónomas) y "teístas" (en cuanto fundamenta la dignidad humana en las posibilidades de trascendencia del hombre).

También ha sido un factor relevante, dentro del sistema jurídico latinoamericano, la existencia de diversas corrientes de reforma del Derecho de Familia, inspiradas en un abandono de la estructura tradicional napoleónica para dar paso a una familia basada en el diálogo, en función del interés de sus componentes y no de una abstracta unidad familiar.⁽⁸⁹⁾

La familia, "unidad social", se entiende dentro de la nueva concepción de las relaciones paterno-filiales, no como un concepto abstracto, sino más bien como unidad de personas en interacción evolutiva, abierta a las influencias externas,⁽⁹⁰⁾ que tiene tutela preferencial por parte del Ordenamiento, por lo que se ha hablado de la existencia de un "interés a la familia".⁽⁹¹⁾ La persona es considerada dentro de una perspectiva que no

(89) V. UNGARI, Paolo, Storia del diritto di famiglia in Italia, Il Mulino, Bologna, 1974, ps. 50, 55, 67 y 98.

(90) MICHEL, Andree, Sociologia della Famiglia, Il Mulino, Bologna, 1973, ps. 19 y ss.

(91) LIPARI, Nicolo, Diritto Privato, Una ricerca per l'insegimento Laterza, Bari, 1974, p. 164.

es ni individualista, ni colectivista: la familia existe en función de la persona, lo que no autoriza para hablar de "individualismo" dentro del Derecho de Familia, pues se reconoce como esencial para la personalidad la tendencia hacia la comunión. La persona, por su dignidad, como por sus necesidades, requiere la pertenencia de la vida social. Por estar abierta a la comunicación del conocimiento y del amor requiere entrar en relaciones. También sus necesidades la impulsan hacia la integración social,⁽⁹²⁾ en función del bien común que, a su vez, requiere del reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona en la familia que es una forma todavía más elemental de vida comunitaria que la sociedad política.

La tutela de los sujetos integrantes del grupo familiar, y no ya la tutela exclusivista del grupo, ha llevado a una transformación radical de la patria potestad en el sistema latinoamericano. La unidad de la familia que servía para justificar su estructura jerárquica se encuentra en algunas legislaciones, como el Código de Familia de Costa Rica, al mismo nivel que el interés de sus componentes. La misma disolución del grupo se justifica en cuanto la familia no sea ya instrumento eficiente de realización de los intereses jurídicamente relevantes de sus componentes.⁽⁹³⁾

La afirmación de los intereses relevantes del niño es una afirmación personalista frente a los esquemas capitalistas liberales y neoliberales. "Que en la zona corrompida por la decadencia burguesa los niños, empleando los términos del Manifiesto Comunista, se convierten en "simples objetos de comercio" o en "simples instrumentos de trabajo" ... esto ofrece poca duda".⁽⁹⁴⁾

La afirmación del valor de la familia dentro del sistema latinoamericano es una afirmación comunitaria, en cuanto "ve en la institución familiar, el medio humano óptimo para la formación de la persona".⁽⁹⁵⁾ *La persona del niño es el valor central en las nuevas orientaciones de las relaciones entre padres e hijos.* El niño no es un instrumento de la continuidad social o comercial de la familia; *el interés puesto en el niño no debe ser un proyecto de apoderarse de él*".⁽⁹⁶⁾

(92) V. MARITAIN, p. cit., supra 15, Los derechos, p. 71.

(93) En algunos casos, sin embargo, pareciera haberse puesto más énfasis en el tema de la igualdad en el ejercicio, que en el de los intereses jurídicamente relevantes del menor (por ejemplo v. HINESTROSA, Fernando, Estudios de Derecho de Familia. 1976, p. 16 y ss.

(94) MOUNIER, op. cit., supra 16, p. 126.

(95) MOUNIER, op. ult. cit., p. 133.

(96) Op. ult. cit., p. 143.

(97) "su carácter rígido y civil sólo se transformó sustancialmente, por la enorme influencia del cristianismo y del Derecho Germano" FERNÁNDEZ, op. cit., supra 19, p. 277.

(98) CUENOT, op. cit., supra 13, p. 86.

CONCLUSIONES:

En el desarrollo de la presente investigación se partió del supuesto (hipótesis de trabajo) de la unidad del sistema jurídico latinoamericano. Los factores unificantes son de orden dinámico, y más que elementos fijos que resisten a la penetración externa hemos detectado una orientación; dicha orientación es en el sentido de humanizar estas relaciones. Sin duda que la cosmovisión cristiana se encuentra como causa eficiente del proceso. Baste recordar la influencia sobre las promulgaciones de la época de Constantino⁽⁹⁷⁾ y baste citar la presencia del tomismo en las concepciones de Mounier y Maritain.

Desde un punto de vista más general se ha observado que "la humanidad, concentrándose sobre sí misma, por medio de la socialización, en dirección a Omega, su centro de convergencia, tiende hacia un estado superior".⁽⁹⁸⁾

Es este encuentro del hombre con su propia humanidad la constante dinámica de la trayectoria del sistema jurídico latinoamericano y la explicación de la tendencia legislativa y jurisprudencial en pro del *interés de la persona del menor, como criterio preferente en la regulación de las relaciones entre padres e hijos.*

BIBLIOGRAFIA

- ARIAS RAMOS, J. Derecho Romano, II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- BESSONE, Mario, Il diritto di famiglia. Edizioni Culturali Internazionali, Genova.
- BRENES, Alberto, Tratado de las personas, Imprenta Trejos, San José, 1925.
- BRY, Georges, Nociones de Derecho Romano, Imprenta Eléctrica, Bogotá, 1912.
- CALVENTO, Ubaldino, Nuevas tendencias del Derecho de Familia. Colegio de Abogados de Costa Rica, 23 de octubre de 1978. Conferencia inédita.
- CASTAN VAZQUEZ, José Ma. La patria potestad, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.
- CUENOT, Claude, Teilhard de Chardin, Nueva colección Labor, Barcelona.
- DE CHARDIN, Teilhard, El fenómeno humano, Taurus, Madrid, 1963.
- DE CHARDIN, Teilhard, Himno del Universo, Taurus, Madrid, 1964.
- ESCHMANN, Ernst Wilhelm, El Estado fascista en Italia, Biblioteca Ercilla, Santiago de Chile, 1937.
- FERNANDEZ, Luis, El Derecho de Familia en la legislación comparada, UTEHA, México.
- FOINET, Rene, Manual elemental de Derecho Romano, Ed. Cajica, Puebla, 1948.
- GERMANI, Gino, Política y sociedad en una época de transición, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1971.
- HERRA, Rafael Angel, Carlos Monge Alfaro: la filosofía de la educación y de la Universidad. Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, Vol. V, N° 17, julio-diciembre de 1965.
- HINESTROSA, Fernando, Estudios de Derecho de Familia, 1976.
- JÖRS-KUNKEL, Derecho Privado Romano, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1965.
- KUUSINEN, Otto, Manual de marxismo leninismo, Trad. del ruso, México.
- LARENZ, Karl, Storia del metodo nella scienza giuridica Giuffrè-ed, Milano, 1966.
- LIPARI, Nicolo, Diritto Privato, Una ricerca per l'insegnamento. Laterza, Bari, 1974.

- MARITAIN, Jacques, Los derechos del hombre, Editorial La Pléjade, Buenos Aires, 1972.
- MARITAIN, Jacques, Scholasticism and Politics. Image books, New York, 1960.
- MICHEL, Andre, Sociologia della famiglia, Il Mulino, Bologna, 1973.
- MONTENEGRO, Walter, Introducción a las doctrinas político-económicas, Fondo de Cultura Económica, México, 1956.
- MOSCARINI, Lucio Valerio, Parità coniugale e governo della famiglia, Giuffrè-ed, Milano, 1974.
- MOUNIER, Emmanuel, Manifiesto al servicio del personalismo, Taurus, Madrid, 1965.
- OERTMANN, Paul, Interests and concepts. The jurisprudence of interests, Harvard, 1948.
- PINO, Augusto, Il diritto di famiglia, Edizioni Cedam, Padova, 1977.
- SABINE, George, Historia de la teoría política, Fondo de Cultura Económica, México, 1937 (1 ed.).
- SAJON, RAFAEL, Derecho de menores. Aspectos sustantivos y adjetivos, 23 de octubre de 1978, Colegio de Abogados de Costa Rica, conferencia inédita.
- SOLANO, Jorge, Texto comparativo y explicación de las reformas al Código Civil para crear el Código de Familia de Costa Rica. San José, 1974, inédito.
- UNGARI, Paolo, Storia del diritto di famiglia in Italia, Il Mulino, Bologna, 1974.

LIBROS *

* *Reseñas* elaboradas por j. e. romero p.

MURILLO, Mauro; y, BOGANTES, Gerardo. *Código Municipal Comentado* (San José: Editorial Costa Rica - IFAM, 1978, 330 páginas, 26 x 18 cms).

La materia municipal en Costa Rica tiene una serie de coyunturas y problemas que no se han superado, sino —al contrario— han terminado por agravarse a tal punto que pareciera un proceso inherente al municipalismo como lo es el de la inflación al sistema económico, *mutatis mutandis*.

En unos ensayos que escribimos en la *Revista de Estudios de la Vida Local*, en 1973, (y, que editó el IFAM en 1974) sobre el primer Código Municipal costarricense; y, la creación del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal, expresamos que la trayectoria de las municipalidades, en nuestro suelo, han seguido la curva del debilitamiento y del sometimiento al Poder Ejecutivo. Y que ese debilitamiento era integral, en todos los niveles. Al respecto, las observaciones sobre nuestra municipalidad, de parte del especialista Armando Araúz (publicadas en la *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 30, 1976; págs. 125 a 145) también apuntan hacia ese anquilozamiento del gobierno local. En otras palabras, la administración local costarricense presenta una cuadro clínico severo y su futuro parece marcar la pauta de una mayor minusvaloración del gobierno cantonal.

La creación del IFAM, en 1970, ha venido a endeudar mayormente a los gobiernos cantonales, pues el mecanismo financiero IFAM-municipalidades no ha funcionado lo bien que se esperaba, por razones institucionales y de otro orden. Todavía falta una política global y una estrategia en materia municipal. Y, en esto los políticos oficiales y en el poder tienen una buena carga de la responsabilidad, ya que han contribuido (unas veces queriéndolo y otras involuntariamente) a esa marginalidad del gobierno local.

Durante la gestión de 1970 a 1974, el IFAM cuidó las vanguardias de la labor editorial, la formación del cuerpo administrativo de los entes locales, a la par de las demás funciones reservadas a este organismo. En los años de 1974 a 1978, la visión del ingeniero Castro substituyó a la del abogado Arauz; y, con ello, resaltaron la labor ingenieril y de financiamiento. En estos años que corren, un político (Quesada Niño) tiene a su cargo el IFAM por el plazo de 1978 a 1982. Hay que esperar para observar los resultados de su gestión.

La reforma municipal que se postuló desde el nacimiento del citado Código Municipal y del IFAM ya no se divulga tanto, sino que la reali-

dad ha enseñado a los municipalistas, ciudadanos y agentes públicos que las reformas no van por que sí. Muy difícil es el camino de las realizaciones y de los hechos concretos. Aún más, las limitaciones, en contra del desarrollo de las municipalidades van en aumento. A estas alturas, todo parece indicar que esas limitaciones pueden ser atenuadas, pero no eliminadas; razón, por la que el destino municipal será la debilidad y la marginidad institucional. Lo cual es grave, si se mira desde el ángulo democrático y de la participación ciudadana en los asuntos locales.

En lo referente propiamente al *Código Municipal Comentado*, editado por la Editorial Costa Rica y el IFAM, en diciembre de 1978, cabe decir que es una obra útil y bien cuidada por sus autores. Efectivamente, el Dr. Mauro Murillo tuvo a su cargo los comentarios de los 187 artículos del Código indicado; y, el Lcdo. Gerardo Bogantes recopiló un conjunto de leyes conexas al campo municipal, preparando, además, los índices legislativo y analítico de la obra. Ambas partes, comentarios y textos de leyes, ocupan la mitad de la obra; que, en conjunto tiene 330 páginas.

Como bien apunta el Presidente Ejecutivo del IFAM, Miguel A. Quesada Niño, en este Código encontramos al pie de cada artículo el comentario correspondiente, complementado con la jurisprudencia del Poder Judicial y Pronunciamientos de la Contraloría General de la República, Departamento Legal del IFAM, Tribunal Supremo de Elecciones y Procuraduría General de la República (p. 7).

Esta clase de códigos comentados y adicionados con jurisprudencia y los criterios técnicos de los organismos estatales especializados; debidamente adicionados con una compilación pertinente de normas jurídicas e índices legislativo y analítico, constituye una excelente contribución no sólo para conocimiento de la estructura jurídica del país (la ideología legal), sino también para el Derecho *in toto*. Los juristas Murillo y Bogantes han realizado un serio esfuerzo académico que brindan al país, gracias a la colaboración del IFAM y de la empresa editora del Estado. Sin duda la publicación de este código puede servir de aliento para que otros técnicos jurídicos se den a la ardua (pero fértil tarea) de preparar comentarios, índices, bibliografía, leyes conexas y cuadros legales que enriquezcan la cultura del *iuris*, en un medio ambiente como el nuestro tan ayuno de este tipo de investigaciones.

TREJOS, Gerardo. *El nuevo régimen legal de la adopción* (San José: Iuricentro. 1978; 186 págs., 19 x 12 cms.).

Este año de 1979 ha sido declarado oficialmente el "Año Internacional del Niño" y, precisamente, el libro que comentamos presenta ese lema y constituye una contribución relevante al significado, en el mundo, de la niñez.

Esta monografía del Dr. Gerardo Trejos tiene un prólogo del maestro español Dr. José María Castán Vázquez —hijo del connotado jurista Castán Tobeñas— de quien recibimos y escuchamos el curso sobre Derecho Privado Español allá en el Instituto de Cultura Hispánica, en 1973. Este profesor de la Universidad Complutense de Madrid señala que la "bibliografía sobre el derecho de familia alcanza ya en el mundo actual cuotas muy altas por la cantidad y calidad de los títulos que, en forma creciente, vienen enriqueciéndola desde hace algunos años". Y, en lo referente a nuestro país, este docente indica que "Costa Rica no ha sido —por cierto, y me es grato constatarlo desde España— nación ajena a esa renovación actual de la legislación y la doctrina del derecho de familia". Así, en el plano legislativo, ese estado ha sido uno de los primeros en tener legislación adecuada en esta materia.

Cabalmente, el Dr. Trejos y el Lic. Arguedas se dieron a la tarea de presentarnos un Código de Familia, debidamente anotado y con glosario, publicado mediante la colaboración de la Editorial Costa Rica y la Asamblea Legislativa, Departamento de Estudios Técnicos.

Como bien reconoce el Dr. Castán, el autor de la monografía reseñada no es desconocedor de ese campo del derecho, baste recordar —además— su obra sobre el derecho de familia costarricense. Así mismo, se debe tener en cuenta el criterio de que ensayos como éste, de la adopción, son un aporte importante en la formación del derecho latinoamericano.

Por lo que atañe a la conformación del libro, se divide en las disposiciones comunes y particularidades de la adopción simple y plena, y el procedimiento para adoptar, con una necesaria introducción acerca de la historia de la adopción en este país y los apartes de la conclusión, los anexos obligados y la respectiva bibliografía básica.

Señala el Dr. Trejos que la adopción es, tal vez, la institución más transformada con la promulgación del Código de Familia.

En el marco de la sociología del derecho, el fenómeno de la adopción bien puede responder a los papeles que desempeña la familia como agencia de socialización y como centro de valores y de referencia para sus miembros en el concepto de la familia nuclear. Además, la orfandad y la "marginalidad" del niño abandonado podrían ver en la adopción una salida que lo condujera a la integración familiar y social. Sin embargo, por otro lado, sabemos que —entre otras instituciones— la familia está en crisis (ocho divorcios diarios en Costa Rica; y, matrimonios atados —literalmente— por la prole usada como rehén, castigo y mordaza en algunas uniones de hombre y mujer). A tal extremo que el hecho real y operante es la desintegración familiar y la formación de nuevos papeles sociales y funciones del grupo familiar, en su constante adaptación a los requerimientos de la sociedad industrializada, burocratizada y deshumanizante.

Así las cosas, la legislación familiar tiene el medular problema de resultar desfasada y de ser irrelevante para ese reto de la sociedad actual.

Entre otras consideraciones, cabe decir que ya el Código de Familia es anacrónico, es más de un capítulo y que su miopía sobre las uniones de hecho (numerosas en el país) y sobre la prole de esos matrimonios de hecho, como su consagración de las formalidades estatales, hacen de ese cuerpo jurídico un fósil ante la dinámica social. Sin embargo, ya es bastante en nuestro medio con la existencia de ese código familiar. Ahora, de lo que se trata es de reformarlo.

Este libro del Dr. Trejos, en su contenido y análisis, presenta la temática de la adopción en un cuadro global integrado por la jurisprudencia nacional y la comparación legislativa y experiencial con textos y realidades extranjeras, ilustradoras de la fenomenología interior.

Certeramente apunta el Dr. Trejos que "la adopción, más que cualquier otra rama del derecho de familia ha evolucionado profundamente en el derecho costarricense. Su carácter actual no es el que tenía en 1934". Agrega que cualquier intento de reforma debe facilitar la constitución del mayor número de vínculos adoptivos —ya sea por medios simples o plenos, respectivamente—, atenuando obstáculos que encuentren los posibles adoptantes y propiciar la integración del menor de edad a su familia adoptiva.

Sin duda esta obra, editada en 1978, es de por sí una excelente y oportuna contribución a la celebración del "Año Internacional del Niño".

FOURNIER ACUÑA, Fernando. *Historia del Derecho* (San José: Juricentro 1978, 232 págs., 19 x 12 cms.).

En ciertos grupos de investigadores ubicados en el terreno de la especulación ideológica o en la mera praxis de lo empírico, la historia suele verse como un amontonamiento de datos, fechas y hechos sistematizados al capricho del respectivo autor; y/o, interpretados mañosamente por el escritor correspondiente, a partir de sus supuestas creencias, sentimientos, juicios, valores, costumbres e ideas —marcos mentales de referencia—. Bajo estos argumentos, rechazan el valor de la historia como ciencia y le dan un lugar en la retaguardia del conocimiento humano.

Sin embargo, ignorar el pasado es fatal y muestra de una ignorancia completa y miope. Claro está que la negativa frente a la historia y su rol, no la hacen "por que sí", sino encubierta bajo los citados "criterios".

En el terreno del Derecho, tanto la herencia romana como el significado de lo que ha sido, constituyen la explicación y la comprensión de lo que está siendo y lo que podría ser. En esta línea de exposición, a veces se escucha: "para qué estudiar la historia, un técnico actual se las puede pasar bien sin ella". Y, así sectores relevantes de profesionales, en todos los campos, bajo el pretexto de que "no es útil, porque no da plata" mar-

ginan a la Historia. Al calor del encanto aparente de tanta estulticia, repiten mil veces lo que ya se había dicho muchos años antes y en mejor forma e incluso creen que "han descubierto la ley de la gravedad".

Precisamente las mejores teorías y elaboraciones mentales pueden hacerse cuando se tiene un adecuado conocimiento histórico; de lo contrario, lo que se arme ideológicamente carece de sentido histórico, son simples palabras en el aire, pues están fuera de las coordenadas de tiempo y espacio. Por eso se dice que el lenguaje de los políticos es vacío, amorfo y equívoco: "distribuiremos riqueza", "promoveremos la justicia social", etc. ¡Jamás dicen cómo harían eso! Es el compromiso con las palabras en el aire y nada más.

En este contexto es importante la publicación de las lecciones sobre la Historia del Derecho que, a lo largo de sus clases, fue elaborando Fernando Fournier Acuña, durante sus décadas como profesor de esta materia. Se trata de un manual, que nos recuerda la forma amena de exposición de los temas por este profesor cuando cursamos con él Derecho Romano.

Este manual desarrolla estos puntos acerca de la forma histórica en que se dio el Derecho en las siguientes sociedades y pueblos "primitivos", Egipto, China, media luna oriental, Grecia, Roma; árabes, germanos, "europeos occidentales", América y, finalmente, Costa Rica.

Al decir del Profesor Fournier Acuña "la Historia del Derecho es la única disciplina que puede darnos una visión de conjunto de la ciencia jurídica, como base previa para el estudio de ciertos aspectos del Derecho" (p. 7). Con estas palabras introductorias, el autor lleva a cabo su tarea de mostrarnos, breve y sustanciosamente, lo más relevante de la citada historia. En suma, se trata de una obra pedagógica, resumida; sencilla, pero no trivial.

En el área misma en que estamos, cabe señalar que la Editorial Costa Rica haría bien en reeditar pronto el libro, en dos tomos, del Dr. Jorge Enrique Guier Esquivel, ya agotado; y, que integra con los otros estudios sobre la Historia del Derecho —incluyendo importantes tesis de graduación mimeografiadas— un inventario concreto, sólido y serio en relación a este sector jurídico. Cabe advertir que, en nuestro país, han publicado obras sobre la mencionada historia: Alberto Brenes Córdoba y los Profesores Fournier Acuña y Guier Esquivel. Siendo lo publicado por este último más sistematizado y voluminoso; ocupando, así, las Historias del Derecho de Brenes y Fournier su sitio como manuales, y la de Guier el de monografía.

Lo relevante del esfuerzo y del fruto intelectual de los indicados juristas es que han contribuido a formar el patrimonio de la Historia del Derecho, desde una perspectiva costarricense y como aporte a la producción internacional en el terreno de la ciencia del Derecho.

En este sentido, sin duda Juricentro ha hecho bien en publicar este manual pedagógico del Prof. Fournier.



INDICE

Presentación	9
<i>In Memoriam</i> (Prof. Carlos Monge Alfaro)	10
ENSAYOS:	
La acción de impugnación de la paternidad del marido <i>Cecilia P. Grosman</i>	11
Convenciones colectivas celebradas en Costa Rica (1968-1974) <i>Abel Castro, María del Mar González, Elizabeth Odio, María de los Angeles Soto y Zarela Villanueva</i>	31
Propiedad, empresa e intervención <i>Eduardo Ortiz</i>	115
Regionalización socio-económica y administrativa <i>Licds. Carlos Raabe y Johnny Meoño</i>	205
El proceso de planificación integral en Costa Rica <i>Lic. Johnny Meoño</i>	219
La dimensión personalista - comunitaria en materia de relaciones entre padres e hijos en el sistema latinoamericano <i>Dr. Víctor Pérez</i>	237
LIBROS:*	
Murillo, Mauro y Bogantes, Gerardo. <i>Código Municipal comentado</i>	259
Trejos, Gerardo. <i>El nuevo régimen legal de la adopción</i>	260
Fournier, Fernando. <i>Historia del Derecho</i>	262

(* j. e. romero p.)



INDICE

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

29

30

31

32

33

34

35

36

37

38

39

40

41

42

43

44

45

46

47

48

49

50

51

52

53

54

55

56

57

58

59

60

61

62

63

64

65

66

67

68

69

70

71

72

73

74

75

76

77

78

79

80

81

82

83

84

85

86

87

88

89

90

91

92

93

94

95

96

97

98

99

100

Impreso en San José de Costa Rica
por Litografía e Imprenta LIL, S. A.
en el mes de abril de 1979
Apartado 75 - Tibás