

REVISTA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Corte Suprema de Justicia

No. 2, Julio 2020

ISSN: 2215-5724

Consejo Editorial:

Fernando Castillo Víquez (Director)

Fernando Castro Padilla (Coordinador)

Ingrid Hess Herrera

Sonia Villegas Grijalba

Alonso Mata Blanco

Administrador de sitio web:

Víctor Granados Jiménez

Diseño de portada:

Raúl Barrantes Castillo

Correo electrónico:

revista-sc@poder-judicial.go.cr

Dirección sitio web:

<https://revistasalacons.poder-judicial.go.cr/>

Nota: Las opiniones expresadas en los artículos que se publiquen son de exclusiva responsabilidad de sus autores o autoras y no reflejan necesariamente la opinión de la Sala Constitucional, de la dirección de la Revista, de las personas integrantes del Consejo Editorial o del Poder Judicial.

Índice

Presentación..... 4

Sección I. Reseña Histórica.

Historia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
Vanly Cantillo Gamboa 8

Sección II. Doctrina.

Neoconstitucionalismo, eficacia horizontal de los derechos fundamentales y proceso civil costarricense: ¿una relación posible?
Luis Mariano Argüello Rojas..... 24

Regulación constitucional del control político ejercido por la Asamblea Legislativa: funciones, atribuciones y límites de las comisiones legislativas especiales de investigación
Maricruz Barquero K., Fernando Castro P. y Henry Chavarría D. 49

La retroactividad en la jurisprudencia ordinaria y constitucional en materia tributaria
Fernando Castillo Víquez 86

Medios de comunicación y jurisprudencia constitucional: aciertos e interrogantes

Fernando Cruz Castro100

La dignidad humana como parte del contenido esencial del derecho al trabajo y la exclusión legal de laboralidad

Gabriel Espinoza Carro.....132

El empleo público en el marco constitucional: análisis jurisprudencial

Magally Hernández Rodríguez154

La debida tipificación del delito de desaparición forzada de personas: una deuda pendiente del Estado costarricense

Mario Alberto Serrano Zamora205

Corrupción y Estado de Derecho: impacto en los derechos humanos

Mayrem Vargas Araya249

Alcances y limitaciones en la valoración de la prueba dentro de los procesos de amparo en materia ambiental en la jurisdicción constitucional costarricense

María Fernanda Vargas González271

Sección III. Jurisprudencia.

Voto Nro. 2019-020596303

Voto Nro. 2020-010160468

Presentación

El Consejo Editorial se complace en presentar el segundo número de la Revista de la Sala Constitucional. Con este número se logra dar continuidad a este proyecto editorial, en procura de ofrecer una publicación periódica destinada a contribuir al conocimiento y mejora de nuestra jurisdicción constitucional.

Este número contiene, en primer lugar, una oportuna reseña histórica sobre el proceso de creación de la Sala Constitucional, elaborada por Vanlly Cantillo Gamboa (periodista y abogada) y revisada, en su momento, por don Luis Paulino Mora Mora (q.d.D.g), quien tuvo un rol destacado en tal proceso.

Uno de los principales objetivos al lanzar esta revista digital era facilitar la generación y difusión de doctrina nacional sobre los principales temas del Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En cumplimiento de tal objetivo, en la sección de doctrina se incluyen nueve artículos referidos a temas tan diversos como los siguientes:

- i. la conexión entre el constitucionalismo y algunos de los institutos del proceso civil costarricense;
- ii. el fundamento, contenido y límites del control político ejercido por la Asamblea Legislativa;
- iii. el tratamiento que se ha brindado en la jurisprudencia constitucional y ordinaria al principio de irretroactividad de la ley en materia tributaria;
- iv. los principales precedentes de la Sala Constitucional relativos a los medios de comunicación;
- v. el derecho al trabajo y la exclusión legal de laboralidad;
- vi. la regulación e implicaciones constitucionales sobre el empleo público;

- vii. las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en cuanto a la tipificación del delito de desaparición forzada de personas;
- viii. la relación entre corrupción, Estado de Derecho y derechos humanos;
- ix. las singularidades y limitaciones respecto a la tutela del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado mediante el recurso de amparo.

En concreto, Luis Mariano Argüello Rojas es autor de *“Neoconstitucionalismo, eficacia horizontal de los derechos fundamentales y proceso civil costarricense: ¿una relación posible?”* Maricruz Barquero Kepfer, Fernando Castro Padilla y Henry Chavarría Duartes reflexionan sobre la *“Regulación constitucional del control político ejercido por la Asamblea Legislativa: funciones, atribuciones y límites de las comisiones legislativas especiales de investigación”*. Fernando Castillo Víquez escribe *“La retroactividad en la jurisprudencia ordinaria y constitucional en materia tributaria”*. Fernando Cruz Castro aporta su artículo *“Medios de comunicación y jurisprudencia constitucional: aciertos e interrogantes”*. Gabriel Espinoza Carro analiza el tema de la *“La dignidad humana como parte del contenido esencial del derecho al trabajo y la exclusión legal de laboralidad”*. Magally Hernández Rodríguez suscribe el artículo *“El empleo público en el marco constitucional: análisis jurisprudencial”*. Mario Alberto Serrano Zamora examina la *“La debida tipificación del delito de desaparición forzada de personas: una deuda pendiente del Estado costarricense”*. Mayrem Vargas Araya se refiere a la *“Corrupción y Estado de Derecho: impacto en los derechos humanos”*. Por último, María Fernanda Vargas González aborda los *“Alcances y limitaciones en la valoración de la prueba dentro de los procesos de amparo en materia ambiental en la jurisdicción constitucional costarricense”*.

Otro de los fines de la revista es aportar un medio de divulgación de los principales precedentes y líneas jurisprudenciales de este Tribunal Constitucional. Por lo que en este número se transcriben dos de las sentencias más relevantes emitidas por esta Sala durante el último año, como es el caso del voto nro. 2019-020596, emitido en las consultas legislativas facultativas de constitucionalidad referentes al proyecto de *“Ley para brindar seguridad jurídica sobre la huelga y sus procedimientos”* (expediente legislativo nro. 21.049), y el voto nro. 2020-10160, que corresponde a la consulta legislativa facultativa de constitucionalidad formulada sobre el proyecto de ley de

"Adición de los artículos 36 bis, 53 inciso g y h y reforma del artículo 63 de la Ley n° 7472, de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, del 20 de diciembre de 1994, publicada en La Gaceta n° 14 de 19 de enero de 1995" (expediente legislativo nro. 20.861).

Finalmente, el Consejo Editorial desea agradecer a las personas autoras de los artículos y a los miembros del grupo de revisores de la revista, pues su aporte y esfuerzo han hecho posible la publicación de este número.

Reseña Histórica

Historia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Elaborado por la Licda. Vanlly Cantillo Gamboa, con revisión del Dr. Luis Paulino Mora Mora (q.d.D.g)

Para entender cuan necesaria es la Sala Constitucional en el sistema judicial costarricense es conveniente hacer un recorrido histórico, por lo que se ha dado en llamar el control de constitucionalidad. Éste es el mecanismo jurídico por el cual se asegura el cumplimiento de las normas establecidas en la Constitución Política. Para algunos intelectuales ese desarrollo histórico puede dividirse en cuatro etapas para su mejor comprensión.

La primera etapa inicia en 1812, con la Constitución de Cádiz y se extiende hasta la promulgación de la Ley Orgánica de los Tribunales de 1887 que entra en vigencia en 1888. En esa época, eran los órganos políticos (Poder Legislativo y el Consejo Representativo o Poder Conservador) los encargados en garantizar la supremacía de las normas constitucionales.

El Poder Legislativo asumió, a partir de la Ley Fundamental del Estado de Costa Rica de 1825, la labor de control, sin embargo, sus actuaciones fueron muy pocas.

A partir de 1847 se le otorga al Poder Ejecutivo el derecho al veto en esa materia, pero sus intervenciones fueron esporádicas.

La segunda etapa se inicia en 1888 y llega hasta 1937. Este período se caracteriza por la existencia de dos sistemas de control paralelos. El primero, es el del Poder Legislativo, otorgado por la Constitución de 1871, que casi no ejerció. El segundo sistema inicia con la vigencia de la Ley Orgánica de Tribunales (1888), la cual estableció un sistema judicial de control de naturaleza difusa, que indicaba expresamente que los funcionarios judiciales no podían aplicar leyes, decretos o acuerdos gubernativos

contrarios a la Constitución, dejando así el control de constitucionalidad al juez de cada caso concreto.

A pesar de lo anterior, a partir de 1915, la Sala de Casación como máximo órgano judicial, reconoce que el control constitucional corresponde al Congreso de la República.

La tercera etapa se inicia a partir de 1938, con la reforma al Código de Procedimientos Civiles de 1933. En este período se elimina el sistema difuso y se adopta el sistema concentrado, que establece que el control de constitucionalidad lo ejerce un solo órgano, la Corte Plena, a ella se le otorgó la potestad de declarar, por votación no menor de dos tercios del total de los Magistrados, la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos o resoluciones gubernativas. Para esta reforma no fue necesario modificar la Constitución de 1871, de manera que persistió el control compartido anterior.

Con la Constitución de 1949, se otorga, expresamente, el control de constitucionalidad de las normas a la Corte Suprema de Justicia, bajo las reglas establecidas en el Código Procesal Civil.

La cuarta etapa se inicia con la promulgación de la Ley número 7128 del 18 de agosto de 1989, que reformó los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política, y con ello estableció la integración de una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia para conocer y declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la *“inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público”* (artículo 10, párrafo primero, de la Constitución), así como de los recursos de hábeas corpus y amparo, para garantizar la integridad y libertad de las personas y el goce de los otros derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derecho humanos (artículo 48 constitucional).

Con que se encontró la Sala Constitucional.

Antes de 1989, existía una pluralidad de legislación en materia constitucional; el recurso de hábeas corpus estaba regulado por la Ley número 35 del 24 de noviembre de 1932, el de amparo por la número 1161 del 2 de junio de 1950 y el de inconstitucionalidad por el Código de Procedimientos Civiles de 1936. Esta dispersión

legislativa no permitía aplicar principios generales a estos tres tipos de recursos, los que además eran conocidos por tribunales diferentes. El amparo por los jueces penales, con excepción de los planteados contra los Miembros de los Supremos Poderes, que eran conocidos primero por la Sala de Casación y luego de la reforma de la Ley de Reorganización de la Corte Suprema de Justicia (Ley No. 6434 del 22/05/1980) por la Primera de la Corte. El hábeas corpus y las acciones de inconstitucionalidad eran de conocimiento de la Corte en Pleno.

A este sistema se le criticó pues la jurisdicción constitucional no estaba conformada por jueces especializados, sino por quienes se desempeñaban principalmente en la jurisdicción ordinaria, lo que conllevó a criterio de don Eduardo Ortiz Ortiz a un serio problema que se reflejaba en los pronunciamientos de esos jueces, quienes más que defender la aplicación del derecho de la Constitución, lo hacían a favor de la ley que aplicaban, razón que explica el por qué solo en un ínfimo porcentaje de acciones se declararon inconstitucionales las normas impugnadas. Al entrar en vigencia la Ley de la Jurisdicción Constitucional que nos rige, algunas de esas leyes fueron nuevamente sometidas al control de constitucionalidad y en ese caso se reconocieron los argumentos de la impugnación.

El control constitucional y los recursos de hábeas corpus eran del conocimiento de la Corte Plena, que estaba conformada principalmente por civilistas, laboristas y penalistas. Los recursos de amparo los resolvían los jueces penales y cuando se trataba de funcionarios de alta jerarquía, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, integrada, también, por civilistas. Entonces, no solo los asuntos en materia constitucional no eran resueltos por especialistas, sino que jueces de diferentes despachos, sin que existiera un órgano único, tenían a su encargo el conocimiento de los recursos de amparo, con lo que se daba una gran dispersión de criterios en relación con la materia.

Se crea la Sala Constitucional.

Tanto la Sala Constitucional como su marco normativo, la Ley de la Jurisdicción Constitucional, fueron productos de un proceso de discusión muy amplio, compuesto por una gran serie de proyectos, dictámenes de especialistas, pronunciamientos de comisiones especiales y de la Corte Plena que se extendió durante toda la década de los ochenta.

A pesar de los grandes esfuerzos realizados por las comisiones mixtas de diputados y juristas, la Sala y su Jurisdicción no se vieron debidamente encaminadas para su concreción, sino hasta que el Presidente de la República de ese momento, Dr. Oscar Arias Sánchez emitió un Decreto Ejecutivo (DE: 18703 del 13 de diciembre de 1988), en el cual nombró una comisión con el propósito de analizar la necesidad de aprobar proyectos de ley de interés del Poder Judicial, recomendara las modificaciones necesarias para actualizar dichos proyectos y redactara iniciativas de ley tendientes a agilizar la administración de justicia.

Esta comisión estaba integrada por dos magistrados del Poder Judicial, Alejandro Rodríguez Vega y Daniel González Álvarez; dos diputados, Fernando Volio Jiménez y Carlos Monge Rodríguez; el Presidente del Tribunal Supremo de Elecciones Gonzalo Brenes Camacho; el Procurador General de la República Luis Fernando Solano Carrera; el Presidente del Colegio de Abogados Enrique Rojas Franco; el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica Bernardo van deer Laat Echeverría, Rodolfo E. Piza Escalante como abogado especialista y la coordinación recayó en Luis Paulino Mora Mora, en razón de su cargo de Ministro de Justicia y Gracia.

El fin de estos dos proyectos era crear un órgano que protegiera a los ciudadanos de los abusos de poder y reviviera las normas constitucionales.

Esas ideas se vieron plasmadas con la reforma de los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política (Ley 7128 del 18 de agosto de 1989), reforma creadora de la Sala Constitucional, y dos meses después con la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que contempló su marco normativo especializado dentro del Poder Judicial (Ley 7135 del 11 de octubre de 1989).

Ley de Reforma a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política: creación de la Sala Constitucional.

Para explicarnos la razón de ser de la reforma constitucional que dio como resultado la creación de la Sala Constitucional, es conveniente hacer un recorrido histórico que se inicia en los archivos de la Corte Suprema de Justicia, los cuales se enlazaran con el expediente legislativo No. 10401 sobre la Ley 7128.

El 26 de junio de 1980, la Corte Plena analiza una consulta remitida por una Comisión Especial de la Asamblea Legislativa que estudia un conjunto de reformas parciales a la Constitución Política y remite un informe negativo en el que consideró que:

1. En ese texto se habla por primera vez de la Sala Constitucional, integrada por 5 magistrados, los cuales declararían, por simple mayoría de votos, entiéndase 3, la inconstitucionalidad de los actos sujetos al Derecho Público, salvo los jurisdiccionales y electorales. Para la Corte esta era una medida extrema porque no les parecía correcto que el destino de las inconstitucionalidades pasara de la opinión de 17 magistrados de Corte a manos de solo 3 magistrados.
2. La Corte Plena aumentaría a 22 magistrados. El proyecto no presentaba soluciones para afrontar el crecimiento de la Corte Plena, y mucho menos indicaba si los nuevos magistrados también tendrían que conocer sobre materias como los juzgamientos de los miembros de los supremos poderes y los de carácter administrativo, funciones conservadas por Corte Plena.
3. Los datos estadísticos indicaban que no era necesario crear un nuevo tribunal por razones de trabajo. En ese año, 1980, la Secretaría de la Corte solo recibió una acción de inconstitucionalidad y once recursos de amparo. En 1979, los jueces penales de todo el país solo recibieron 16 recursos de amparo y la Corte recibió 140 hábeas corpus. El trámite y decisión de los hábeas corpus era célere y en las sesiones ordinarias de los lunes se resolvían los pendientes.
4. La creación de una Sala Constitucional era innecesaria por la alta erogación presupuestaria que implicaba para poner en funcionamiento un tribunal de esa categoría.
5. También consideraban que debían esperar los resultados que produjera la Ley de Reorganización de la Corte Suprema de Justicia, ley creada ese mismo año y que pretendía solucionar, entre otros inconvenientes, el problema de la Sala de Casación, la cual se le llamaría, a partir de ese momento, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Esta sala fue integrada por 7 magistrados y conocería sobre los recursos de amparo.

Posteriormente, el 23 de junio de 1983, una comisión especial nombrada para estudiar el proyecto de reforma constitucional para crear el Tribunal de Garantías Constitucionales, presenta la propuesta de Juan Rodríguez Ulloa, Magistrado del Tribunal Supremo de Elecciones quien expresó la necesidad de la creación de un organismo que resolviera los conflictos de poder y de competencia entre los Poderes

del Estado y de estos con ese Tribunal Supremo. Un tribunal que sea independiente para resolver los conflictos de inconstitucionalidad de leyes y decretos y resolver el problema de tener una justicia pronta y cumplida. Considera que la Corte, con su excesivo trabajo, no le es posible cumplir con esa labor. Se necesitan reformas constitucionales adecuadas a las necesidades reales y actuales y eso instituye un Tribunal de Garantías Constitucionales con atribuciones concretas y bien definidas con el rango y la independencia de los poderes del Estado, éste sería el controlador constitucional.

Su propuesta incluyó:

1. Agregar al artículo 9 un párrafo final donde se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales y agrega al Título VIII un capítulo IV sobre las resoluciones de ese tribunal, el número de magistrados que lo integrarían, condiciones de las reuniones, responsabilidades, entre otras.
2. Deroga los párrafos finales del artículo 10 y reforma el 48 para adecuarlo a la creación del Tribunal y sus atribuciones.

Por otro lado, junto a la iniciativa de Rodríguez Ulloa, se envió a consultar un texto propuesto por el Lic. Carlos Rivera Bianchini, Presidente de la Comisión Especial Legislativa, quien formuló una reforma a los artículos 10, 48 y 128 de la Constitución Política. Esta reforma pretendía crear la Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia con igual idea que el proyecto de 1980.

Ambos proyectos fueron dictaminados por la Corte Plena negativamente según lo expresado en el acuerdo del 28 de junio de 1983, por las siguientes observaciones, en cuanto al Tribunal de Garantías Constitucionales:

1. Se trata de una transferencia de competencias que tendría que hacer Corte Plena al nuevo Tribunal, en cuanto al conocimiento de recursos de hábeas corpus, amparo y acciones de inconstitucionalidad. Lo único novedoso son los conflictos de poder o competencia entre poderes y Tribunal Supremo de Elecciones.
2. Sobre la necesidad de crear el Tribunal, la Corte consideró que no era necesario, ya que los hábeas corpus no le acarreaban mucho trabajo, los recursos de amparos eran conocidos por la Sala Primera desde que asumió esa tarea por medio de la Ley de Reorganización de la Corte Suprema y finalmente la Corte estaba comprometida a disminuir los tiempos de resolución de las acciones de inconstitucionalidad.

Con respecto al proyecto del diputado Rivera Bianchini, éste no indica cuantos magistrados conformaran la “*Sala Constitucional*”, la Corte asume que 5 y reitera su preocupación porque declaratorias tan importantes y trascendentales como las de inconstitucionalidad queden en manos de simple mayoría, con el voto de 3. Además les preocupa que esas funciones propias de Corte queden en manos de unos cuantos magistrados nada más.

Para ambos proyectos la Corte consideró que el funcionamiento de cualquiera de los dos, Tribunal o Sala, significaría una considerable erogación presupuestaria en pagos de sueldos de magistrados y personal subalterno, mobiliario, equipos y demás necesidades que tendrían que ser solventadas.

Según se observa en el expediente legislativo 10401, éste inicia con una propuesta de proyecto de reforma a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política y adición de un artículo que será el 153 bis, presentada el 10 de mayo de 1987. Esta propuesta está firmada por el diputado José Miguel Corrales Bolaños y otros diputados como parte de la Comisión de Asuntos Especiales. En el proyecto se expresó la preocupación por el funcionamiento y estructura del sistema de justicia constitucional en Costa Rica y la necesidad de modificar los principales aspectos para que esa justicia fuera más acorde a las necesidades de los ciudadanos y con los requerimientos de una democracia centenaria.

El proyecto pretendía corregir defectos como reformar el artículo 10, unificar el control de la constitucionalidad de las normas jurídicas que se encontraban diseminadas en varios órganos jurisdiccionales, entre otros aspectos. Pero principalmente, debía servir de soporte constitucional a un proyecto que se encontraba en trámite en la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, denominado “Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional”.

Este proyecto recibió primera, segunda y tercera lectura en el plenario legislativo en fechas 7 y 18 de mayo y 3 de junio de 1987, respectivamente.

El 04 de junio de 1987, se acuerda en el Plenario Legislativo nombrar una comisión especial para que estudie e informe a los diputados la reforma. Los nombrados para esta comisión fueron José Miguel Corrales Bolaños, Jorge Rossi Chavarría, Carlos Luis Monge Sanabria, José María Borbón Arias y Oscar Ávila Solé.

El 30 de junio de 1987 se da dictamen afirmativo al proyecto. En las sesiones de trabajo de esta comisión, también participaron como asesores, Rodolfo Piza Escalante, Juan Luis Arias, Luis Paulino Mora Mora, Eugenia Zamora Chavarría, ministro y viceministra de Justicia y Gracia, Rubén Hernández Valle, Hugo Alfonso Muñoz Quesada, José Miguel Villalobos y Mauro Murillo Arias. Finalizado el estudio y aprobadas las mociones indicadas por los miembros de la comisión y asesores, se designa al Diputado Corrales Bolaños para la redacción.

Por medio del Decreto Ejecutivo 18327-PE se modifica la convocatoria a sesiones extraordinarias y se coloca la reforma en tercer lugar del Capítulo de Primeros Debates de la Agenda Legislativa.

El 13 de abril de 1989, el presidente de la Asamblea Legislativa, José Luis Valenciano Chaves solicita el criterio de la Corte Suprema de Justicia sobre el proyecto que reforma los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política y adición al artículo 153 bis. Sin embargo un día después remite otro proyecto que pretende reformar los mismos artículos con excepción de adicionar el 153 bis.

La Corte Plena procedió a revisar el segundo proyecto remitido, el cual tenía como título "*Proyecto de Reforma a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política*". Texto recomendado por la Comisión creada por el Poder Ejecutivo para el estudio de proyectos de Ley de interés del Poder Judicial y coordinada por el Ministro de Justicia y Gracia Luis Paulino Mora. Comisión que no sólo se pronunció en relación con el Proyecto de reforma constitucional para la creación de la Sala Constitucional y la Ley que la regula, sino también de otros proyectos de ley de interés del Poder Judicial, tendientes a modificar importante legislación de modernización del Poder Judicial, entre ellas un nuevo Código Procesal Civil, ley número 7130 del 16 agosto de 1989.

La Corte Plena, en el acuerdo del 19 de abril de 1989, después de una serie de observaciones al proyecto, evacua la consulta.

El 25 de abril de 1989 el Ministro de Justicia y Gracia, Mora Mora se presentó a la Asamblea Legislativa a defender el proyecto de reforma constitucional, señalando que al dictamen afirmativo al proyecto de creación de la Sala Constitucional emitido por la Comisión Especial de la Asamblea lo conoció la Comisión nombrada por el Presidente de la República y a ese dictamen solo le hicieron algunos cambios formales y no de fondo, por lo que pedía su aprobación en nombre del Poder Ejecutivo. Indicó, también que el proyecto de creación de la Sala Constitucional fue enviado a la

Asamblea, en período extraordinario de sesiones para que fuera aprobado con la celeridad del caso, con el propósito de que el Presidente de la República pudiera referirse a él en su mensaje legislativo del 1 de mayo y continuar en la próxima legislatura con su tramitación y la de la totalidad de los proyectos estudiados por la Comisión nombrada por el Ejecutivo, para la reforma integral que necesitaba el Poder Judicial.

El número de magistrados y el número de votos requerido para su elección fueron las únicas dos diferencias expuestas entre el dictamen de Corte Plena y los dictámenes de las dos comisiones.

Luego de la exposición del Ministro de Justicia y Gracia, los diputados procedieron con la discusión del proyecto al cual se le presentó una moción de sustitución de texto y fue aprobada. Posteriormente, algunos diputados manifestaron la importancia fundamental para el país de este proyecto y al final obtuvo voto unánime.

El 27 de abril de 1989, la Comisión de Redacción aprobó la redacción final del Proyecto de Ley aprobado en tercer debate *“Refórmense los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política”* expediente número 10401. Ese mismo día se remitió el texto aprobado al Ministro de la Presidencia, Rodrigo Arias Sánchez.

Haciendo un recuento, en la primera legislatura se aprobó: en primer debate, el 25 de abril de 1989, en la sesión 161; en segundo debate, el 26 de abril de 1989, en sesión 162; y en tercer debate, el 27 de abril de 1989.

El 01 de mayo de 1989 el Presidente de la República, devuelve a la Asamblea Legislativa, el proyecto con las observaciones y recomendaciones expuestas en el mensaje *“Orgulloso de mi Pueblo”* del cual se extrae lo siguiente: *“...Para los efectos del artículo 195 inciso 6) de la Constitución Política, devuelvo a la Asamblea Legislativa el proyecto de reforma a los numerales 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política, por el que se crea una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia en materia constitucional. Recomendando expresamente que se continúe el trámite legislativo previsto para las reformas parciales de la Constitución, a fin de que muy pronto se concluya el procedimiento en su segunda legislatura, y la Sala que se pretende crear sea una realidad. Al hacerlo, cumplimos con el compromiso adquirido con el pueblo de Costa Rica de darle al Poder Judicial nuevos instrumentos que le permitan satisfacer el principio de un justicia pronta y cumplida”*.

El 10 de mayo se continuó con el trámite de la reforma. La primera sesión fue muy extensa. Para aprobar el proyecto en primer debate, éste paso en discusión desde la sesión 6 a la 16 del 31 de mayo de 1989 y de ahí el segundo y tercer debate fueron muy rápidos. El segundo debate se obtuvo en sesión 17 del 01 de junio y el tercero en sesión 18 del 05 de junio.

De esta manera el 18 de agosto de 1989, se dicta el Decreto de Ley No.7128, Reforma Constitucional de los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política: Creación de la Sala Constitucional.

Antecedentes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

En la presidencia de la República de don Luis Alberto Monge Alvarez, en 1982, el Ministro de Justicia y Gracia, doctor Carlos José Gutiérrez Gutiérrez tuvo en mente un proyecto que cambiaría toda una visión legal en materia constitucional.

Don Carlos José consideraba que Costa Rica necesitaba urgentemente un proyecto de Ley sobre Jurisdicción Constitucional que contuviera, en una sola ley, las disposiciones de carácter legal en materia de hábeas corpus, amparo y de inconstitucionalidad y de rebote modernizara esa legislación, estancada por años. Por ello, inicia una serie de conversaciones con el Presidente de la Corte de ese entonces, Licenciado Ulises Odio Santos.

Este tema también era muy comentado en la Corte Suprema de Justicia por lo que no hubo problema en unir esfuerzos. En una reunión, en las oficinas de la Presidencia de la Corte, se dispuso encargar la redacción del proyecto a una comisión especial.

Esta comisión estaba integrada por Carlos José Gutiérrez Gutiérrez, Hugo Alfonso Muñoz Quesada, Rubén Hernández Valle, Carlos Jovel Asch, Mauro Murillo Arias, Enrique Rojas Franco, Jorge E. Romero Pérez, José Luis Molina Quesada, Guillermo Pérez Merayo, Enrique Pochet Cabezas, Ismael Vargas Bonilla, Francisco Villa Jiménez, Juan José Sobrado Chaves y Fernando Coto Albán. A sus reuniones asistieron otros abogados preocupados por el tema, los que también hicieron aportes que enriquecieron el proyecto.

Las reuniones iniciaron en agosto de 1982, fuera de horario laboral, una vez a la semana y por varios meses. La comisión comenzó a discutir un anteproyecto redactado por don Rubén Hernández, documento que sería enviado al Magistrado Coto, quien le incluyó varias modificaciones y otras ideas. Coto siempre dejó en claro que su intervención no reflejaba la opinión de la Corte y que dentro de la comisión actuaba bajo su propio criterio.

En esas primeras reuniones se estableció cual sería la orientación y estructura del proyecto y las reglas de su articulado. Además como sería el proceso de aprobación que iniciaría con la redacción por parte de la comisión del proyecto, el cual entregarían a Corte Plena para su discusión y aprobación y finalmente, el Ministro de Justicia lo enviaría a la Asamblea Legislativa para su estudio.

En noviembre de 1983 se da inicio al **primer proyecto** de la Comisión, el cual es discutido públicamente en un simposio que se celebró en el salón de conferencias de la Escuela Judicial.

Posteriormente la comisión se reúne para examinar los resultados del simposio y tomar en cuenta las observaciones expuestas.

Para ese entonces, la Corte empieza a examinar ese proyecto y al llegar al capítulo del amparo contra sujetos de derecho privado se produce una amplia discusión que entraba el proceso de análisis de la propuesta.

Entre abril y mayo de 1985 se reúne nuevamente la comisión, para analizar, con especial atención, dos documentos que les fuese entregado.

Por un lado, el licenciado Antonio Picado Guerrero remitió ante la comisión una carta, en la cual dio respuesta a una consulta elaborada por don Carlos Gutiérrez acerca del proyecto. Su opinión fue favorable al proyecto y prácticamente todas sus observaciones fueron acogidas por la comisión.

Por otro lado, el profesor argentino doctor Néstor Pedro Sagüés, profesor de la Universidad de Rosario y magistrado de un tribunal superior en su país, visitó Costa Rica en septiembre de 1984 con el encargo de estudiar el proyecto y hacer recomendaciones que serían entregadas al Ministerio de Justicia.

La comisión redactó un **segundo proyecto** en 1985. Esta vez, tomando en consideración los estudios realizados, las observaciones del simposio y los comentarios tanto de don Antonio Picado como del doctor Sagüés.

La Corte Plena discutió este segundo proyecto en doce sesiones, de las cuales quedaron cuestiones pendientes que se analizaron en 1986, cuando se aprobó el texto definitivo.

En 1986 inicia el trámite legislativo de esta propuesta. Este procedimiento fue lento pero valioso por las discusiones y aportes de diferentes grupos.

La Comisión de Asuntos Jurídicos lo tuvo por tres años, en los cuales se discutió concienzudamente y con la asesoría de expertos como Luis Paulino Mora Mora, Ministro de Justicia de ese entonces, Rodolfo Piza Escalante, Rubén Hernández Valle, Eduardo Ortiz Ortiz quien hizo su aporte en forma escrita, los asesores parlamentarios, María del Rocío Cerdas Quesada, José Miguel Villalobos y Adrián Gamboa y asesor del Ministro de Justicia, Mario Rucavado.

El 5 de agosto de 1987 se invitó a José Miguel Villalobos, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica quien les dio una charla sobre materia constitucional en un lenguaje común, plática que se extendió varias sesiones. Por otro lado, Rubén Hernández, a petición de la comisión, remitió un pliego de sugerencias a la reforma. Se consultó a la Corte Plena, al Colegio de Abogados, a la Procuraduría General de la República y al Centro de Estudios Jurídicos José Francisco Chavarri sobre el proyecto. La Corte Plena manifestó que no tenía ninguna observación ya que el proyecto fue enviado por ella. Las otras entidades manifestaron no tener observaciones y la Procuraduría por su parte remitió sus sugerencias.

El 26 de octubre de 1988, la Comisión de Jurídicos de la Asamblea Legislativa nombró una subcomisión mixta para estudiar, nuevamente, el proyecto. Esto debido a la publicación en la Gaceta de la Ley de Habeas Corpus, exp. 10589, iniciativa del diputado Humberto Vargas Carbonell. Ante esto, el Ministro de Justicia se ve obligado a recordar a los Miembros de la Subcomisión que existe el proyecto de Ley Orgánica de Jurisdicción Constitucional, el cual contiene un sistemático planteamiento sobre las garantías constitucionales, entre ellas la del hábeas corpus.

La subcomisión estaba integrada por José María Borbón Arias, Rubén Hernández Valle, Rocío Cerdas Quesada, German Vargas Alfaro, Roger Monge Castro y Adrián

Gamboa Escalante, quienes rinden su informe el 2 de noviembre de 1988. El 11 de enero de 1989, la Comisión de Asuntos Jurídicos aprueba el informe de la subcomisión como texto sustitutivo.

El 18 de enero de 1989 se presentó el diputado Carlos Monge Rodríguez ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y les comentó sobre la comisión nombrada por el Presidente de la República, Dr. Oscar Arias Sánchez, la cual tenía con propósito estudiar los proyectos que estaban en la corriente legislativa relacionados con la Corte Suprema de Justicia y su mejoramiento. También les manifestó que tomó una copia del dictamen emitido por la subcomisión con el propósito de sugerir algunas modificaciones para adecuar el proyecto a la nueva Sala Constitucional y pidió que antes de dar el dictamen final tomarán en consideración las modificaciones sugeridas por la Comisión del Ejecutivo (Decreto Ejecutivo No. 18703-P-J del 13 de diciembre de 1988).

El 25 de enero de 1989, la Comisión de Asuntos Jurídicos dictamina afirmativamente el proyecto, que tiene como base el recomendado por la Comisión del Poder Ejecutivo y entra en conocimiento del plenario legislativo.

El 13 de junio de 1989 vuelve a la comisión de asuntos jurídicos debido a una moción relacionada con la autonomía de la función del Tribunal Supremo de Elecciones.

El 20 de junio de 1989, la Comisión de Asuntos Jurídicos recibe a Luis Paulino Mora Mora, Rodolfo Piza Escalante y Rubén Hernández Valle, esta vez como miembros de la Comisión nombrada por el Ejecutivo. En esa misma sesión se leyó la moción para que el proyecto de Ley Orgánica de Jurisdicción Constitucional sea sustituido por el elaborado por la Comisión del Ejecutivo.

En esa audiencia Luis Paulino Mora hizo mención del proceso del proyecto y como la comisión nombrada por el Ejecutivo le realizó leves modificaciones e incluyó dos capítulos que no tenía. También expuso sobre la importancia de este proyecto al ser un verdadero avance sobre la protección de los derechos ciudadanos. Por su parte, Rodolfo Piza Escalante realizó la exposición general del proyecto y Rubén Hernández junto con Mora expusieron sobre las soluciones a los problemas planteados. Estas audiencias se extendieron hasta el 18 de julio de 1989, día en que la Comisión de Asuntos Jurídicos dio por agotada la discusión del proyecto dándose como resultado un Dictamen Afirmativo Unánime.

Mediante el Decreto Ejecutivo No. 19163-P del 30 de agosto de 1989 se convoca a sesiones extraordinarias para que se conozca la Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional.

El primer choque que sufrió el proyecto en el plenario fueron 54 mociones que se presentaron el primer día de debate y tanto los miembros de la Comisión de Asuntos Jurídicos como Rubén Hernández, Rodolfo Hernández, Rodolfo Piza Escalante y José Miguel Villalobos Umaña, comprometidos con la labor, analizaron las mociones en dos días (5 y 6 de septiembre de 1989).

Finalmente, y después de unas cuantas mociones más, discusiones y disertaciones en el pleno de la Asamblea, el 27 de septiembre de 1989 el proyecto fue aprobado en primer debate. El 03 y 04 de octubre se aprobó en segundo y tercer debate, respectivamente.

El 11 de octubre de 1989, el señor Presidente de la República y los Ministros de la Presidencia y Justicia y Gracia firmaron la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Inicio de funciones de la Sala Constitucional.

La primera Sala Constitucional fue designada un 25 de septiembre de 1989 e inició sus labores dos días después, aplicando las disposiciones vigentes hasta que se promulga la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En ese momento le fueron trasladados, por los tribunales que los conocían, un recurso de hábeas corpus, ocho de amparo y quince acciones de inconstitucionalidad.

Esa Sala estaba conformada por los Magistrados Lic. Alejandro Rodríguez, Dr. Rodolfo Piza E., Dr. Luis Fernando Solano C., Dr. Jorge Castro B., Dr. Jorge Baudrit G., Dr. Luis Paulino Mora M. y Dr. Juan Luis Arias A. y un grupo de 21 funcionarios que apoyaban su trabajo.

En la actualidad la Sala Constitucional es un despacho con más de 150 funcionarios y miles los asuntos que se resuelven.

Bibliografía.

Costa Rica. Corte Suprema de Justicia. Jurisprudencia Constitucional: recopilación de las sentencias de constitucionalidad dictadas entre 1890 y 1989 por la Corte de Casación y la Corte Plena de Justicia. Uned, 2000.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Expediente 532: Consulta de la Asamblea. Creación de la Sala Constitucional. Reforma a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política. 1980.

Asamblea Legislativa. Expediente Legislativo No. 10273. Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989.

Asamblea Legislativa. Expediente Legislativo No. 10401. Reforma Constitucional a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política, Ley 7128 de 18 de agosto de 1989.

CONAMAJ. Ley de la Jurisdicción Constitucional y otros documentos: Publicación en homenaje al Lic. Don Fernando Coto Albán. San José, 1990.

Decreto Ejecutivo No. 18703-PJ del 13 de diciembre de 1988. Gaceta No 5 del 06 de enero de 1989.

Arias Ramírez, Bernal. Reformas Constitucionales (Constitución de 1949). Primera edición. San José, Costa Rica, IJSA, noviembre de 2001.

Castillo, Fernando. El Control Constitucional en Costa Rica. Tesis doctoral. http://www.pgr.go.cr/revista/rev_publicacion.aspx?nRevista=7&nPar3=6&nPar5=0&strPar2=P

Doctrina

Neoconstitucionalismo, eficacia horizontal de los derechos fundamentales y proceso civil costarricense: ¿una relación posible?

Luis Mariano Argüello Rojas *

“Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasiva, penetrante y desbordante”. (Riccardo Guastini)

“La necesidad de una nueva teoría del proceso deriva, antes que todo, de la transformación del Estado, esto es, de surgimiento del Estado Constitucional, y de la consecuente remodelación de los propios conceptos del Derecho y de Jurisdicción. (...) Frente a eso, no hay cómo pretender enseñar Derecho Procesal Civil sin antes tratar una Teoría del Proceso elaborada a la luz del Estado Constitucional y de las teorías de los derechos fundamentales”. (Luiz Guilherme Marinoni)

Resumen:

En el presente artículo se analiza brevemente los alcances más elementales de la denominada corriente neoconstitucionalista, para luego proyectar su virtual impacto en algunos de los institutos del proceso civil costarricense; la

* Doctorando en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia (UNED) y Máster en Derecho Constitucional por esta misma Universidad. Máster en Administración de Justicia Enfoque Sociojurídico con énfasis en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA). Tiene una Especialidad en Derecho Notarial y Registral por la Universidad de Costa Rica (UCR) y es Licenciado en Derecho con énfasis en Derechos Humanos por esta misma Universidad. En el 2011 fue medalla de honor y obtuvo el primer promedio del Sistema de Estudios de Postgrado en Derecho de dicha institución. En el 2019 fue reconocido con el primer promedio de la Maestría de Administración de Justicia. Todas sus graduaciones han sido con distinción. Desde el año 2012 es Juez de la República, donde ha desempeñado su cargo en la Jurisdicción Civil y Contencioso Administrativa; a la fecha es Juez del Tribunal Colegiado Civil de Alajuela. Desde el año 2015 es profesor de Derecho en la UCR. Autor de diversos artículos de investigación y ensayos jurídicos publicados en revistas especializadas. Director de varios TFG en la UCR. Miembro de la Asociación Costarricense de la Judicatura.

propuesta busca recordar la estrecha conexión que existe entre el constitucionalismo y el derecho privado en general, razón por la cual las nuevas manifestaciones del primero terminan repercutiendo en el segundo, aspecto del cual la eficacia horizontal de los derechos fundamentales es un vivo ejemplo.

Palabras clave:

Neoconstitucionalismo. Proceso Civil. Derechos fundamentales. Debido proceso. Eficacia horizontal.

Abstract:

In this article, the most elementary reaches of the so-called neoconstitutionalist current are briefly analyzed, to then project, its virtual impact on some of the institutes of the Costa Rican civil process; the proposal, seeks to remember, the close connection that exists between constitutionalism and private law, which is why the new manifestations of the former end up having repercussions on the latter, aspect of which, the horizontal efficacy of fundamental rights, is a living example.

Keywords:

Neoconstitutionalism. Civil Process. Fundamental rights. Due process. Horizontal efficiency.

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Origen y propuesta neoconstitucionalista. III.- Neoconstitucionalismo y eficacia horizontal de los derechos fundamentales. IV.- Balance crítico y perspectiva del Proceso Civil Costarricense. IV.A.- Más principios que reglas. IV.B.- Ideación de procedimientos. IV.C.- Temas de ponderación antes que subsunción en medidas cautelares. IV.D.- Impacto de nociones constitucionales en causales de impedimento. IV.E.- Derecho invocado en la demanda (eficacia horizontal de los derechos fundamentales). V.- Conclusión. VI.- Fuentes consultadas.

I.- Introducción.

La razón que justifica abordar el neoconstitucionalismo no es evocar un concepto de moda, ni tampoco utilizar una noción rimbombante para llamar la atención dentro del ávido campo de las ciencias sociales; no es afán de pedantería académica, ni mucho menos el deseo de importar indiscriminadamente categorías utilizadas por referentes del Derecho Comparado al ámbito costarricense.

Por el contrario, reflexionar sobre esta tendencia teórica y/o doctrinaria -si se quiere llamar así- es simplemente una necesidad que surge en ocasión de circunstancias contemporáneas que rodean al ámbito de la ciencia jurídica y de las cuales derivan una serie de factores cuya conjugación y desenvolvimiento (también dentro del Derecho privado) generan el advenimiento de un paradigma si no nuevo, al menos diferenciado, que merece ser detenida y pausadamente estudiado.

Síguese de lo anterior, que el civilista en general y el procesalista en lo particular del siglo XXI, tiene que estar consciente que su objeto de estudio ha variado; ciertas concepciones romanísticas y/o decimonónicas que en su momento marcaron la evolución del arte jurídico no resultan del todo idóneas, para emprender la solución efectiva de una casuística que (siendo siempre conflictiva) marca nuevos matices hasta hace poco insospechados.

Piénsese por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, en la responsabilidad civil derivada de accidentes producidos por automóviles autónomos, los daños generados por sujetos indeterminados en una colectividad, el fenómeno de la contratación virtual en masa, la comercialización de datos personales en la denominada sociedad de la información, la tutela de las obtenciones vegetales o los novedosos alcances que ostentan los procesos colectivos para la tutela de intereses

supraindividuales; y es que, como si lo anterior fuere poco, lo cierto del caso, es que paralelamente el constitucionalismo marca la evolución de nuevas tendencias, que impactan en los propios genes del derecho privado y por ende en su instrumento: el proceso civil, ¿O acaso, la concepción de la autonomía de la voluntad, la propiedad privada, la empresa o la responsabilidad civil es la misma que hace cien, cincuenta o treinta años?

Pues bien, el neoconstitucionalismo pretende dar cuenta de este cambio, al poner sobre la mesa, que la perspectiva actual de la Constitución Política dista de aquella concepción clásica, que se limitaba a establecer limitaciones al poder público y por ende, se destinaba, en esencia, a configurar orgánicamente el ámbito competencial de los diversos órganos constitucionales, receptando que los derechos fundamentales solamente operarían de forma vertical, esto es: como una especie de escudos de defensa que tienen las personas frente al Estado.

Por el contrario, en la concepción moderna de la carta fundamental subyace la idea de una *“sociedad justa”* que, en las palabras de un reconocido profesor italiano, implica que la función constitucional *“es organizar la sociedad civil (y no solo los poderes públicos) y modelar las relaciones sociales (y no solo las relaciones políticas entre el estado y los ciudadanos)”* (Guastini, 2018, p. 435).

De este modo, una de las aristas que proyecta el movimiento aquí estudiado es el establecer, con toda naturalidad, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales o, si se quiere, el correspondiente efecto irradiación que los mismos generan en las huestes del Derecho privado, mismo que en consecuencia operaría en la configuración de las relaciones jurídicas entre sujetos particulares y del cual, valga la oportunidad destacarlo, el fallo Lüth dictado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán así como la sentencia 112/1970 dictada por la Corte Constitucional Italiana, marcaron un antes y un después en esta materia.

Bajo tal inteligencia, si hoy se parte de una necesaria constitucionalización del Derecho privado, es clarísimo que el propio Proceso Civil, bajo una franca visión instrumental, tiene que adecuarse a tales exigencias y no solo ello, sino también recoger en su seno las implicaciones que la dimensión neoconstitucionalista genera en cualquier *iter* jurisdiccional, de estos avatares precisamente tratan las siguientes páginas.

II.- Origen y propuesta neoconstitucionalista.

Conviene iniciar por lo elemental, sea: ¿de dónde proviene la voz neoconstitucionalismo?, en tal sentido el autor Luis Prieto Sanchís (2010) sustenta que las distintas manifestaciones de esta corriente tienen como sustrato común el modelo de Estado Constitucional de Derecho, que se desarrolla medularmente en Europa a partir del fenecimiento de la II Guerra Mundial, así como en algunos países iberoamericanos durante la última década del siglo pasado.

En efecto, durante tal arco de tiempo surgieron a la palestra nuevos modelos de Constitución que se distancian de la filosofía político-liberal tradicional; así se tiene por ejemplo: Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976), España (1978), Brasil (1988), Colombia (1991), Argentina (reforma de 1994), Ecuador (2008), Bolivia (2009) entre otros, que ostentan como denominador común un especial acento en la regulación extensiva de diversas tipologías de derechos fundamentales.

Unido a lo anterior, al respecto aclara Comanducci (2003) que el neoconstitucionalismo coloca: *"en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal –que era (...) central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX–, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales"* (pp. 85-86), siendo esto francamente paradigmático en aquellas nuevas Constituciones cuya sola extensión evoca, de entrada, la generosidad del reconocimiento heterogéneo de diversos derechos fundamentales, teniendo como norte la tutela integral de la dignidad de la persona humana.

No obstante lo anterior, conviene señalar -por evidente que esto sea- que la mera estipulación literal de derechos fundamentales en un texto constitucional, instrumento internacional o ley procesal, no va a solventar, ni someramente, las diversas vicisitudes que enfrenta la humanidad y particularmente aquellos grupos más vulnerables en razón de un contexto socioeconómico y político-cultural que, en no pocas ocasiones, hace mofa de las buenas intenciones de los juristas más comprometidos.

Así pues, por ende, la propuesta neoconstitucional -así como cualquier enfoque teórico a nivel jurídico-, debe tener como basamento la propia realidad imperante, a la cual dirige sus concepciones, tomando especial relevancia el entender en estos *"tiempos líquidos"* (Bauman, 2015) los alcances y consecuencias que derivan de la globalización imperante para evitar caer en una especie de *"constitucionalismo mercantil global"* (Pisarello, 2007, p. 163), que más que *controlar*, conduce a *liberar* los poderes privados salvajes, elevando los intereses

corporativos por encima de los mismos derechos humanos, lo cual evidentemente reconduce a una negación del propio contenido ontológico de los mismos.

En tal sentido, con incesante agudeza, se ha indicado que el menoscabo del Estado en beneficio del poderío de los privados *“de hecho, sólo ha podido producirse a través del propio Estado, el cual, paradójicamente, debe ser lo suficiente fuerte como para provocar y asegurar con coherencia y eficacia su propia debilidad”* (Boaventura de Sousa Santos, citado por Pisarello, 2007, p. 162).

De allí que la constatación de un estado de cosas debe empujar la senda del Derecho hacia el desarrollo de otra dimensión, de la cual también da cuenta y recoge la corriente neoconstitucionalista, esto es no limitarse únicamente a la topografía formalista de los textos fundamentales, sino que, conjuntamente, se potencie el surgimiento de nuevas prácticas jurisprudenciales que denoten el distanciamiento frente a los métodos de interpretación y resolución de conflictos ceñidos bajo el rígido corsé positivista; así, uno de los autores que con mayor claridad ha sintetizado esta conjugación de factores indica:

En parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. (...) Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *Drittwirkung*), el principio *pro personae*, etcétera. (Carbonell, 2007, p. 10)

Con todo, estas nuevas manifestaciones interpretativas, resolutivas y enjuiciadoras si bien desarrolladas principalmente por Tribunales Constitucionales, no son de su patrimonio exclusivo, pues como se hará notar más adelante, cuando se concretice en la temática de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y la dimensión instrumental que se permite a través de ciertos institutos del Proceso Civil Costarricense, las mismas tienen un tremendo impacto y/o especie de efecto invasor sobre la justicia ordinaria, de la cual por cierto la jurisdicción encargada de la disputa de las relaciones privadas debe necesariamente ser una de las más dignas representantes.

Así, la persona profesional encargada de la aplicación del Derecho Privado, tiene que tener claro que el epicentro del sistema no es el Código Civil o el Código de

Comercio, antes bien, “*el derecho es Ordenamiento por el Derecho Constitucional*” (Pérez, 2005, p.32), lo anterior lejos de quitarle importancia a su campo de estudio, lo dignifica y vivifica, evocando, la ansiada búsqueda de una globalización de los derechos antes que de los mercados (Rodotà, 2014), que únicamente será alcanzable, en buena medida, a partir de la lectura (neo) constitucionalista de los institutos fundamentales del Derecho Civil, v.gr. autonomía de la voluntad, propiedad privada, responsabilidad civil, derechos de la personalidad, contratos, obligaciones, etc.

De allí el impacto que tiene esta corriente teórica en la relectura jurídica de la realidad económica que regula el ámbito jurídico privado; solo así se cumplirá aquella sentida necesidad que mencionaba el profesor Ricardo Zeledón (2010) de que el civilista moderno antes que enseñe legislación -agrego: aplique- el Derecho, pues al fin de cuentas, el Derecho se solidifica en la unidad de su pensamiento.

Por último, y no menos importante, bajo el origen del término neoconstitucionalista se patrocina una función de la doctrina jurídica como “*meta-garantía*” (Ferrajoli, 2007), esto es, ya el papel de la ciencia jurídica y sus teóricos no puede estar limitada a una mera descripción y glosa de lo establecido normativamente, sino que tiende a establecer actitudes críticas y propositivas de nuevos paradigmas que impulsen una lectura diferenciada del *status quo* vigente, todo en aras de maximizar el respeto de los derechos fundamentales y la búsqueda de garantías que dignifiquen a la persona humana.

En apretada síntesis, la propuesta neoconstitucionalista implica una compenetración teórica que impacta la forma de entender el papel del Derecho y, por ende, del jurista dentro de la dinámica social, política y económica en la cual se desenvuelve; en efecto, la transición del Estado legislativo al Estado Constitucional de Derecho supone sentidas variantes que permean todo el Ordenamiento jurídico dentro del cual, el derecho privado en general y procesal civil en lo particular no pueden ser la excepción; de allí -entre otros aspectos- la necesaria aplicabilidad de la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, aspecto que será analizado de seguido.

III.- Neoconstitucionalismo y eficacia horizontal de derechos fundamentales.

La denominada eficacia horizontal o irradiación extensiva de los derechos fundamentales tiene su origen en la jurisprudencia alemana (Fallo Lüth), pues

resulta evidente que la regulación de los códigos decimonónicos es insuficiente para tutelar las nuevas manifestaciones del poder económico e individual en tiempos de intenso y reinante capitalismo salvaje, dicho fenómeno se conoce como la consecuente: "*reorientación del centro de gravedad*" en las relaciones sociales (Anzures, 2010, p.15) donde, inclusive, se podría hablar -teniendo claro la realidad imperante- de un necesario reposicionamiento del principio de igualdad, así como de un inminente cuestionamiento del principio -acaso formal más no sustancial- de autonomía de la voluntad.

Sea como fuere, la temática de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales plantea una serie de retos e incógnitas no solo acerca del constitucionalismo tradicional, sino también, naturalmente, frente al propio derecho privado y procesal en el cual se resuelven por antonomasia tales conflictos intersubjetivos.

La serenidad de una perspectiva dogmática de entender la contratación privada, responsabilidad civil o el ejercicio de los derechos reales, es fuertemente sacudida en razón de una doctrina que invita a repensar las mismas bases en los cuales se cimientan tales institutos.

Tales ideas son evocadas por la doctrina especializada cuando, repasando la misma genealogía de esta teoría, indica que: "*los derechos fundamentales constituyen un "orden objetivo de valores" que irradia todos los ámbitos del Derecho, también el Derecho Civil*" (Estrada, 2017, p. 125), por lo cual, tomarse el derecho privado en serio -para extrapolar la famosa frase de Ronald Dworkin (1984)- implica considerar seriamente las implicaciones que los derechos fundamentales tienen actualmente (y deben tener) en tal ámbito del conocimiento jurídico.

En esa misma línea, y en ocasión de establecer la relación entre el Derecho Civil y el constitucionalismo, resultan altamente ilustrativas las tres fases descritas por el profesor titular de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro, Luis Roberto Barroso (2008); en efecto este autor diferencia esa triada de etapas en razón de la influencia que presenta la Constitución sobre el Derecho Privado, de esta forma se tendría: (i) *Mundos apartados*: que estaría al inicio de constitucionalismo, donde el texto fundamental es entendido como una carta política que regula las relaciones entre el administrado y el Estado, y el Código Civil, era visto y entendido como: "*la Constitución del derecho privado*" que regulaba en consecuencia las relaciones jurídicas entre los sujetos particulares. Igualmente, el Código de Napoleón realizaba de forma certera el ideal burgués, en cuanto a la tutela incuestionable de la propiedad privada y libertad de contratación.

(ii) *Publicización del Derecho privado*: la igualdad formal, libertad individualista y garantía absoluta de la propiedad privada, son categorías que empiezan a ser cuestionadas y revisadas con el advenimiento del Estado Social de Derecho, de esta forma el Derecho Civil ya no se erige en el imperio absoluto de la autonomía de la voluntad, por el contrario, la dimensión social del Derecho comienza a ser considerada en las relaciones entre particulares, mediante la creación de normas de orden público, sea la protección del lado más débil de la relación jurídica una especie de "*dirigismo contractual*" que influye, a guisa de ejemplo, en las regulaciones arquetípicas del derecho consumidor o arrendamientos de casas de habitación en Costa Rica.

(iii) *Constitucionalización del Derecho Civil*: este último eslabón tendría como consigna: "*Ayer los códigos, hoy las Constituciones, la revancha de Grecia contra Roma*" donde las Constituciones se convierten en el epicentro del ordenamiento jurídico, siendo desde nuestra perspectiva, el crisol axiológico desde donde debe ser implementado y leído el Derecho Privado, siendo totalmente conscientes de que los derechos fundamentales y en general los valores, principios y preceptos constitucionales impactan en el Derecho Civil, generando una transformación en clave constitucional y que hace que el contenido formalista, liberal y si se quiere absolutista, pase a ser parte de un mero legado histórico.

Retomando el hilo conductor de la investigación, resulta evidente que esta etapa de constitucionalización del Derecho Civil, resulte ser un suelo fértil para la cosecha de doctrinas como la desarrollada en torno a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Así, Jinesta Lobo (2014) da cuenta de esta teoría recordando que las implicaciones prácticas de la misma surgen cuando la legislación la recepta, o bien cuando vía pretoriana, es establecida por un Tribunal Constitucional -o también agregaríamos: Ordinario-; luego, el núcleo esencial de esta proyección jurídica radica en entender que los derechos fundamentales y humanos más que límites, son garantías, de allí que tengan o presenten un margen de operatividad no solamente frente a los poderes públicos sino ante los mismos sujetos de Derecho privado.

Bajo este umbral, el reconocimiento de la eficacia horizontal implica que los derechos fundamentales deben ser observados por el Estado así como por los particulares, quedando en boga la discusión acerca del grado que debe ostentar esa eficacia: sea mediata o inmediata, aspecto que ha sido ampliamente debatido en otras latitudes, v.gr España.

En este sentido, la eficacia mediata se asocia con una concepción objetiva de los derechos fundamentales, donde el Estado no solo debe reconocer sino procurar la tutela de derechos fundamentales, sea mediante la intervención legislativa e incluso judicial; por otro lado, la eficacia inmediata está ligada con una concepción de los derechos fundamentales como derechos subjetivos en estricto sentido, generando una aplicación directa de los mismos sin reparar en el causante de los agravios y dejando al juez o jueza una capacidad concretizadora de tales derechos.

Sin embargo, en cuanto a dichas teorías y su eventual aplicación, debe seguirse los cuidados hermenéuticos del caso (Rivero, 2001), pues es frecuente realizar "*importaciones jurídicas*" a otros ordenamientos jurídicos con institutos sustancialmente diferentes; no obstante, desde nuestra óptica no interesa tanto ensayar una bifurcación entre la dimensión mediata o inmediata de la doctrina horizontal, en tanto al fin de cuentas, lo realmente importante es reconocer la existencia plena de los derechos fundamentales en el campo privado.

De este modo, si la imputación es directa al sujeto de derecho privado que causó la lesión o bien al órgano judicial o público que omitió o aplicó erróneamente la tutela, es un aspecto de segundo grado, siempre y cuando existan vías procesales efectivas para hacerlas tutelar en uno u otro sentido.

En este orden de ideas y en aras de obtener congruencia con el razonamiento vertido, exponiendo criterio propio, bien se podría ensayar una especie de teoría ecléctica que recoja lo mejor de ambas posturas, aspecto que inclusive ya ha sido advertido por un sector minoritario de la doctrina, así se ha indicado:

Para Clasen se trataría de una especie de responsabilidad compartida tanto por el juez que desconoce el contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales, como por el particular que con su conducta lesiona la posición iusfundamental del demandante. Por lo que en definitiva, en estos casos los derechos fundamentales siguen actuando como derechos de defensa, sólo que no exclusivamente frente al Estado, sino también frente a terceros. (Estrada, 2017, p.132)

Por el contrario, sostener una eficacia restringida, formalista o prohibitiva de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas de los particulares, sería renunciar sin más al Estado de Derecho, sacrificando la justicia en los altares del poder particular; por ende, esa intervención -en los casos que lo amerite- no solo resulta necesaria sino obligatoria para mantener a flote la vigencia del Estado Constitucional de Derecho.

Se reconoce que las consecuencias de esta intervención son punto sensible, pues se podría eventualmente alegar que esta, en pro de una expansión de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, sea por parte de la Sala Constitucional, sea por parte del Juez o Jueza de la Jurisdicción Ordinaria -que es también llamado a ser el guardián de los Derechos Fundamentales- podría eventualmente suponer una injerencia en las relaciones privadas que se configuran a la luz de la libertad de contratación y autonomía de la voluntad.

Sin embargo, aquí cabe "*separar el grano de la paja*" y detectar cuando, bajo entelequias despistadoras o disposiciones psedu-contractuales, se esconden verdaderas afectaciones o quebrantos a derechos fundamentales, reconociendo que en la actualidad no caben posiciones ingenuas, pues insistir en una construcción formal de la igualdad no deja de sonar a un "*canto de sirenas*", que puede desviar las respuestas oportunas que deben operar frente a las exigencias de una sociedad cada vez más desigual. A guisa de ejemplo, se podría traer a colación la denominada y polémica teoría alemana de la "*protección contra uno mismo*" que nació en el caso de un agente comercial en 1990, así la doctrina ha indicado:

El Tribunal aprovechó esta oportunidad para hacer frente de manera decisiva al problema que supone la protección contra sí mismo, y simultáneamente para hacer algunas precisiones interesantes acerca del orden de los valores, a la vez que reducía la compleja dogmática y multifuncionalidad de los derechos fundamentales. Señaló el Tribunal que éstos, al igual que la autonomía privada, se basan en el principio de autodeterminación y que precisamente la salvaguarda de la libertad jurídico-fundamental exige que se establezcan unos vínculos cuyo medio legal es el contrato, pero si resulta que uno de los contratantes goza de tal preponderancia que puede estipular las regulaciones contractuales de modo unilateral, se origina en la otra parte contratante una situación de heteronomía, es decir de pérdida efectiva de su autonomía de voluntad. (Estrada, 2017, p.145)

Siendo que lo recién descrito, entendido en su correcta dimensión, puede constituir una valiosa herramienta para superar algunas barreras existentes a la fecha, esto es, para una revisión en lectura de derechos fundamentales de muchas de las contrataciones que se efectúan diariamente en el sistema socioeconómico imperante.

IV.- Balance crítico y perspectiva del Proceso Civil Costarricense.

Llegado a este punto, es de interés realizar los esfuerzos argumentativos correspondientes, en ocasión de sentar la estrecha conexión que existe entre la corriente neoconstitucionalista y el proceso civil; de esta manera, el planteamiento no abordará cuestiones de *lege* (o sentencia) *ferenda*, sino, más bien se concentra en el examen sobre ciertas regulaciones, preceptos e institutos, que –acorde con la perspectiva personal del expositor- para ser debidamente implementados deben ser afincados primeramente sobre el marco teórico neoconstitucionalista y sobre la dinámica de los derechos fundamentales en forma específica.

IV.A.- Más principios que reglas.

De entrada, cuando se aborda el estudio del Proceso Civil Costarricense, salta a la vista la interesante propuesta y/o apuesta regulada en el artículo 2 de la Ley N° 9342 en la que se establecen una serie de principios procesales que, si bien operan bajo el modo *numerus apertus*, ofrecen al intérprete una visión sistémica, unitaria y organizada del contenido de las reglas procesales que son recogidas ulteriormente en aquella normativa.

Lo anterior en modo alguno pretende obviar el debate doctrinario que gira en torno a la incógnita esencial que bordea esta temática: ¿cuáles son los verdaderos principios del Proceso Civil?, puesto que "*cuanto todo es principio, nada lo es*" (López, 2017, p.60); debiendo utilizarse un primer filtro que entiende por principio aquella noción tan elemental y esencial sin la cual simplemente no existiría proceso, v.gr. igualdad.

De allí consecuentemente la distinción entre principios del proceso y del procedimiento, respondiendo estos últimos a las exigencias de un modelo concreto o diseño particular que, contingentemente, pueden estar presentes o no, v.gr. principio de oralidad y su poca trascendencia en los denominados procesos de puro derecho; incluso, alguna doctrina autorizada (De la Oliva, 2012) plantea una interesante distinción entre principios procesales jurídico-naturales y jurídico-técnicos, limitando los primeros únicamente a dos, sea el principio de audiencia y el de igualdad y los segundos los asocia en exclusiva con el principio dispositivo y su contraposición, haciendo referencia al de oficialidad.

Por otro lado y más allá del debate procesalista, sin duda, la mayoría de estos denominados principios procesales bien pueden pasar por verdaderos principios

constitucionales, sean de forma autónoma o bien como integrantes del debido proceso.

Respecto a la primera perspectiva, téngase presente como la igualdad se encuentra naturalmente consagrada en la mayoría de textos constitucionales, o bien la buena fe, que si bien para el caso costarricense se limita a un reconocimiento formalmente legal en el artículo 21 del Código Civil, se encuentra recogida en otras latitudes en esta alta categoría, v.gr. artículo 83 de la Constitución Política de Colombia; ahora, respecto de la segunda visión, sea como integrantes del debido proceso constitucional, basta con remitirse a la clásica jurisprudencia constitucional sobre esta temática para cotejar su absoluta correspondencia, o bien la adaptabilidad con los mismos.

Sin embargo, nuestro interés no se centra en desarrollar el contenido de tales o cuales principios, sino en dar cuenta de cómo la regulación expresa de los mismos genera un cambio de paradigma para el procesalista civil y el intérprete, puesto que estos valiosos insumos pueden no solamente servir para interpretar o integrar una determinada situación procesal, sino que incluso pueden ser de aplicación *directa*, lo cual no será del todo infrecuente dado que la Ley N° 9342 no es reglamentista y genera mucha apertura a la persona juzgadora para buscar de forma antiformalista la solución del conflicto.

Asimismo, el denominado principio de instrumentalidad es una inapreciable herramienta para juzgar la verdadera trascendencia y dignidad que cumple el Derecho Procesal en la sociedad contemporánea, puesto que, si la finalidad de la norma procesal es dar aplicación a la normas de fondo hay que preguntarse de seguido: ¿de cuál derecho de fondo se está hablando?, la respuesta será como se propuso líneas pretéritas, de aquel derecho privado constitucionalizado que ha recibido en sus raíces la fuerza vitalizadora de los derechos humanos y fundamentales.

En suma, queda claro que en el Proceso Civil la visión de la regla ha sido atemperada con la del principio, bien respondan estos a dimensiones constitucionales o garantías integrantes de ciertos derechos fundamentales; por ende, las construcciones teóricas que se han desarrollado sobre estos últimos pueden y deben ser absolutamente considerables para darles contenido trascendental en su verdadera aplicabilidad; en tal sentido, se podría por ejemplo, traer a colación el criterio jurisdiccional expuesto por el Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Guanacaste (Voto N° 00108, 2019) donde, inclusive antepone el derecho fundamental de justicia pronta y cumplida a una regulación de carácter competencial, al respecto se indicó:

De la transcripción del artículo 46 dicho supra, tenemos que para el resarcimiento por concepto de daños y perjuicios derivados de una relación de consumo, se dispuso el proceso sumario establecido en el Código Procesal Civil, proceso que resulta más ágil y expedito que el ordinario. Sin embargo, es criterio de esta Cámara que nada impide que la parte actora acuda directamente a la vía de conocimiento cuya sentencia produce cosa juzgada material y donde las cuestiones debatidas pueden discutirse con mayor amplitud, otorgando mayores garantías a las partes. Obligar a la parte a acudir de manera previa a la vía sumaria, podría entenderse como una denegatoria al acceso de la justicia, violando así lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Política. Otro aspecto importante para definir la competencia de este asunto, consiste en que todas las etapas del proceso ya se encuentran precluidas, pues únicamente se encuentra pendiente el dictado de la sentencia de primera instancia. Así las cosas, se dispone que este asunto se debe continuar tramitando como un proceso de conocimiento. (...) En consecuencia, se acoge el recurso de apelación y se revoca la resolución impugnada.

En síntesis, en el Proceso Civil los derechos fundamentales y garantías constitucionales deben estar presentes de inicio y a fin, y eso en buena medida se puede realizar mediante una correcta instrumentalización del proceso, en aras de la aplicación de un derecho de fondo constitucionalizado y potencialización de los citados principios procesales.

IV.B.- Ideación de procedimientos.

El artículo 3.4 del Código Procesal Civil (Ley N°9342) dispone en lo conducente que en aquellas situaciones expresamente no contempladas por la regulación procesal se debe acudir a la aplicación analógica, pero en caso de resultar inviable se establece la posibilidad de la ideación de procedimientos con aplicación -atendiendo las circunstancias- de los principios constitucionales, generales del derecho y especiales del proceso.

Sin duda, esta habilitación normativa redimensiona los alcances de la aplicación de la norma procesal, pues vía pretoriana es dable que la persona juzgadora se ingenie procedimientos frente a escenarios o situaciones no previstas por el legislador; v.gr. procesos para la tutela de intereses supraindividuales, sea estos colectivos, individuales homogéneos o difusos.

En realidad tal posibilidad ya ha sido aplicada y prevista para el caso costarricense en ciertas nociones interpretativas creadas por la Sala Constitucional en la búsqueda y construcción de una especie de derecho procesal constitucional autónomo (conf. artículos 7, 8 y 14, Ley de Jurisdicción Constitucional); en igual sentido, la situación no resulta extraña en los procesos laborales en razón de lo dispuesto en el otrora numeral 452 del Código de Trabajo, que luego de la entrada en vigencia de la reforma procesal laboral, se corresponde con lo previsto en el artículo 428 al disponer, palabras más palabras menos, que los órganos de la jurisdicción laboral se encuentran autorizados para idear el procedimiento más conveniente, a fin de que pueda dictarse con prontitud la resolución que decida imparcialmente las pretensiones de las partes, siempre y cuando se garantice el debido proceso.

Unido a lo anterior, finalmente es menester indicar que en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda se han fomentado con los denominados amparos de legalidad -en ocasión de la delegación brindada por la Sala Constitucional-, una verdadera ideación de un cauce procedimental para la tutela de aquellas omisiones de justicia pronta y cumplida en procedimientos administrativos, lo cual ha dado luz a toda una experiencia jurisdiccional acumulada por años, para la efectiva solución de tales conflictos.

Ahora, si bien se encuentran diferentes escenarios donde es factible la ideación de procedimientos, lo realmente fundamental es comprender que debe tutelarse plenamente las garantías del debido proceso y de los derechos fundamentales.

De esta manera, no es dable oponer una visión formalista indicando que se está ante un quebranto del principio de legalidad procesal o bien de la reserva de ley, puesto que, el Tribunal que crea el cauce procedimental se encuentra habilitado al disponer la ley -en sentido formal y material- los rasgos esenciales del respectivo iter, el cual, se insiste, es el lógico respeto de los principios constitucionales y, por ende, de los derechos fundamentales; de allí, es manifiesto que no resulte posible que se establezcan procedimientos con la consiguiente restricción de la bilateralidad de la audiencia, del contradictorio y la defensa, por virtud de una construcción judicial que no tendría basamento para autorizar el diseño de un cauce procedimental en tales condiciones.

En tal sentido y guardando las distancias del caso, ha establecido la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Votos N° 004431 y 005211, 2011) que los poderes públicos podrán desarrollar, complementar, aclarar o precisar los procedimientos administrativos cuyas características esenciales son definidas por

la ley, pero no crear, *ex novo*, procedimientos que restrinjan los derechos fundamentales al debido proceso y la defensa según su veleidad, antojo o mal entendida discrecionalidad.

De manera que la potestad jurisdiccional de ideación de procedimientos se erige en un hermoso baluarte que evidencia la estrecha conexión que se alcanza entre constitucionalismo y proceso, pero que en estos tiempos alcanza no meramente un papel receptor, sino también adaptativo, creativo y activo en una clara ejemplificación del tipo de instrumentalidad que alcanza el derecho procesal en general y proceso civil en lo particular.

IV.C.- Temas de ponderación antes que subsunción en medidas cautelares.

En términos generales y tal como ha sido reiterado en amplia jurisprudencia, no existe tutela judicial efectiva cuando el sistema judicial consiente y patrocina una convertibilidad de las pretensiones de los justiciables en meras expectativas indemnizatorias que llevan a dar un importe económico equivalente al bien jurídico que se buscaba reclamar o proteger, pues, en no pocas ocasiones, lo que las partes procesales e intervinientes buscan en un juicio, no es meramente un reconocimiento indemnizatorio; en el proceso jurisdiccional como en la vida, el dinero no lo es todo.

Desde ese plano la tutela cautelar, sumaria y urgente, sea de contenido positivo o negativo, se encuentra al servicio del proceso de fondo, de ahí derivan -entre otras- sus características de provisionalidad e instrumentalidad, siendo factible que la primera, ante la variación de condiciones, pueda ser revisada en cualquier momento, mientras que en la segunda se evoque la marcada relación de accesoriedad con la sentencia final, pues en definitiva sirve de instrumento para mantener la vigencia del objeto del proceso -con la equivocidad que este concepto arrastra (Nieva, 2014)- durante la tramitación del mismo.

Cabe indicar que tales medidas surgen a instancia de parte, por tanto están impregnadas por el principio dispositivo; sin embargo, esto es así respecto del análisis preambular para adoptarlas, pues bien la persona juzgadora, una vez que estas han sido solicitadas, puede ordenar las que considere oportunas y adecuadas para proteger y garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia, tomando siempre en cuenta los presupuestos ponderativos de fama de buen derecho, peligro en la mora, proporcionalidad y razonabilidad.

Ergo, la persona juzgadora debe sopesar cada uno de ellos de forma autónoma (pero con cierto grado de influencia recíproca) para, de manera integral, llegar a una decisión a fin de dictar la decisión que de mejor forma se ajuste a la finalidad de las citadas medidas y la justicia del caso concreto -en esa fase cautelar-, a fin de eludir, en la mayor medida, daños de posterior envergadura.

Por tanto, ha de tenerse claro que estos presupuestos propenden a la satisfacción de la finalidad de las medidas cautelares, sea garantizar el objeto del proceso y la efectividad de una eventual sentencia favorable; para ello, la persona juzgadora lejos de ejercicios de subsunción debe tomar en cuenta los criterios que rigen la adopción de este tipo de medidas, entre ellos la adecuación, necesidad y proporcionalidad, ponderando los intereses en juego.

En cuanto a la citada proporcionalidad, resulta obligatorio advertir que se ha convertido en una especie de eslogan publicitario, el cual todos invocan pero muy pocos dominan, pues tal parámetro interpretativo -en el caso de la justicia ordinaria- requiere bastantes clarificaciones, precisiones y concretizaciones, debiendo adquirir un contenido propio en cada conflicto en el cual se aplica; con todo, resulta ilustrativo sentar alguna noción elemental sobre el mismo, recordando que la proporcionalidad incluye cuatro componentes: el fin adecuado; la conexión racional entre el fin de la medida y los medios escogidos; la necesidad; y la denominada proporcionalidad en estricto sentido (ponderación), sobre esta última, un exjuez y profesor honoris causa de las Universidades de Yale, Columbia, Boloña y Oxford, ha explicado:

El test de proporcionalidad *en sentido estricto* en un test orientado a un resultado. Él se aplica tanto a medidas que restringen los derechos fundamentales que son conformadas por reglas como a derechos fundamentales conformados por principios. Él se aplica si el fin de la medida es el de proteger otro derecho fundamental o si el fin de la misma es proteger el interés público. Toda medida restrictiva de un derecho fundamental a nivel constitucional debe cumplir el test de la proporcionalidad en estricto sentido. Este es un test que examina el resultado de la medida y el efecto que ella tiene sobre el derecho fundamental. Este test compara los efectos positivos de la realización del fin adecuado de la medida con los efectos negativos causados por la restricción al derecho fundamental. Esta comparación tiene una carga axiológica. Ella está dirigida a determinar si la relación entre el beneficio y la vulneración es adecuada. (Barak, 2017, 377)

Así pues, la proporcionalidad aludida se traduce en los requerimientos de la ponderación, misma que, demás está decir, se presenta en el diario vivir y “*refleja la naturaleza polifacética del ser humano, de la sociedad en general y democracia en particular*” (Barak, 2017, p. 381); en este sentido, es válido acotar que se vive en una sociedad compleja, donde en multiplicidad de ocasiones no basta con la simple aplicación literal de la norma, pues esta misma encuentra -en no pocos momentos- oposición para alcanzar una sentencia “*justa*” y efectiva para la resolución del caso.

Lo anterior, simple y llanamente, manifiesta que las nociones de ciertas técnicas interpretativas y ponderativas impregnadas de una buena dosis de cultivo constitucional, han llegado al campo del Proceso Civil, siendo que los ejercicios jurisdiccionales realizados en ocasión de la adopción o no de medidas cautelares, requieren sin duda alguna de tales conocimientos.

IV.D.- Impacto de nociones constitucionales en causales de impedimento.

La imparcialidad, independencia e imparcialidad son quizá las más esenciales condiciones que debe poseer toda persona que consagre su vida al ejercicio de la función jurisdiccional; sin embargo, su verdadera importancia radica no tanto en ser tenidas como atributos unidimensionales de la persona juzgadora, sino, en verdaderas garantías de las personas sometidas a un proceso; de allí que integren desde el punto de vista del Derecho procesal, la noción de competencia subjetiva, operando diversas causales de impedimento que, bien por medio de inhibitoria o de recusación, tienen que ser valederas para poder referirse propiamente a un proceso jurisdiccional.

En términos sintéticos, la persona juzgadora concretiza en su investidura la independencia constitucional que resguarda al Poder Judicial frente a los otros poderes, sean estos públicos o privados, sin soslayar como es inteligible: la independencia interna que debe salvaguardarse dentro de la dinámica orgánica de la propia Administración de Justicia.

De este modo, situada en una dimensión funcional diversa a las partes en conflicto, la persona juzgadora imparcial e independiente debe proyectar ininterrumpidamente su imparcialidad, la cual se entiende como el deber ineludible de aplicar el Derecho por encima de todo interés particular; ergo, todo sesgo, perjuicio, ideología, política o conveniencia por parte del Juez o Jueza, deben quedar al margen al procesar y emitir la sentencia del caso; en suma, se trata de una ajenidad (no indiferencia) frente a las resueltas del proceso, lo que implica: “*no*

involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso" (Picado, 2012, p.118), pues solo así logrará el fin de que: "sus sentencias tengan algo más que la mera autoridad emergente de la ley. [Sea] la autoridad moral de la propia persona del Juzgador" (Alvarado, 2010, p.299).

Bajo esa comprensión, el Código Procesal Civil reconoce la imposibilidad de prever todas las posibles situaciones, eventos o hipótesis que puedan significar afectaciones o poner en entredicho la idoneidad subjetiva de la persona juzgadora tomando partido por una lista ejemplificativa más no taxativa o restrictiva de causales de impedimento o en rigor, si se quiere, al recoger en el artículo 12.16 de la Ley N°9342, la denominada recusación incausada, pues aquella previsión resulta sumamente abierta dejando a la casuística y ecuanimidad la significativa particularización y/o determinación de "*las circunstancias*" que den margen a dudas en cuanto a la imparcialidad u objetividad de la persona juzgadora.

Tal noción, responde en buena medida a los derroteros marcados por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Voto N° 1211, 2016) que -haciendo eco de otros precedentes- indicó:

Todo juez, se encuentra supeditado, a lo dispuesto por la Constitución Política y por los Tratados Internacionales vigentes en la República, de ahí que sea su obligación primordial aplicar directamente lo establecido en esos cuerpos legales, máxime si se trata del ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos. De manera que si la Convención Americana de Derechos Humanos, consagra como derecho fundamental el de ser oído por un juez independiente e imparcial, quien se sienta agraviado por la infracción a ese derecho, puede legítimamente reclamarlo. El régimen de las inhibiciones, recusaciones y excusas tiene su razón de ser en la consecución (sic) de una justicia objetiva, imparcial, independiente y cristalina, propia de regímenes democráticos y de derecho y conforme se señaló, **el listado que la ley contempla no agota las posibilidades por las que puede hacerse uso de esos institutos, esto es, no tiene carácter excluyente** (...) las causales de inhibitoria no son taxativas, por lo que debe conocer y resolver cuando se plante alguna no expresamente prevista, debiendo valorarla según las circunstancias del caso concreto. (La negrita no corresponde al texto original).

De esta manera, queda explicitado como la garantía de los justiciables de contar con personas juzgadoras independientes e imparciales se proyectan desde el plano convencional y constitucional en el Proceso Civil recogiendo, en consecuencia,

nociones de apertura, adaptabilidad y sana casuística que fueron impulsadas en su momento desde el firme vértice de la norma fundamental frente a la rigurosidad de un vetusto legalismo procedimentalista que cada vez añora un pasado ya superado.

IV.E.- Derecho invocado en la demanda (eficacia horizontal de los derechos fundamentales).

El suscrito autor, ha insistido en algunos escritos, a la fecha inéditos, que en la mayoría de las legislaciones contemporáneas -de la cual Costa Rica no es la excepción- se presenta un aumento exponencial del número de regulaciones, sean estas legales, reglamentarias o de otra categoría que, sin duda, presentan múltiples efectos negativos a la fecha poco estudiados; en rigor, la disposición de que nadie puede alegar ignorancia de la ley bien podría ser admitida frente a un buen computador, pero no ante la agobiada mente humana.

Ahora bien, el tema no queda allí, el advenimiento de la convencionalidad del ordenamiento jurídico obliga al intérprete del Derecho en general a ampliar su horizonte, si se le suma a ello los repertorios jurisprudenciales y entre estos, específicamente la jurisprudencia constitucional, que para el caso nacional es vinculante *erga omnes* resulta manifiesto que conocer el Derecho es una labor poco menos que meta humana y para muestra se expone un ejemplo.

Costa Rica es un país feudalista a nivel procesal, se cuenta con códigos procesales a nivel Civil, Penal, Contencioso Administrativo, Laboral, Agrario, entre otros, lo cual genera una labor encomiable para aquel litigante que sin un campo de especialización asentado deba sortear los avatares de multi-sectorización de las disposiciones aplicables en una u otra materia, lastimosamente ese aumento cuantitativo también apareja múltiples deficiencias a nivel cualitativo, de suerte tal que las lagunas, antinomias y entuertos interpretativos están a la orden del día.

No obstante, la única forma de mantener el efecto y la acción de *ordenar* el sistema jurídico para que precisamente este sea capaz de ser denominado como *ordenamiento*, es vivir en la unidad de la Constitución. Al respecto señala Guastini que:

La función de la constitución no solo es dar forma al Estado (organizar los poderes públicos y sus relaciones recíprocas) sino modelar la sociedad civil -por tanto, no solo dar forma a las relaciones políticas entre órganos constitucionales supremos, sino a las mismas relaciones sociales entre los ciudadanos particulares (...). Por ejemplo, la

Constitución proclama el “derecho inviolable a la salud”; el juez civil acepta una demanda de resarcimiento por un “daño biológico” o incluso “existencial” en tanto, lesión de un derecho constitucional, si bien este no está previsto expresamente (o incluso sea excluido implícitamente) por el código civil”. (2018, p. 436)

Así las cosas, puede afirmarse que la Constitución como *lex suprema* tiene un valor vinculante respecto al restante engranaje normativo, de forma tal que no cabe desentono, de allí su trascendencia pues esta tarea es toda una encrucijada si se contempla el ritmo vertiginoso al que crece el ordenamiento -propio de una inadecuada técnica legislativa- intentando dar respuesta a las exigencias sociales también cambiantes.

En suma, los derechos fundamentales pueden ser exigidos directamente en los procesos civiles, el fundamento jurídico de una demanda puede estar exclusivamente basado en ellos a pesar de la omisión o incluso contradicción que puedan presentarse frente a otras regulaciones de menor rango, solo así cabrá en buena medida hablar de una eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

V.- Conclusiones.

La corriente neoconstitucionalista, pese a ser relativamente novedosa, tiene un amplio alcance en el Derecho en general, pues propone la maximización del respeto a las garantías fundamentales y modifica el lente a través del cual el jurista lo comprende; en tal sentido, en el ámbito del privado -sustancial y adjetivo- el neoconstitucionalismo propone un replanteamiento de los principios esenciales que le respaldan, atiza el reconocimiento de una fuerza expansiva de los derechos fundamentales y produce una relectura de la realidad socioeconómica que allí impera.

Igualmente, existe una sólida y consistente conexión entre el constitucionalismo y el Derecho privado en general, comprendiendo que la norma suprema no se limita a regular la relación entre los poderes públicos, sino que se extiende para regular las relaciones entre sujetos particulares, en tanto este no puede, ni por asomo, superponerse a las exigencias de la norma Constitucional.

El neoconstitucionalismo genera un impacto directo en el Proceso Civil costarricense, pues cobijado en el principio de instrumentalidad puede apoyarse en la norma suprema para emitir la resolución, para lo cual es dable incluso la ingeniería de procedimientos en pro de la protección de los derechos

fundamentales y de forma indirecta en tanto puede modificar la interpretación o integración en una situación procesal determinada; en tal sentido, la persona juzgadora civilista debe tener vocación humanista, estando supeditada a la Constitución Política y los Tratados Internacionales vigentes en la República, además claro está, por lo sentado a nivel de jurisprudencia convencional y constitucional, todo lo cual concretiza en su investidura la independencia y responsabilidad con la cual el Poder Judicial debe resolver los conflictos privados sometidos a su conocimiento.

Finalmente, se desea culminar “*temporalmente*” este ensayo, recordando a Piero Calamandrei (citado por Priori, 2006, p. 106), cuando con la genialidad de su pluma señalaba:

Y, finalmente, no se debe olvidar que, para poder comprender la reforma del proceso civil en todo su alcance histórico, no basta ponerla en relación con la codificación de derecho sustancial, al cual el proceso deberá servir, sino que es, además necesario considerarla en función del ordenamiento constitucional, dentro del cual, la administración de justicia se encuadra.

VI.- Fuentes consultadas.

Doctrina:

Aldunate, E. (2010). Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. *Revista de derecho (Valdivia)*, 23 (1), 79-102.

Alvarado, A. (2010). *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Compendio del libro: Sistema Procesal: Garantía de la libertad. Adoptado a la legislación procesal de Costa Rica*. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Anzures, J. (2010). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales*, (22), 3-51.

Barak, A. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.

Barroso, L. (2007). El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho en Brasil (El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil). *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 6 (12), 25-50.

Bauman, Z. (2015). *Modernidad líquida*. México: Fondo de cultura económica.

Carbonell, M. (2003). Nuevos tiempos para el constitucionalismo. *Neoconstitucionalismo*. Madrid, España: Trotta.

Carbonell, M. (2007). El neoconstitucionalismo en su laberinto. *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid, España: Trotta.

Carbonell, M. (2010). Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina. *Precedente. Revista Jurídica*, 207-225. (S.D).

Comanducci, P. (2002). Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, (16), 89-112.

De la Oliva, A. (2012). *El papel del Juez en el Proceso Civil*. Madrid, España: Civitas.

Dworkin, R., & Guastavino, M. I. (1984). *Los derechos en serio* (Vol. 997). Barcelona, España: Ariel.

Estrada, J. (2007). Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los Derechos Fundamentales. *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid, España: Trotta.

Ferrajoli, L. (2009). *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia*. Madrid, España: Trotta.

Guastini, R. (2018). *Interpretar y argumentar*. Lima, Perú: Ediciones Legales E.I.R.L.

Jinesta, E. (2014). *Derecho Procesal Constitucional*. San José, Costa Rica: Editorial Guayacán.

López, J. (2017). *Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense I. Según el Nuevo Código -Parte General-*. San José, Costa Rica: Edinexo,

Marinoni, G. (2016). *Teoría General del Proceso. Una aplicación Neoconstitucional*. San Salvador, El Salvador: Cuscatecla.

Nieva, J. (2014). *Derecho Procesal I (Introducción)*. Madrid, España: Marcial Pons.

Pérez Royo, J. (2005). *Curso de Derecho Constitucional*, Décima Edición, Madrid, España: Marcial Pons.

Picado, C. (2012). *La imparcialidad del juez*. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Pisarello, G. (2007). Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico. *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid, España: Trotta.

Priori, G. (2016). Las primeras muestras de la constitucionalización en el Derecho procesal: la obra de Calamandrei. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 6(2), 86-111.

Rivero, J. (2001). *Constitución, Derechos Fundamentales y Derecho Privado*. Medellín, Colombia: Editorial Jurídica Dike.

Rodotà, S. (2014). *El derecho a tener derechos*. Madrid, España: Editorial Trotta, SA.

Sanchís, L. (2001). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (5), 201-228.

Sanchís, L. (2010). Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos). *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (44), 461-506.

Sanchís, L. (2006). Derecho y moral en la época del constitucionalismo jurídico. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 8 (1), 67-85.

Zeledón, R. (2010). *Problemática histórica de la Codificación Civil. Derecho Privado Contemporáneo*. San José, Costa Rica: Contemporánea.

Sentencias:

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. (27, enero, 2016). Sentencia 2016-1211 [MP. Ernesto Jinesta Lobo].

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. (01, abril, 2011). Sentencia 2011-004431 [MP. Ernesto Jinesta Lobo].

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. (26, abril, 2011). Sentencia 2011-005211 [MP. Fernando Castillo Víquez].

Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Guanacaste, Sede Liberia. (12, junio, 2019). Sentencia 00108-2019 [JP. Alejandra Pérez Cordero].

Regulación constitucional del control político ejercido por la Asamblea Legislativa: funciones, atribuciones y límites de las comisiones legislativas especiales de investigación

Maricruz Barquero Kepfer *

Fernando Castro Padilla **

Henry Chavarría Duarte ***

Resumen:

El adecuado ejercicio de la función de control político, que le corresponde de forma intrínseca e ineludible a la Asamblea Legislativa, resulta transcendental en el marco de un sistema democrático, en procura de garantizar que todas las administraciones públicas, así como la totalidad de

* Letrada de la Sala Constitucional desde el año 2005, a la fecha. Actualmente como profesional asistente del despacho de la Magistrada Anamari Garro Vargas. Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Especialista y Máster en Derecho Constitucional y Justicia Constitucional de la Universidad Castilla-La Mancha, España. Graduación de honor en el Magister de Derecho Constitucional, en la Universidad de Costa Rica. Diploma de Estudios Avanzados del Programa de Doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad Castilla-La Mancha, España.

** Letrado de la Sala Constitucional desde el año 1999, a la fecha. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo, España). Tesis doctoral aprobada con la máxima distinción *sobresaliente cum laude*. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Cuenta, además, con una Maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia, una Maestría en Justicia Constitucional por la Universidad de Costa Rica, un Máster en Derecho y Justicia Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo, España) y un Màster Universitari en Ciències Jurídiques por la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, España).

*** Letrado de la Sala Constitucional desde el año 2000, a la fecha. Licenciado en Derecho por la Universidad de San José. Especialista y Máster en Derecho Constitucional y Justicia Constitucional de la Universidad Castilla-La Mancha; Toledo, España. Graduación de Honor en el Mágister en Derecho Constitucional de la Universidad Estatal a Distancia. Egresado de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Lomas de Zamora; Buenos Aires, Argentina. Diploma de Estudio Avanzados del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Castilla-La Mancha; Toledo, España.

los funcionarios públicos, se sujeten a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, a la voluntad popular y a los principios de racionalidad, oportunidad, prudencia, corrección, probidad y eficiencia. Las comisiones especiales de investigación constituyen un instrumento fundamental para el ejercicio de dicha función. Con todo, la labor de control político debe ejercerse en congruencia con los distintos requerimientos y límites impuestos en el propio texto constitucional y desarrollados en la jurisprudencia de la Sala Constitucional; en particular, deben respetarse los derechos fundamentales y los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad.

Palabras clave:

Principio de separación de poderes. Control político. Comisiones especiales de investigación.

Abstract:

The proper exercise of political control role, which intrinsically and inescapable belongs to the Asamblea Legislativa, is transcendental within the framework of a democratic system, in order to ensure that all public administrations, as well as all public officials, are subject to the provisions of the legal order, the popular will and the principles of rationality, opportunity, prudence, correction, probity and efficiency. Special commissions of inquiry are a fundamental instrument for the exercise of this function. However, the political control role must be exercised in accordance with the different requirements and limits imposed in the constitutional text itself and developed in the jurisprudence of the Sala Constitucional; fundamental rights and constitutional principles of reasonableness and proportionality must be respected in particular.

Keywords:

Principle of the separation of powers. Political control. Special Commissions of Inquiry.

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Limitación y control del poder. 3.- Parlamento y control político. 4.- La función de control político de la Asamblea Legislativa. 5.- Análisis jurisprudencial: las comisiones legislativas especiales de investigación en la jurisprudencia de la Sala Constitucional. 5.1.- ¿Por qué las funciones de control político son exclusivas de la Asamblea Legislativa? Estrecha relación entre función parlamentaria con la de control o fiscalización política. 5.2.- Los objetivos de las comisiones de investigación. 5.3.- Las atribuciones de las comisiones de investigación. 5.4.- Los límites al ejercicio del control político. 5.5.- El debido proceso frente al ejercicio del control político. 6.- Riesgos, debilidades y límites al control político: balance general. 7.- Conclusiones. 8.- Referencias bibliográficas.

1.- Introducción.

El propósito de este artículo es analizar el fundamento, alcances y trascendencia del control político encomendado a la Asamblea Legislativa, en el marco del principio de separación de funciones. Interesa, en particular, estudiar la figura de las comisiones especiales de investigaciones, previstas expresamente en el texto constitucional como uno de los principales instrumentos con que cuenta la Asamblea Legislativa para ejercer su función de control político. Para efectos de realizar tal análisis, se expondrán los criterios jurisprudenciales más relevantes emitidos por la Sala Constitucional en esta materia.

2.- Limitación y control del poder.

Uno de los rasgos característicos del Estado Constitucional y Democrático de Derecho –conforme a su paulatina consolidación, principalmente después de la Segunda Guerra Mundial- es la consagración de una amplia red de limitaciones y controles al ejercicio del poder público. Limitaciones de orden sustancial y funcional. Controles de tipo social, político y jurídico. La Constitución, como manifestación del Poder Constituyente del pueblo, se erige en pieza capital de tal red, dado que, contiene las normas fundamentales y supremas del orden jurídico estatal –tanto de contenido material como estructural (organizativo y procedimental)-, todas ellas jurídicamente vinculantes, al que están sometidos todas las autoridades públicas y los mismos particulares (Barquero y Castro, 2019, pp. 248 a 250). Supone un pilar del paradigma constitucional democrático la afirmación que:

La soberanía reside en el pueblo, se expresa directamente a través del poder constituyente y se objetiva jurídicamente en la Constitución. Todos los órganos del Estado, incluido el legislador, son poderes constituidos, sometidos, por tanto, a la soberanía de la Constitución. La soberanía no reside, pues, en ningún órgano del Estado. La soberanía reside en la práctica en la Constitución, a la que están sometidos todos los órganos del Estado. (Pérez Royo, 1998, p. 61)

Se confirma, con esto, la sujeción de toda la actividad estatal a la Constitución, como instrumento primario de limitación y control del poder, incluso respecto del legislador democrático. Según explica Solís (2000), el:

... constitucionalismo solo es posible con el establecimiento y mantenimiento de restricciones constitucionales del ejercicio del poder. Por lo tanto, no es posible pensar en una constitución, si no descansa en la existencia de controles, con el fin de fiscalizar el ejercicio del poder para evitar las arbitrariedades y los abusos de quienes ejercen el poder político. (p. 91)

En cuyo caso, un elemento esencial de la referida red, consagrado en los distintos textos constitucionales democráticos surgidos luego de las revoluciones liberales desarrolladas en Europa y América, a partir de finales del s. XVIII, es el principio de división de poderes –denominado, actualmente, como principio de separación de funciones-. Así se refleja, por ejemplo, en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, en que se dispone: *“Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”*. Este es un principio político y jurídico básico dentro de la lógica del Estado democrático, en el sentido de establecer una estructura estatal compuesta por órganos funcionalmente diferenciados e independientes entre sí, entre los que se distribuyen las distintas competencias y funciones públicas, con lo que se evita su concentración y se provoca así un equilibrio y control recíproco, de modo que sea el poder el que limite y controle al poder (Rodríguez, 2002, p. 21; Hernández, 1993, pp. 20 y 21). Se pretende garantizar un funcionamiento acotado, responsable y vigilado de los órganos de poder, en resguardo de los derechos de los individuos, particularmente aquellos estimados fundamentales (Valadés, 2000, pp. 514-523).

La Sala Constitucional, en su voto nro. **1994-04091**, sostuvo que:

Los artículos 9, 10, 121, 140, 152, de la Constitución, entre otros, claramente asignan funciones especializadas a diferentes órganos –

Poderes- del Gobierno, y han diseñado un complejo sistema de frenos y contrapesos como una garantía, la más importante si se quiere, de la libertad. Desde esta perspectiva, la separación de funciones, la fiscalización recíproca y la autolimitación de esos poderes, se yergue como un valladar de protección de los valores, principios y normas constitucionales en beneficio directo de todos los habitantes del país.

Luego, en el voto nro. **2006-07965**, expresó:

Modernamente, se sostiene que la separación de funciones, es tanto una técnica para debilitar el poder público, evitando su concentración en un solo ente u órgano, como también un medio para dividir y racionalizar el ejercicio del poder, haciéndolo más eficiente. Actualmente, se puede afirmar que como consecuencia directa de la íntima relación y coordinación entre los poderes ejecutivo y legislativo, el aludido principio ha asumido un carácter fundamentalmente organizativo, con el propósito de asegurar un desarrollo ordenado y coordinado de la actividad estatal. Esto es, constituye un medio organizativo en favor de los individuos o grupos sociales intermedios para evitar la concentración y exceso de poder de los partidos políticos mayoritarios que dominan transitoriamente los órganos estatales, razón por la cual la doctrina ha sostenido los conceptos de distinción y colaboración de poderes. De la vigencia del principio de separación de funciones en el Estado moderno pueden deducirse dos consecuencias jurídicas inmediatas y de gran trascendencia: a) La distinción material de las funciones; b) la atribución, normal y permanentemente, de una determinada función a un conjunto determinado de órganos constitucionales, lo que implica como corolario lógico la prohibición impuesta a los órganos estatales para delegar el ejercicio de sus funciones propias, o invadir la esfera de atribuciones que constitucionalmente le corresponde a otros órganos (artículos 9º, párrafo 2º, de la Constitución Política y 86 de la Ley General de la Administración Pública).

De manera más reciente, en el voto nro. **2011-017213**, la Sala agregó:

... la teoría de la separación de poderes aboga por el ejercicio de ciertas funciones específicas que le corresponden a cada rama de gobierno, con independencia de la otra, sin que se puedan sustituir total o parcialmente. Sin embargo, es fundamental entender que sobre la independencia de cada uno de los Poderes, en un plano superior, se

encuentra el Estado como un poder unitario y singular, lo que impone a cada uno de los Poderes la obligación de colaboración. En consecuencia, sería un contrasentido estimar que cada Poder actúa aisladamente del otro, con un amplio poder de acción que a su vez debía ser aislado de todos los demás, cuando el gran reto del Estado de Derecho es mantener coherente todo el sistema de atribuciones constitucionales, y operar con los principios de unidad y coordinación, de ahí que conviene entender el sistema constitucional de división de poderes como uno de separación de funciones, que muchas veces se tocan y se asisten, o se controlan y equilibran entre sí. En este sentido, no cabe la anulación de un Poder sobre el otro. Por ello no hay duda que el equilibrio es importante, como efectivamente lo ha sostenido esta Sala, la ausencia de división de funciones del Estado, alberga en sí mismo una violación a la libertad del individuo.

Según se deriva de los anteriores extractos jurisprudenciales, el principio de separación de funciones ha ido evolucionado, al reconocerse la exigencia que los distintos poderes colaboren y coordinen sus funciones entre sí; sin embargo, se mantiene el postulado básico de la necesaria distribución de competencias constitucionales entre distintos órganos, que se controlan y equilibran entre sí. Es en este contexto general que ha de insertarse y analizarse la función de control político que corresponde al órgano parlamentario.

3.- Parlamento y control político.

El Parlamento ocupa una posición trascendental en los Estados democráticos, en tanto constituye el órgano representante del pueblo. En este encuentran acomodo, así como cauces de expresión, participación e integración, las distintas opciones ideológicas y opiniones políticas existentes en el conjunto del cuerpo electoral. La Sala Constitucional ha señalado, por ejemplo, que la Asamblea Legislativa está:

... llamada a constituirse en el máximo órgano representativo del pueblo y de las diferentes fuerzas políticas, sociales y económicas que conforman el Estado (artículos 1 y 105 de la Constitución Política), de forma que en su seno se expresa la pluralidad de cosmovisiones, pensamientos e intereses que integran la sociedad costarricense. (voto nro. **2013-12014**)

Una de las funciones más importantes del Parlamento, como órgano de naturaleza representativa del pueblo, es la legislativa. Aunque en sus orígenes no era su función central, con el transcurso del tiempo fue adquiriendo mayor peso, al grado que se ha identificado al Parlamento con el órgano o poder legislativo (Berlín, 1995, p. 138). Lo anterior, con sustento en “*el principio de que sólo los representantes de la sociedad pueden vincular, a través de sus normas, a la sociedad entera*” (Biglino, 2001, p. 180).

Sin embargo, esta no es su única función. Cabe destacar el control político como otra de las funciones básicas del Parlamento. Incluso, existen autores -tanto nacionales como extranjeros- quienes afirman que dicha función ha adquirido una nueva dimensión, ante la dinámica que actualmente prima entre el Parlamento y el Ejecutivo –incluso, en el caso de los sistemas parlamentarios-, caracterizada por una pérdida de “*preeminencia*” del primero y un mayor “*protagonismo*” del segundo (García, 1991, pp. 115 y sigs.; Sánchez, 1995, pp. 223 y sigs.). Con ello se hace referencia al hecho que actualmente el Ejecutivo centraliza la dirección política del Estado y se constituye en el motor de la acción estatal. Lo que se debe, en gran medida, a las particularidades de las sociedades modernas, caracterizadas por su complejidad social y económica, así como por la vertiginosidad de los acontecimientos, lo que requiere de una respuesta estatal cada vez más eficiente (rápida y técnicamente acertada) ante las demandas crecientes de la sociedad, lo que opera a favor de la actuación del Ejecutivo en razón de su homogeneidad y mayores medios técnicos, materiales y humanos, y –en cambio- no armoniza “*con la clásica actividad parlamentaria de largos discursos y de enfrentamientos políticos.*” (Solís, 2000, p 66). Por lo que el Ejecutivo ha asumido el papel predominante en la decisión de la política estatal y en su instrumentación. Fenómeno que explica García (1991), en los siguientes términos:

La complejidad -política, económica y social- de las sociedades actuales obliga a que la adopción de las decisiones políticas y, todavía en mayor grado, su instrumentación se realice, en la mayoría de las ocasiones, tras complejos estudios en los que han de ponderarse complicados factores técnicos. Además, dichas decisiones han de adoptarse, con frecuencia, con rapidez. Todos estos elementos operan en contra de un órgano, como el Parlamento, compuesto por numerosos miembros, de carácter deliberante y no especializado, y actúan a favor del Ejecutivo, en el que se combina el principio de jerarquía, que facilita la adopción e instrumentación de las decisiones, con la posibilidad de contar con los elementos técnicos y humanos adecuados para la mejor valoración de los factores técnicos que concurren en cada caso. La necesidad que las sociedades actuales

presentan de sublimar el principio de eficacia favorece, por tanto, la concentración de la capacidad de decisión en un órgano de decisión política unitario y capaz de actuar con el máximo de eficacia y rapidez, que no puede ser otro que el Gobierno. El incremento de la intervención estatal en la vida económica y social, por otro lado, genera como consecuencia una presencia del Gobierno en las distintas esferas sociales que se incrementa paulatinamente, y que redundan en la sustracción al Parlamento de importantes parcelas de su tarea. (pp. 122 y 123)

A lo que se agrega una creciente intervención del Ejecutivo sobre la actividad legislativa del Parlamento, tanto respecto al inicio como al resultado final del procedimiento legislativo. Ello obedece, en primer lugar, al papel predominante que ha asumido el Ejecutivo en cuanto a la iniciativa legislativa. Y es que justamente su papel central en la dirección política del Estado le capacita sobre los demás órganos estatales para apreciar mejor las medidas legislativas cuya adopción resulta más urgente o importante, a lo que se añade la cada vez mayor complejidad técnica de las leyes, lo que exige, para su elaboración, un soporte pericial y unos recursos humanos, técnicos y de tiempo, de los que carece el Parlamento y sí posee el Ejecutivo. Finalmente, si la mayoría parlamentaria es afín al Gobierno, por pertenecer al mismo partido político, entonces el proyecto de ley seguramente prosperará a través de la línea de partido y la disciplina del voto (Canosa, 1990, pp. 145 y 146)¹. De allí, que se haya afirmado que la ley se ha convertido -en muchos casos- en uno de los instrumentos de que el Ejecutivo dispone para ejecutar su política², y la función legislativa ha devenido en una función de convalidación o supervisión respecto de los proyectos de ley presentados por el Gobierno (García, 1991, pp. 129 y 191).

1 Los partidos políticos se configuran actualmente como agrupaciones estables, claramente organizadas y dotadas de una notable disciplina interna. Esta realidad se refleja en la organización y funcionamiento del Parlamento, en el que los grupos o fracciones parlamentarias son clara proyección de los partidos políticos, que procuran abiertamente defender su programa político en el Parlamento e incidir de esta manera en la orientación política estatal. Dichas fracciones, mediante una actuación coordinada y organizada de sus miembros (los parlamentarios), pretenden hacer valer el programa y posición ideológica de su agrupación política. De esta manera, el parlamentario se apegue a la posición que sostiene la fracción parlamentaria a la que pertenece y vota de conformidad a lo dispuesto por la misma, lo que incluso responde a directrices emanadas de la cúpula del partido o del Ejecutivo, si el partido ha logrado llegar al Gobierno (García, 1991, p. 122).

2 En cuanto a la participación del Poder Ejecutivo en la producción de la ley formal, se puede ver el voto de la Sala Constitucional nro. **2006-6732**. En dicha sentencia se reconoció que *“la iniciativa gubernativa en la formación de la ley, constituye un acto político mediante el cual se plasma la voluntad, se manifiesta la orientación o dirección política del Gobierno y se verifica una colaboración de Poderes”*.

Se da así una nueva realidad, en la que el Ejecutivo tiene un papel predominante en la adopción, dirección e instrumentación de la política estatal. Se habla, incluso, de *“la primacía funcional que el poder ejecutivo ha adquirido en la última etapa evolutiva del Estado de Derecho”* (Canosa, 1990, p. 145).

Ahora bien, lo antes expuesto no puede interpretarse en el sentido que el Parlamento ha perdido importancia dentro del funcionamiento de un sistema democrático. Esta nueva dinámica entre los poderes públicos -caracterizada por el hecho que el Ejecutivo se ha constituido en la fuerza impulsora y directora de la actividad estatal-, lo que ha provocado es que se potencie y adquiera una nueva significación la función de control político que corresponde al Parlamento.

Como ya se indicó, dentro de la estructura estatal, el Parlamento es el máximo órgano representativo del pueblo y de las diferentes fuerzas políticas, sociales y económicas que conviven en el Estado, por lo que en su seno se expresa la pluralidad de cosmovisiones, pensamientos e intereses que integran toda sociedad moderna. Así, el Parlamento se presenta como la instancia idónea para que los distintos grupos parlamentarios puedan analizar, debatir y deliberar públicamente sobre la actuación del Gobierno, así como para que las diferentes fuerzas representadas en el Parlamento puedan exponer libremente su opinión, hacer valer su posición, defender sus intereses y fiscalizarse mutuamente. En tal escenario se ejerce el control político, con el propósito de examinar públicamente la actuación del Gobierno y así poder conocer las razones que la guían, someterla a posibles críticas y contrastarla con otras alternativas, en aras de fiscalizar e incidir en que el ejercicio del poder político y las competencias encomendadas al Ejecutivo se sujete a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, a la voluntad popular y a los principios de racionalidad, oportunidad, prudencia, corrección, probidad, acierto y eficiencia (Sánchez, 1995, pp. 230 a 255; Solís, 2000, pp. 113 a 120).

Debe destacarse, particularmente, el papel que corresponde a los grupos de oposición o minorías parlamentarias. Se ha aseverado:

Está claro que son las minorías las más interesadas en mostrar los defectos y las contradicciones de la política del Ejecutivo para conseguir mediante esta crítica que el electorado cambie de opinión en las siguientes elecciones y también que facilitarles dicha tarea repercute en el bien del sistema en su conjunto porque es necesario para el mismo que los que ostentan el poder vean limitado este por la continua supervisión de sus actividades por parte de grupos opositores. (Torres, 1998, pp. 24 y 25)

Pero, además, el control político no se dirige exclusivamente al Gobierno, sino que pueden ser objeto de control todas las administraciones públicas, así como la totalidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias. En este sentido se puede citar a Solís (1998), quien afirma:

Debe entenderse, por tanto, que el objeto controlado no sólo se circunscribe al Poder Ejecutivo, sino también a los otros poderes, órganos y entes públicos, así como a sus responsables. Esta amplia idea del control se encuentra respaldada en normas constitucionales y deriva del más elemental sentido de la responsabilidad. [...] El Parlamento no puede limitarse a ejercer control sobre el Poder Ejecutivo; pues, exactamente por las mismas razones de que él es controlable, también lo son todas las entidades públicas, por cuanto cumplir con el ordenamiento jurídico, la ética en el ejercicio de la función pública y la satisfacción de la orientación expresada por la voluntad popular constituyen los bienes tutelados por la función controladora de la Asamblea Legislativa. (p. 57)

En resumen, se puede sostener que:

El Parlamento es una institución básica de la democracia, en el que se produce la deliberación, indagación, vigilancia, control y decisión de los grandes temas que afectan a la sociedad. En esta institución cobra vida la representación política de la pluralidad de intereses y gustos que conforman la vida social, política, económica y cultural de todo Estado. [...] Mediante la dialéctica de la representación, el debate y la legitimación de las políticas públicas, el Poder Legislativo se ha convertido, quizás, en el más importante factor de integración política y social de la diversidad y la pluralidad que subyace en el seno de la sociedad. [...] Gracias a este carácter representativo e integrador, la Asamblea Legislativa posee la facultad de controlar, desde el ámbito ético, político, y jurídico, que las actividades del Poder Ejecutivo, los demás órganos y entes públicos y las de sus titulares reflejen los intereses y aspiraciones de la voluntad popular. (Solís, 2000, pp. 62 y 63)

4.- La función de control político de la Asamblea Legislativa.

Lo previamente indicado permite comprender el papel nuclear de la Asamblea Legislativa dentro del sistema democrático constitucional costarricense,

en razón de su función de control político sobre el ejercicio del poder por parte de los demás entes u órganos públicos y sus titulares. La Sala Constitucional ha indicado que el control político:

... se concibe como un instrumento indispensable y de ‘uso cotidiano’ de los diputados. Consiste, en último término, en la verificación y formación de un juicio por parte del órgano legislativo respecto de las actuaciones de los Poderes Públicos y funcionarios públicos que los integran, en relación con los parámetros constitucionales, legales y políticos que deben enmarcar su actuación. El control político que ejerce la Asamblea Legislativa, se ejerce no sólo respecto del Poder Ejecutivo, sino en general, sobre todos los órganos e instancias públicas. Esta labor tiene como objetivo primordial, tutelar el ejercicio de la soberanía popular, por quien está constitucionalmente reconocido, como su principal agente de tutela; de esta manera sirve de garantía de la democracia, al servir de foro de publicidad en la actividad de los Poderes Públicos, con el fin de que el pueblo -titular de la soberanía- pueda reconocer las actuaciones de tales Poderes y su justificación. (sentencia nro. **2005-13897**)

Respecto a su principal fundamento normativo, debe citarse, en primer lugar, el artículo 2 de la Constitución Política, en tanto establece que la soberanía reside exclusivamente en la Nación, pues, cuando “*la Asamblea Legislativa vigila, fiscaliza y controla el ejercicio del poder político, lo hace a nombre y en representación del pueblo*” (Solís, 2000, p. 80). También debe citarse el ordinal 9 constitucional, que consagra el principio de separación de funciones –el control político es parte del mencionado sistema de frenos y contrapesos previsto para limitar y fiscalizar el ejercicio del poder- y el principio de responsabilidad –en procura que los funcionarios públicos respondan por la honestidad, corrección y eficiencia en el ejercicio de sus funciones-. Asimismo, el numeral 11 constitucional recoge los principios de legalidad –que supone la vinculación y sometimiento de todas las autoridades públicas al ordenamiento jurídico- y rendición de cuentas –por ende, los funcionarios públicos deben responder por el debido cumplimiento de sus funciones y su sometimiento al ordenamiento jurídico-. Finalmente, en el texto constitucional se prevén un conjunto de mecanismos específicos encaminados a realizar dicho control político. Entre tales instrumentos cabe mencionar:

- Las comisiones especiales de investigación (artículo 121, inciso 23).
- Las interpelaciones y la censura a los Ministros de Gobierno (artículo 121, inciso 24).
- El control de las memorias de los Ministros de Gobierno (artículo 144).

- La obligación de los Ministros de Gobierno de comparecer ante la Asamblea Legislativa (artículo 145).

En cuanto al contenido y alcances del referido control político, Alex Solís asevera que, en un sentido amplio, tal control lo ejerce la Asamblea Legislativa como Poder de la República, cuando le corresponde, formalmente, tomar alguna decisión o cumplir con algún acto constitucional tendiente a la supervisión y fiscalización de los otros poderes, entes y órganos públicos, así como de sus titulares; además, los diputados, en su condición individual, también están facultados para el ejercicio de esa función, pues la simple iniciativa para interpelar o dar un voto de censura a un ministro, pedir un informe a alguna institución pública o enviar una carta a un funcionario público, son actos de control político, en el tanto, pueden producir – desde un punto de vista práctico- los efectos de sujetar y limitar a los gobernantes a los mandatos del ordenamiento jurídico, los principios éticos y la voluntad popular (2000, pp. 94 y 95).

5.- Análisis jurisprudencial: las comisiones legislativas especiales de investigación en la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

Un instrumento particularmente relevante, para el ejercicio del control político, lo constituyen las comisiones especiales de investigación previstas en el artículo 121, inciso 23, de la Constitución Política, en que se establece la posibilidad que la Asamblea Legislativa nombre comisiones “*de su seno para que investigue cualquier asunto que la Asamblea les encomiende, y rindan el informe correspondiente*”.

Según expone la doctrina nacional (Hernández, 1998, p. 348; Solís, 1998, p. 122 a 124), tales comisiones se caracterizan por ser instrumentos ocasionales y temporales, que nacen con un fin claramente determinado y delimitado en la moción que les da origen, como lo es realizar investigaciones sobre asuntos específicos que les encomiende la Asamblea Legislativa y rendir el informe correspondiente. Para tales efectos, disponen de un conjunto de facultades extraordinarias de carácter constitucional, a saber: (a) tienen libre acceso a todas las dependencias oficiales para realizar las investigaciones y recabar los datos que juzguen necesarios y (b) pueden recibir todo tipo de pruebas y pueden hacer comparecer ante sí a cualquier persona, con el objeto de interrogarla.

En las próximas páginas, se analizará en detalle el funcionamiento de las comisiones legislativas especiales de investigación, sus atribuciones y límites. Todo lo anterior, a la luz de la jurisprudencia de la Sala Constitucional³.

5.1.- ¿Por qué las funciones de control político son exclusivas de la Asamblea Legislativa? Estrecha relación entre función parlamentaria con la de control o fiscalización política.

La Sala Constitucional ha destacado que las funciones de control político son exclusivas a la Asamblea Legislativa, justamente, por su carácter de máximo órgano representativo del pueblo y de las diferentes fuerzas políticas, sociales y económicas que conforman el Estado. Ha indicado, al efecto, que, cuando la Asamblea Legislativa realiza su función de control político, realiza *“actos que le competen en forma exclusiva en su carácter de órgano político”* (voto nro. **1999-6663**). También ha manifestado que *“[s]iendo el Parlamento el órgano representante de la soberanía nacional, velar por el buen rumbo de la función pública no sólo le es posible, sino incluso constituye para él un deber ineludible, derivado de su naturaleza de órgano representativo”* (sentencia nro. **2000-7215**).

En cuanto a la posibilidad de nombrar comisiones de investigación, esta responde a una función consustancial al Parlamento como órgano plural y exponente máximo del principio democrático. De la sentencia de la Sala Constitucional nro. **2017-15202** se derivan varias conclusiones que, a su vez, se desprenden del análisis de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente. Sobre el particular, se dispuso lo siguiente:

Un punto de partida para comprender el origen de las comisiones se encuentra en las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, cuando se discutió la moción tendente a posibilitar su creación: ‘El Diputado

3 Máxime que la Sala Constitucional ha reconocido que en muchas de las cuestiones prácticas relacionadas con el funcionamiento y las atribuciones de las comisiones de investigación corresponden ser definidas por la propia jurisprudencia constitucional, pues se ha realizado un escaso desarrollo normativo de sus competencias. En el voto nro. **1999-592** se señaló: *“No obstante que la potestad de autorregulación de la Asamblea le permitiría desarrollar y completar –en el plano normativo- el régimen jurídico de esta clase de comisiones, lo cierto es que escasamente ha hecho uso de esa potestad, y solo para disponer acerca de la integración, el quórum, el horario de trabajo y el plazo de las comisiones. En consecuencia, las restantes cuestiones que suscita el inciso 23, seguramente las más importantes, se dirimen en la práctica, o inevitablemente han de ser pautadas mediante los fallos de este Tribunal.”*

FOURNIER explicó los alcances de la moción anterior. Dijo que el sistema de comisiones no era nada nuevo en los cuerpos legislativos de Costa Rica. Sin embargo, el propósito que persigue la moción es darles en el futuro mayor vitalidad e importancia. Es necesario que las comisiones parlamentarias se interesen por los problemas nacionales, lo que dará mayores oportunidades a la democracia costarricense. El señor CHACON JINESTA declaró que no votaría la moción, por cuanto el asunto de Comisiones debe quedar al arbitrio del Reglamento interior de la propia Asamblea y no consignarse como precepto constitucional. El Representante ZELEDON dijo que la votaría, pues se tiende a que las futuras Asambleas se interesen más por los problemas de la vida nacional. Sometida a votación, fue aprobada.' (Acta N° 68 de la sesión celebrada por la Asamblea Nacional Constituyente a las 14:30 horas del 16 de mayo de 1949). Se deben rescatar dos puntos de esta cita. El primero se relaciona con las competencias de las comisiones: ellas deben abocarse al conocimiento de "problemas de la vida nacional" o "problemas nacionales". Se resalta la amplitud de estas competencias, que congruentemente quedaron plasmadas en el inciso 23) del artículo 121 de la Constitución Política. Las comisiones pueden investigar "cualquier asunto" que les encomienden; "tendrán libre acceso a todas las dependencias oficiales"; podrán "...recibir toda clase de pruebas y hacer comparecer ante sí a cualquier persona, con el objeto de interrogarla." El segundo se refiere a su legitimación. Las comisiones legislativas son expresión del principio democrático. Ellas están conformadas por los representantes del pueblo, libremente electos. Las comisiones son un medio para que estos representantes se interesen y atiendan asuntos de interés tanto para la vida nacional como para los electores. Así, los representantes parlamentarios se convierten en un medio a través del cual los ciudadanos pueden cuestionar e investigar "problemas nacionales", situaciones que han incidido en la ciudadanía como un todo.

Incluso, la Sala Constitucional, desde sus inicios, resaltó que la función de control político encomendada al Parlamento le es tan esencial como la labor legislativa. Al punto que, aunque no estuviera expresamente establecida, la atribución de nombrar comisiones de investigación se debe entender como implícitamente prevista para el desempeño de las atribuciones que le son propias (votos nros. **1991-1618** y **1993-3464**).

Ahora bien, nuestro Tribunal Constitucional, en relación con el control político, ha sido enfático en que las comisiones de investigación son un instrumento

valiosísimo para el desempeño de esta función consustancial al órgano legislativo, pero la tarea final decisoria solo puede ser ejercida por el Plenario, no solo por disponerlo así la Constitución Política, sino por cuanto es en él donde todas las tendencias políticas, mayoritarias y minoritarias, están representadas, lo que permite el cumplimiento del principio democrático. Entonces, debe recordarse que la función que realizan las comisiones lo es de mero órgano instructor, pues su labor se circunscribe a investigar y elaborar un informe, respecto a una relación de las actuaciones verificadas durante la indagación, junto con las conclusiones y recomendaciones. En este sentido, los informes rendidos por las comisiones carecen de fuerza obligatoria para los demás órganos públicos, de manera que las recomendaciones y conclusiones a las que allí se arriben no son vinculantes ni exigibles u oponibles, incluso para la Asamblea Legislativa propiamente dicha, órgano que tiene la última palabra respecto al control político. Se ha afirmado, de manera reiterada, que:

... es el pueblo, a través de sus representantes, el que va a determinar en el Plenario Legislativo, si encuentra o no reprochables determinados hechos y si determinadas personas, relacionadas con esos hechos, merecen una reprobación moral o política, sin perjuicio de la obligación que todo ciudadano tiene de denunciar, ante el Ministerio Público, hechos que constituyan delito, en caso de que no estuvieren siendo ya juzgados. (sentencia nro. **1997-1898**)

Por lo demás, respecto al motivo por el cual la función de control político debe residenciarse en el seno de la Asamblea Legislativa, a través de las comisiones investigadoras, y no, por ejemplo, en el Poder Ejecutivo, la Sala ha realizado las siguientes reflexiones:

De esta forma, el fundamento jurídico de estas comisiones especiales se encuentra en el artículo 121, inciso 23) de la Constitución Política, permitiendo a éstas, investigar sobre cualquier hecho que les encomiende el plenario, lo que las constituye en verdaderos auxiliares del control político, el cual, está encomendado, en forma exclusiva, a éste. (...) Debe recordarse, que el constituyente encomendó esta labor a la Asamblea, y no al Consejo de Gobierno, ya que el primero es el órgano político y representativo por excelencia, características esenciales para un correcto y eficaz ejercicio de aquella atribución. (Sentencia nro. **1999-4562**)

En las resoluciones nros. **1953, 1954, 1955 y 1956**, todas de **1997**, la Sala fue, incluso, mucho más enfática en el sentido que el Poder Ejecutivo no puede

interferir o arrogarse competencias de control político, dado que esta función es exclusiva de la Asamblea Legislativa, destacando de tal órgano las características de la publicidad, el pluripartidismo y la representatividad.

Lo que fue reiterado en la sentencia nro. **1999-592**, en que la Sala destacó que los trabajos legislativos en que se materializan estos procesos de control político, salvo algunas razonables zonas de reserva, se atienen al principio de publicidad, tan valioso para el desarrollo del sistema democrático. De hecho, la Sala destacó la existencia de una relación fundamental entre el carácter público de los trabajos legislativos y el control político, a saber:

... las deliberaciones o debates públicos permiten transmitir a la colectividad las informaciones recabadas con motivo de las encuestas, de manera que la opinión pública tenga acceso a los motivos de las actuaciones, omisiones y decisiones que constituyen el objeto de la investigación, circunstancias y hechos que de otro modo pueden permanecer velados y por ende vedados a la vista y al juicio del público.

Finalmente, en la sentencia nro. **2009-11096**, la Sala enfatizó que el pluralismo político que por naturaleza caracteriza al órgano legislativo, debe reflejarse, paralelamente, en la integración de las comisiones especiales. Lo que resultaría más necesario tratándose de comisiones legislativas de control político, donde no es lógico que esté conformada, por ejemplo, íntegramente, con miembros del partido de gobierno o viceversa, porque se tendería a torcer el sentido de la investigación, ya sea para beneficiar o perjudicar según los intereses partidarios y no procurar y equilibrar una investigación seria de cara al público y la ciudadanía.

5.2.- Los objetivos de las comisiones de investigación.

En términos generales, la Sala Constitucional ha referido que la potestad de investigación legislativa tiene como finalidad general servir de instrumento a la Asamblea para que ejerza de forma más eficaz las funciones que la propia Constitución le ha otorgado –entre ellas, el control político– cuando, para esto, se requiere investigar un “*determinado asunto*”. Si bien el texto constitucional no indica expresamente cuál es el contenido y el propósito del control político, lo cierto es que la Sala ha resaltado que su objetivo primordial es la investigación de asuntos, actividades o negocios de interés público con el fin de:

a) velar por el buen rumbo de la función pública y el correcto uso de los fondos públicos, y fiscalizar si las acciones del Poder Ejecutivo y de otros órganos u entes públicos, incluso el Poder Judicial, así como de sus funcionarios, se adecuan al ordenamiento jurídico y al respeto por los valores éticos que rigen su funcionamiento;

b) exponer ante la opinión pública hechos que puedan resultar políticamente reprochables –aun cuando no pudieran ser jurídicamente sancionables-, para que la población conozca determinadas situaciones de interés general, o ciertas actuaciones de servidores públicos que podrían calificarse lesivas para los intereses públicos y el ordenamiento jurídico;

c) legislar en aras de suplir determinados vacíos jurídicos o regular actividades indebidas –en sentido amplio-;

d) denunciar ante las instancias competentes, si de su investigación resultare la posibilidad que se hubiese cometido un delito o una falta disciplinaria y;

e) realizar investigaciones concretas sobre las necesidades específicas y carencias de determinadas zonas territoriales de nuestro país.

En la sentencia nro. **1997-1898** la Sala enfatizó que *“la labor de una Comisión Investigadora, va dirigida a formar opinión pública, a través del debate nacional de un determinado asunto, a fin de que se conozcan hechos que, de otra forma, podrían permanecer ocultos y en los que están comprometidos, de una u otra forma, intereses públicos”*. En las sentencias nros. **1953, 1954, 1955 y 1956**, todas de **1997**, así como en la nro. **1998-6381**, la Sala destacó los objetivos de las comisiones de investigación en el siguiente sentido:

... debe tenerse presente que las Comisiones de Investigación son una garantía constitucional (razón por la que se encuentran establecidas a nivel de la Constitución Política), a fin de que sirvan de instrumento a la Asamblea Legislativa para que pueda ejercer el control político sobre las actuaciones de los poderes institucionales entre sí -sin convertirse en un contralor de los otros Poderes del Estado, con respecto al ejercicio de sus competencias exclusivas, sino de ciertas actuaciones que puedan considerarse política o moralmente reprochables- y del poder político en general, en beneficio de la Nación misma, en la cual reside la Soberanía (artículo 2 constitucional), en el tanto la labor de la Comisión implica un desarrollo de una función de información, desde y hacia el pueblo, de lo que ocurre en la vida

política. Entonces, esas Comisiones no sólo tienen una naturaleza jurídico-parlamentaria, sino también una jurídico-constitucional, al constituir una garantía jurídica frente a los abusos del poder o frente a los riesgos propios del poder político. (...) Son órganos de carácter político -no judicial- cuya actividad principal consiste en la recolección de información, de la cual, por sí sola, no se derivan consecuencias jurídicas de ningún tipo para los servidores públicos o los particulares. Las Comisiones no juzgan ni imponen sanciones desde el punto de vista jurídico -aún cuando, en el respectivo dictamen, hagan determinadas recomendaciones-, sino que su función va encaminada a formar y alimentar a la opinión pública sobre asuntos de interés general, e informar al Plenario sobre el resultado de la investigación, para que la Asamblea Legislativa pueda cumplir con la función de control político y social, no jurídico ni jurisdiccional, que la propia Constitución le encomienda.

Asimismo, en la sentencia nro. **2005-13897**, se explica en qué consiste la labor de las comisiones de investigación, concibiéndolas como:

... un conjunto de operaciones que culminan con la redacción o preparación de una o más relaciones por parte de la Comisión Investigadora, cuya finalidad precisamente es el control de la forma en que el gobierno, y en general la Administración Pública, desarrollan su cometido. Es el único instrumento que permite a los Parlamentarios una adquisición directa de información, acerca del funcionamiento de los demás entes públicos; por cuanto están dotadas de una serie de facultades especiales, como medio necesario para llevar a cabo su labor.

La Sala ha resaltado que más allá de imponer sanciones o emitir recomendaciones, el objetivo primordial de las comisiones de investigación es generar publicidad y debate respecto a conductas de las autoridades públicas que pueden o podrían estar afectando los intereses públicos en sentido amplio (voto nro. **2010-13437**). La Sala también ha puntualizado que el propósito es investigar "*estado de cosas*", no así personas en lo particular, enfatizándose que "*las comisiones son órganos impulsados por móviles políticos, están al servicio de finalidades políticas*" (sentencia nro. **1999-592**; ver, además, sentencias de **1997**, nros. **1953, 1954, 1955 y 1956**). Lo anterior, para diferenciar los objetivos de las comisiones de investigación, respecto de otros órganos ya sea de tipo disciplinario o jurisdiccional que procuren sancionar las conductas objeto de discusión.

Es preciso puntualizar que las comisiones son un instrumento del Plenario, el cual, como se ha dicho, es el órgano autorizado para emitir un juicio final, por lo que, en términos generales, las comisiones tienen un propósito indagatorio y preparatorio (ver sentencias de **1997**, nros. **1898**, **1953**, **1954**, **1955** y **1956**). Así, la principal función de tales comisiones es la investigación y recolección de información, para formar y alimentar a la opinión pública sobre asuntos de interés general, e informar al Plenario para que dicho órgano elabore un criterio parlamentario sobre el asunto en conocimiento de la comisión y adopte la respectiva determinación, en ejercicio de sus competencias de control político.

En otro orden de ideas, se debe destacar que, por las características que se han venido señalando, las investigaciones y eventuales recomendaciones de las comisiones de investigación tienen carácter político y no jurídico. Concretamente, la Sala ha afirmado que uno de los propósitos principales de este tipo de labores de control político se plasma en la repercusión política y presión social que se pueda generar. En la sentencia nro. **1998-3967** la Sala realizó las siguientes consideraciones:

Han expresado estos precedentes que la función que realizan las Comisiones es de naturaleza esencialmente política, por lo que sus recomendaciones tienen esa naturaleza y no constituyen sanciones de tipo jurídico. Por tal razón, el ejercicio del control se produce de conformidad con criterios de oportunidad política, libremente valorados por la Asamblea Legislativa, ajenos a las consideraciones jurídicas y por ello las recomendaciones de las comisiones investigadoras carecen de efectos vinculantes para los demás órganos del Estado, por lo que se considera que los efectos del control parlamentario se dan en el ámbito de la repercusión pública, la presión social, la sanción moral y la desaprobación política. En consecuencia, se ha aceptado que la medida sancionatoria o correctiva recomendada por una comisión investigadora es de carácter, moral, social y político.

Dado que los objetivos de las comisiones de investigación son de naturaleza política y no de índole sancionatoria, la Sala Constitucional ha resaltado que el tramitar una investigación de control político, mientras que, paralelamente, se realiza un procedimiento disciplinario, no vulnera el principio de *non bis in ídem* (voto nro. **2000-7215**).

Finalmente, es necesario reiterar que uno de los propósitos esenciales de la labor de control político es denunciar ante el Ministerio Público en caso que se

considere que determinada conducta implica una lesión a algún bien jurídico tutelado por la normativa penal (ver sentencias nros. **1991-441**, **1993-3464**, **1997-1898** y **2008-7689**).

5.3.- Las atribuciones de las comisiones de investigación.

Según se expuso, la propia Constitución Política dota de amplias facultades a las comisiones de investigación para el ejercicio de su función, de conformidad con lo establecido en su artículo 121, inciso 23, de manera tal que los diputados miembros de las comisiones tienen libre acceso a todas las dependencias oficiales para realizar las investigaciones y recabar los datos que juzguen necesarios. También pueden recibir toda clase de pruebas y hacer comparecer ante sí a cualquier persona, con el objeto de interrogarla. Incluso, pueden conducirla por medio de la Fuerza Pública, si el sujeto citado no se presenta voluntariamente (ver votos nros. **2005-13897** y **2005-17211**).

La Sala ha manifestado que estas facultades otorgadas constitucionalmente a las comisiones de investigación van encaminadas a allanar su camino, pues, con esto, se les dota de un poder de investigación sumamente amplio, a fin de evitar que su labor se vea obstaculizada. Esta potestad de investigación está íntimamente relacionada con la naturaleza misma de las comisiones de investigación, la que, dada la multiplicidad de objetos y funciones que cumplen esos órganos, es versátil, en el tanto cumplen diversas finalidades, en diferentes campos. Se ha afirmado que *“si bien son órganos auxiliares de la Asamblea y están subordinadas al Plenario, su labor es diversa; así pueden constituirse en medios eficaces para que la Asamblea Legislativa ejerza el control del poder político en general”* (sentencias nros. **1953**, **1954**, **1955** y **1956**, todas de **1997**).

En relación con el libre acceso a todas las dependencias oficiales para realizar las investigaciones y recabar los datos que juzguen necesarios, en sentencia nro. **1991-441**, la Sala afirmó lo siguiente:

IV. La Sala entiende que, constitucionalmente, las comisiones investigativas tienen o deben tener el más amplio acceso a las dependencias oficiales de cualquier Poder o institución pública, para recabar información y pruebas que consideren necesarias, quedando a salvo los secretos de Estado debidamente declarados así, los asuntos diplomáticos y militares en trámite. Igual puede decirse de los documentos privados que tienen protección especial de la Constitución.

Lo que fue reforzado en la sentencia nro. **2003-2120** en la que la Sala indicó que las comisiones legislativas gozan de un “*acceso institucional privilegiado a la información administrativa*” para el ejercicio del control político que deriva de la propia Constitución Política. Sobre la información privilegiada, más específicamente, en la sentencia nro. **2008-7689** se analizaron las disposiciones de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, considerándose –en lo conducente- que:

... la autorización que hace el legislador a las Comisiones Legislativas de Investigación para que tengan acceso a las declaraciones juradas de los funcionarios públicos respecto a su situación patrimonial, no solo encuentran sustento en el mismo texto constitucional, sino que hay una necesidad imperiosa de detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública. Por lo expuesto, contrario a lo alegado por los recurrentes, la normativa aquí citada no tiene roces con la Constitución Política, propiamente que pueda comprometer el derecho a la intimidad.

5.4.- Los límites al ejercicio del control político.

En la sentencia nro. **1999-592**, la Sala realizó una muy importante valoración en relación al funcionamiento de las comisiones, al afirmar que:

... el primer párrafo del inciso 23 da cuenta de la finalidad instrumental que tienen las comisiones de investigación. Son órganos de la Asamblea, subordinados a ella, que les fija el asunto concreto que en cada caso han de investigar para que, en definitiva, la Asamblea despliegue alguna de sus competencias propias”. (...) El primer párrafo del artículo 23 citado prescribe, también, que la Asamblea Legislativa podrá nombrar estas comisiones para que investiguen “cualquier asunto” que aquella les encomiende. Esta última expresión no es objeto de ulterior desarrollo normativo, lo que, desde luego, da una potestad en apariencia ilimitada a la Asamblea Legislativa para fijar el cometido de las comisiones de investigación. Pero solo en apariencia: los límites han de encontrarse en la misma Constitución, que si es un orden de potestades también lo es de límites al ejercicio de estas.

En cuanto al citado artículo 121, inciso 23, de la Constitución Política, la Sala también ha señalado que “*las funciones y poder investigativo de las Comisiones de*

*Investigación son sumamente amplios. Pero esa amplitud con que la Constitución Política regula esas Comisiones no debe llamar a error, pues no se trata de una norma aislada, sino que ha de analizarse en relación con las demás normas constitucionales, de las cuales se derivan ciertas limitaciones a dichas facultades” (voto nro. **1997-1953**; en este mismo sentido, sentencias nros. **1954**, **1955** y **1956**, también de **1997**).*

Así, no obstante, las amplias atribuciones de la Asamblea Legislativa y de las comisiones investigadoras, el ejercicio del control político está limitado por normas y principios constitucionales, desentrañados por la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Los que se pueden exponer de la siguiente forma:

- La Asamblea Legislativa y las comisiones de investigación solo pueden investigar hechos o situaciones que se estiman de interés público, a las que pueden estar ligadas ciertas conductas de funcionarios públicos, políticos e instituciones públicas. Por ende, no pueden indagar a los particulares en sus actividades privadas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 24 y 28 de la Constitución Política (sentencias nros. **1991-1618**, **1993-3464**, **1997-1953**, **1997-1954**, **1997-1955**, **1997-1956** y **2005-13897**).
- Concretamente las comisiones de investigación deben estar limitadas por el mandato fijado por la Asamblea Legislativa. En las sentencias nros. **1953**, **1954**, **1955** y **1956**, todas de **1997**, la Sala consideró que *“su labor está constreñida al mandato de investigación que, en su momento, les haya dado el Plenario Legislativo. (...) Esas Comisiones tienen un carácter ad hoc, dado que son constituidas para investigar un asunto concreto que les encomiende la Asamblea”*. Asimismo, en la sentencia nro. **1998-6802**, la Sala enfatizó que es la Asamblea Legislativa la que fija el mandato y la que, paralelamente, debe fiscalizar su debido cumplimiento (criterio reiterado en votos nros. **2017-15202** y **2017-15231**).
- Las comisiones de investigación, así como están sometidas al mandato del Plenario Legislativo, también están ceñidas a un plazo. La Sala Constitucional ha indicado que, a partir del principio de seguridad jurídica, resulta razonable la norma del Reglamento de la Asamblea Legislativa que fija un plazo al funcionamiento de las comisiones parlamentarias⁴. El período para

⁴ El artículo 95 del Reglamento de la Asamblea Legislativa ordena que *“Al nombrar la Comisión se le fijará el término para rendir el dictamen; pero dicho término podrá ser prorrogado a solicitud de la Comisión. Cuando se designe una Comisión Especial, la Asamblea podrá encargar al Presidente el nombramiento de los diputados que la integren”*.

investigar y rendir el dictamen correspondiente debe estar sujeto a un término para que su mandato y potestades no se prorroguen indefinidamente (sentencia nro. **2002-6054**).

- El mandato debe ser ejercido con responsabilidad. En la sentencia nro. **1997-1898**, la Sala consideró que el ejercicio del control político puede implicar graves consecuencias sociales y políticas para las personas, por lo que dicha función debe ser ejercida en forma responsable y seria por parte de los Diputados. Es decir, con abstracción de las preferencias políticas de cada uno, ya que solo así la labor de la Asamblea Legislativa encontrará credibilidad ante la opinión pública. Se indica, incluso, que se espera de la Asamblea un recto ejercicio de tal función, pues su abuso o simplemente su torcido ejercicio, puede revertir en una desvalorización política para la misma Asamblea o para algún sector de ella (sentencias nros. **1991-1322** y **2008-7689**).
- Otro límite en el funcionamiento de estas comisiones se refiere a su integración y a la conformación de las mismas conforme al principio democrático y el pluralismo político (sentencia nro. **2015-012497**).
- Si bien, como se apuntó *supra*, la Asamblea Legislativa en ejercicio de sus competencias de control político tiene amplias potestades de acceso a la información, su requerimiento debe realizarse a través de los mecanismos formales y como órgano constituido. No por el Diputado individualmente, para quien sí puede haber reserva de confidencialidad (sentencia nro. **1991-441**).
- Ni la Asamblea Legislativa ni las comisiones de investigación tienen competencia para imponer sanciones jurídicas, ya sea penales, administrativas o de cualquier índole (p. ej. llamadas de atención o apercibimientos, como sanción formal). En consecuencia, la Asamblea está facultada, únicamente, para exponer a la consideración de la opinión pública las actuaciones de funcionarios que se consideren reprochables y, en este sentido, emitir juicios de carácter político (sentencias nros. **1953**, **1954**, **1955** y **1956**, todas de **1997**, **1999-1556** y **2000-7215**).
- La Sala ha dispuesto que los principios de publicidad y transparencia deben regir el quehacer legislativo, tanto en el procedimiento de formación de las leyes, como en el ejercicio de la función constitucional de control político, dado que, no es posible distinguir donde la norma constitucional no lo hace (sentencia nro. **2019-18932**).

- La labor de control político debe ejercerse dentro del principio de separación de poderes, por lo que un límite objetivo de la investigación legislativa, lo constituye la propia competencia constitucional; es decir, no puede ejercer funciones propias de otros Poderes, no puede conocer de los secretos de Estado, de los asuntos que se encuentren en tramitación con carácter diplomático, ni tampoco de los que se refieran a operaciones militares pendientes (sentencias nros. **1991-441** y **2005-13897**).
- En consonancia con lo anterior, no pueden entorpecer las funciones jurisdiccionales, pues, si bien la Asamblea Legislativa y las comisiones de investigación tienen amplias facultades de investigación, no pueden entenderse para sustituir, invadir u obstaculizar, total o parcialmente, las funciones jurisdiccionales de los Tribunales de Justicia (sentencias nros. **1991-1618**, **1993-3464**, **1999-592** y **2005-13897**). Incluso, la Sala Constitucional ha estimado que es inconstitucional avocarse el conocimiento de causas que están pendientes de conocimiento en las instancias jurisdiccionales, por violentar el principio de división de poderes y el principio de independencia del juez. Tampoco deben entorpecer o substraer las funciones jurisdiccionales (votos nros. **1997-1953**, **1997-1954**, **1997-1955** y **1997-1956**). En esta tesitura, la Sala ha sostenido que el artículo 155 de la Constitución Política veda la posibilidad que las mencionadas comisiones, cuya investigación carece de naturaleza jurisdiccional, soliciten *ad effectum videndi* expedientes judiciales, o bien, copias certificadas de los mismos, lo que incluso, infringiría también el derecho a la intimidad, al honor, a una justicia pronta y cumplida, al acceso a la justicia, a la defensa y al principio de inocencia, en perjuicio de las partes en el proceso (sentencia nro. **2003-3749**)⁵.

5 Posteriormente, en la resolución nro. **2017-15202**, al analizar las competencias de las comisiones legislativas señaló que se pueden examinar todos los asuntos que sean de interés nacional en atención al principio democrático, aclarando sobre el particular que *“Ciertamente, las facultades y competencias de las comisiones legislativas no son ilimitadas, sino que están sujetas a las restricciones que se derivan de una interpretación armoniosa del ordenamiento jurídico. En efecto, una comisión legislativa no puede arrogarse el conocimiento de una causa judicial, ni entorpecerla o interferir indebidamente en ella. Empero, ello no significa que la Asamblea Legislativa esté obligada a permanecer del todo ajena a asuntos que estén siendo conocidos por el Poder Judicial (...) En el contexto señalado debe ser comprendida la actuación de las comisiones legislativas investigadoras y la inexigibilidad constitucional de que sean objetivas e imparciales: se trata de órganos de carácter político, no judicial, cuya actividad es meramente instrumental y encaminada a la recolección de información, de la cual, por sí sola, no se derivan consecuencias jurídicas de ningún tipo para las personas que declaran ante ellas. Por esto mismo, no se invaden atribuciones jurisdiccionales, pues no impone sanciones penales o administrativas, sino que realiza actos que le competen en forma exclusiva en su carácter de órgano político. Aun más, el interés de una comisión parlamentaria por un tema de relevancia nacional que se estuviere conociendo en los Tribunales, no se traduce de manera inexorable en una intromisión en la Administración de Justicia. Por el contrario, independientemente de que el Poder Judicial desarrolle una*

- El ejercicio del control no puede implicar la investigación a otros Poderes en las funciones que le son exclusivas e intrínsecas. En cuanto a este tema, la Sala resolvió que la Asamblea no es un contralor de los actos realizados por los otros Poderes, en el ejercicio de su exclusiva competencia constitucional y, por ende, no sería constitucionalmente posible constituir una comisión de investigación para revisar la forma en que el Poder Judicial ejerce la función jurisdiccional, o se ha dado su organización interna, pues esto es competencia exclusiva de este Poder del Estado, respecto de lo cual ningún control puede ejercer la Asamblea Legislativa (sentencias nros. **1997-1953**, **1997-1954**, **1997-1955**, **1997-1956** y **1998-7408**). En el año 2015, la mayoría de la Sala declaró con lugar un recurso de amparo planteado por el Fiscal General de la República al entender que la comisión de investigación había excedido sus competencias y había afectado la independencia del Poder Judicial, concretamente, del Ministerio Público (sentencia nro. **2015-3728**).
- El ejercicio del control político no puede invadir la independencia de otros órganos u entes públicos o privados. En este sentido, la Sala ha estimado que es contrario al Derecho de la Constitución el que la Asamblea Legislativa recomiende a un partido político que tramite un procedimiento sancionatorio contra un particular para cancelarle su condición de militante, no solo porque incide seriamente en la esfera de los derechos políticos de esa persona, sino porque lesiona la libertad de acción que se le garantiza a los partidos políticos con sustento en lo dispuesto en el artículo 98 de la Constitución Política (sentencias nros. **1999-5367** y **2001-1885**).
- Otro límite de las comisiones de investigación y, propiamente, de la Asamblea Legislativa, lo constituye el respeto de los derechos fundamentales de las personas sometidas a investigación. La Sala ha indicado que el ejercicio de las potestades de investigación y fiscalización legislativa debe fortalecer, no debilitar los derechos y libertades fundamentales de todos los habitantes de la República; derechos y libertades que les pertenecen a toda persona, por su intrínseca dignidad que le es propia por su sola condición de ser humano, sin

investigación judicial o no, el Poder Legislativo está facultado para realizar una investigación de tipo político incluso en un asunto pendiente de resolución judicial, siempre que ello se efectúe en una forma que respete la independencia judicial, dado que se trata de ámbitos totalmente distintos.” Criterio reiterado en las sentencias nros. **2017- 15231** y **2017-19458**.

discriminación alguna (sentencias nros. **1991-1618** y **2005-13897**)⁶. Asimismo, la Sala ha enfatizado que en el trámite de la investigación no es obligatorio observar plenamente las garantías del debido proceso, en sentido estricto, pero sí respetarse, en forma absoluta, los derechos fundamentales de los que comparecen ante ella. Aclara, al respecto, que las comisiones investigadoras no son tribunales especiales creados para el juzgamiento de una persona en particular –lo que está prohibido expresamente por el artículo 35 constitucional-, sino órganos encargados de la investigación de un asunto específico, cuyo resultado se plasma en uno o más informes, según sea el caso, y, ante las eventuales consecuencias materiales que se puedan derivar de dichos informes, es preciso respetar los derechos fundamentales de los comparecientes (sentencia nro. **2010-013437**).

- La Sala en parte de su jurisprudencia ha reconocido que los principios de razonabilidad y proporcionalidad constitucional constituyen un límite del control político, en la medida que impiden la existencia de poderes ilimitados y, precisamente, el poder de investigación de la Asamblea Legislativa no es la excepción (ver, por ejemplo, las sentencias nros. **1953, 1954, 1955** y **1956**, todas de **1997**, la **4562-1999** y **3967-1998**).
- En el caso específico de las recomendaciones, la Sala ha valorado que *“Siempre que las recomendaciones emanadas de las Comisiones legislativas investigadoras no vulneren los límites previstos en el Derecho de la Constitución, la consignación de recomendaciones de carácter político en sus informes no resulta inválida. Privar a la Asamblea de esta posibilidad podría implicar en buena medida un cercenamiento de su poder de control, ya que se le permitiría referirse a hechos contrarios a los intereses públicos, sin permitírsele emitir cualquier juicio de valor respecto de las consecuencias que, en el plano político, las mismas deberían tener respecto de ciertas personas”*

⁶ Sentencia nro. **1991-1618**, la Sala analizó que *“el ejercicio de las potestades de investigación y fiscalización legislativa debe fortalecer, no debilitar los derechos y libertades fundamentales de todos los habitantes de la República, derechos y libertades que les pertenecen por su intrínseca dignidad por su sola condición de seres humanos, sin discriminación alguna”*. Lo que fue reiterado en la sentencia nro. **1993-3464**: *“c.- En tercer lugar, el ejercicio de las potestades de investigación y fiscalización legislativa debe fortalecer, y no debilitar, los derechos y libertades fundamentales”*. Finalmente, en la sentencia nro. **1997-1898**, se afirmó *“las Comisiones de Investigación deben respetar los derechos fundamentales de los comparecientes, no el debido proceso -que no es aplicable en el caso de las Comisiones Investigadoras, según lo expuesto-, sino todos aquellos reconocidos por la propia Constitución Política, la legislación internacional e interna y que, aún cuando puedan relacionarse con el debido proceso, tienen autonomía propia y, como tales, forman parte de los derechos que el ordenamiento le reconoce a todas las personas”*.

(sentencia nro. **2000-7215**). Sin embargo, ha precisado que este tipo de recomendaciones, por ejemplo, en el sentido que no se nombre a determinada persona en un cargo público, no puede ser perpetua de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política (ver, al efecto, las sentencias nros. **1999-603**, **1999-5747**, **1999-6663** y **2000-4847**). De este modo, la Sala hasta este punto fue enfática en indicar que las recomendaciones no podrían ser perpetuas, pero aclaró, adicionalmente, que no examina, en cada caso concreto, el *quantum* de la recomendación (sentencia nro. **2000-7215**).

5.5.- El debido proceso frente al ejercicio del control político.

En este apartado se pretende examinar la evolución de las líneas jurisprudenciales de la Sala respecto al tratamiento del debido proceso durante la realización de investigaciones por control político.

En un primer momento, la Sala Constitucional partió de una concepción en la que se decanta por señalar que la función de control político no tiene como propósito emitir sanciones contra personas en particular y de sus recomendaciones no se derivan, directamente, consecuencias jurídicas. Estimaba, la Sala, que los actos finales de las comisiones de investigación, incluso ya siendo avalados por el Plenario, no constituyen actos que surtan efectos jurídicos concretos e inmediatos, por ser meras recomendaciones que, en el nivel político, deban tomar en cuenta partidos y gobernantes, pero que no vinculan desde el punto de vista jurídico (sentencia nro. **1991-441**). También estimó que las recomendaciones emitidas por la Asamblea Legislativa no tenían eficacia jurídica sino solo consecuencias políticas, por lo que consideró que no se debían observar las garantías del debido proceso respecto de la persona sometida a control político (ver sentencias nros. **1898**, **1953**, **1954**, **1955** y **1956**, todas de **1997**). Asimismo, tal y como ya se apuntó, la Sala es enfática en el sentido que las investigaciones que se realizan en el ejercicio de la competencia constitucional de control político no se dirigen contra individuos en particular, sino, en general, a situaciones o conductas de interés público. Por lo tanto, las personas no son citadas a declarar en condición de imputados sino de meros testigos y, por lo tanto, es que, con relación con los comparecientes, la Sala mantenía que no era exigible el debido proceso (sentencia nro. **1999-592**).

Ahora bien, aunque en ese primer momento se tenía una clara postura respecto a que no era necesario observar las garantías del debido proceso; la Sala puso de manifiesto, paralelamente, que estas comisiones y, por lo tanto, el Plenario sí debían respetar, rigurosamente, otras disposiciones constitucionales, tales como

el derecho a abstenerse a declarar contra sí mismo, así como contar con patrocinio o asistencia profesional en el sentido que le fuera necesario (sentencia nro. **1991-441**). En el caso específico del voto nro. **1898-97**, se señaló:

... las Comisiones de Investigación deben respetar los derechos fundamentales de los comparecientes, no el debido proceso -que no es aplicable en el caso de las Comisiones Investigadoras, según lo expuesto-, sino todos aquellos reconocidos por la propia Constitución Política, la legislación internacional e interna y que, aún cuando puedan relacionarse con el debido proceso, tienen autonomía propia y, como tales, forman parte de los derechos que el ordenamiento le reconoce a todas las personas. Tal es el caso, por ejemplo, del derecho a no declarar contra sí mismo, el cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado, inclusive, de consanguinidad o afinidad (artículo 36 de la Constitución Política), lo que significa que el compareciente ante una Comisión Investigadora puede invocar a su favor dicho precepto constitucional y negarse a declarar, de considerarse que, de lo contrario, podría surgir una responsabilidad penal para él o los familiares cubiertos por la norma constitucional; o del derecho de hacerse acompañar de un abogado para que lo asesore o solicitar traductor si no domina el idioma español, etc.

Luego de esa postura original, la Sala matizó su tesis a partir de la sentencia nro. **1998-3967**, en la que, debido las consecuencias del acto parlamentario derivado ya no de la actuación de una comisión, sino del seno del Parlamento, se podrían lesionar los derechos fundamentales de la persona amparada. Así, se resolvió en lo conducente que:

Empece lo dicho en el considerando anterior, también ha de reconocerse que las recomendaciones de las Comisiones Investigadoras podrían tener graves consecuencias negativas para las personas o instituciones públicas cuestionadas, pues se trata de sugerencias o resoluciones dirigidas a la administración pública, las que son dadas a conocer al público, reciben gran cobertura de parte de los medios de comunicación colectiva y, en definitiva, contribuyen a crear la "opinión pública". De ahí que el amparo resulta procedente ante la posibilidad de que, mediante el ejercicio de su facultad investigadora, la Asamblea Legislativa haya incidido negativamente en la esfera de los derechos fundamentales de los ciudadanos que esta Sala tutela, sobre todo cuando sus actuaciones exceden las reglas

esenciales de protección de esos mismos derechos. (...) En el caso del amparado, a quien la Comisión Investigadora de las Irregularidades Cometidas en el Banco Anglo le imputó negligencia en el ejercicio de sus funciones públicas, observa la Sala que nunca se le citó para comparecer ante esa Comisión, no tuvo oportunidad alguna para referirse a los hechos u omisiones que se le atribuyeron, ni de explicar sus actos y al analizar lo actuado, a la luz de lo que viene dicho, la recomendación impugnada resulta a juicio de la Sala desproporcionada en relación con la negligencia atribuida al recurrente, aspectos que tienen que ver con la interpretación de los alcances del acto “tomar nota”, al que no se le ha dado un alcance jurídico, y en virtud de ello se limita indefinidamente su derecho de acceder a cargos públicos. Por lo expuesto, estima la Sala que la recomendación impugnada es contraria al principio de razonabilidad y lesiona el derecho que tiene el amparado a la defensa y de acceder, como cualquier ciudadano, a un cargo público. En consecuencia, el recurso deberá ser declarado con lugar.

Razón por la cual se dispuso la anulación del informe de la Comisión Legislativa Especial para investigar las irregularidades ocurridas en el Banco Anglo Costarricense, aprobada por el Plenario Legislativo (criterio que fue reiterado en las sentencias nros. **1998-6222**, **1998-6253**, **1998-6547** y **1999-592**).

Postura que, sin embargo, no fue consistente, por cuanto, en resoluciones nros. **1998-6381**, **2010-13437** y **2017-15202** se volvió a la posición original. En el caso específico de la sentencia nro. **2010-13437**, la Sala reiteró que es verdad que en el ejercicio del control político y en la investigación de “*determinados asuntos*” pueden resultar involucradas, indirectamente, determinadas personas, pero la investigación no se dirige contra estas en particular –toda vez que no se encausa a nadie, es decir, no se establece un procedimiento en contra de persona determinada– razón por la cual no existe posibilidad de imputar cargos o de dar audiencia para que se ejerza el derecho de defensa o se ofrezca prueba de descargo, pues citar a una persona para que comparezca a declarar ante la comisión no es sino la utilización de uno de los medios que la propia Constitución Política le confiere a dicho órgano (párrafo segundo del inciso 23 del artículo 121 constitucional), para alcanzar su cometido de control político. Enfatiza, nuevamente la Sala, que ninguna persona es llamada a declarar ante una comisión investigadora en calidad de acusada, sino como simple compareciente, a fin de interrogarla para obtener información sobre los hechos objeto de investigación.

Con todo, se podría decir que la Sala sí ha venido considerando que, dadas las repercusiones de las recomendaciones en el ejercicio del control político, es preciso reconocer a los comparecientes ciertos derechos fundamentales. La Sala refirió en sentencia nro. **1999-6663** lo siguiente *“Que las recomendaciones vertidas por la comisión sean de carácter moral o político y no jurídico y coercitivo, no significa que no representen un perjuicio material para el afectado, razón por la cual la Asamblea debe -en el procedimiento para su adopción- respetar los derechos que asisten al ciudadano, y que son marco para su garantía frente a la actuación estatal”*. Como consecuencia, se ha reconocido la posibilidad de intervenir, dar su versión e incluso presentar pruebas en relación con la investigación (sentencia nro. **2018-10132**), así como ser asistido por un abogado de su confianza en las audiencias; o, por el contrario, abstenerse de declarar si de los hechos se puede derivar alguna responsabilidad, con la necesaria advertencia por parte del órgano legislativo (sentencia nro. **2000-4847**). Asimismo, en todos los casos, se deben observar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, siendo que, en caso de su inobservancia, se puede dar la intervención y el control por parte de la Sala Constitucional (sentencia nro. **1999-4562**). Al respecto, en la sentencia nro. **2000-7215**, la Sala examinó lo siguiente:

No obstante, dada la posibilidad de que las recomendaciones no vinculantes de la Asamblea terminen constituyendo sanciones en sentido material –según se dijo- su actividad de control debe estar sometida a ciertos límites constitucionales, tales como el respeto del derecho de defensa de los ciudadanos convocados a rendir declaración ante las Comisiones; el tipo de recomendaciones que puede ser formulada; así como la intensidad de las mismas, antes de analizar los restantes extremos de la presente acción (...) Sobre la garantía del derecho de defensa. Si bien esta Sala, como se dijo, no concluyó que existiera la necesidad de que en el trámite de control parlamentario a través de Comisiones Especiales Investigadoras, fuera respetado el derecho al debido proceso del compareciente, lo cierto es que sí reconoció que al ciudadano que se le lleve ante una de estas Comisiones, en la única condición posible de testigo (ya que se investigan hechos, no personas), se le advirtiera acerca de la posibilidad de abstenerse de declarar, si ello le pudiera acarrear algún tipo de responsabilidad, a él o a su familia. Además, que se le permita ser asistido por un abogado de su confianza en las audiencias. Que al investigado se le permita participar en forma activa en el interrogatorio, pudiendo incluso referirse a aspectos no directamente cuestionados, mas importantes para el esclarecimiento de los hechos que se indagan. Los anteriores deberes emanan del propio texto

constitucional, razón por la cual la sujeción estricta de la Asamblea Legislativa a tales disposiciones (artículos 36, 39 y 41 de la Constitución Política) es ineludible.

Interesante matización sobre el debido proceso se realizó en voto de minoría en la sentencia nro. **2010-13437** en la que se consideró, en lo conducente, que:

El debido proceso en la órbita legislativa no puede entenderse y actuarse, tal y como se hace en materia de procedimientos administrativos de carácter sancionador o materialmente jurisdiccionales. El dinamismo y flexibilidad de la labor parlamentaria, que exige la ponderación de la oportunidad y conveniencia política de cualquiera de sus decisiones, impone que el debido proceso sea observado en sus postulados básicos y no de manera detallada como si se tratara de un procedimiento administrativo o de un proceso judicial. Aplicar el debido proceso en todo su esplendor en el ámbito legislativo le imprimiría una nociva rigidez a la actuación legislativa y ralentizaría el dinamismo y elasticidad de las tareas legislativas. Tal exigencia, resulta más acusada, cuando, como resulta natural tratándose de potestades legislativas directamente contempladas en la Constitución, existe una laguna normativa y la ausencia total de procedimientos previamente pautados. En tales supuestos, basta que los órganos legislativos respeten las exigencias fundamentales del debido proceso, tales como el traslado de cargos, la posibilidad de formular alegatos, ofrecer prueba o contraprueba y de plantear medios de impugnación.⁷

6.- Riesgos, debilidades y límites al control político: balance general.

Según se ha expuesto, a lo largo del presente artículo, el control político que corresponde a la Asamblea Legislativa es transcendental en el marco de un sistema democrático. Lo que no obsta para reconocer que dicho control político, como en el caso de cualquier otra competencia o función constitucional, debe ejercerse en congruencia con los distintos requerimientos y límites impuestos en el propio texto constitucional y desarrollados en la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Debe reiterarse que, en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, todos los

⁷ Voto suscrito por los Magistrados Jinesta Lobo, Barahona y Hernández Gutiérrez.

poderes constituidos -incluida la Asamblea Legislativa- están sometidos a la norma fundamental. Debe recordarse, asimismo, que la Sala Constitucional ha indicado que “*la Constitución Política debe concebirse como una unidad normativa armoniosa y coherente*” (voto nro. **2020-04949**). Por ende, el control político debe ejercitarse en consonancia o de manera compatible con los demás valores, principios y reglas constitucionales. Lo que incluye, evidentemente, el necesario respeto por los derechos fundamentales.

Lo anterior resulta relevante, dado que, sin demérito de reconocer que el control político por parte del Parlamento es vital para una democracia, también lo es la tutela efectiva de los derechos fundamentales de las personas frente a eventuales abusos en la realización de dicha función. Máxime que existen varios factores que provocan que el ejercicio del control político y, muy en especial, la actuación de las comisiones especiales de investigación, se presenten como particularmente riesgosas para los individuos. Se pueden mencionar los siguientes:

- En primer lugar, y según pone en evidencia la doctrina (Solís, 2000, pp. 148 y sigs.), por su propia naturaleza política, tal control no exige: a) objetividad o imparcialidad por parte de sus agentes; b) razonamiento riguroso, desde el punto de vista lógico y técnico, de los hechos investigados y de la prueba existente; y c) dominio técnico o profesional del tema por parte de los agentes que ejercen el control. Se afirma, incluso, que el control político tiene un carácter netamente subjetivo, por cuanto, aun en el caso que se recurra a un canon normativo como parámetro de control –sea, como parámetro para juzgar determinada conducta o un acto-, lo cierto es que tal norma será interpretada y valorada de manera enteramente libre, con sustento en razones políticas (Aragón, 1999, pp. 113 y 114).
- Lo que se agrava con el hecho que la participación del individuo controlado dentro de la investigación es limitada, lo que restringe a su vez la posibilidad de establecer un verdadero contradictorio dentro de la investigación y someter a una severa crítica la prueba existente.
- Además, es evidente que dentro del control político existen pasiones y motivaciones políticas partidarias, dirigidas a proteger a miembros de un mismo partido o provocar la pérdida del apoyo popular del adversario, lo que puede distorsionar la objetividad del análisis y genera el riesgo de transformar al sujeto investigado en un mero objeto o pieza dentro del juego político-partidario. Incluso, algún sector de la doctrina extranjera sostiene que las comisiones parlamentarias de investigación, lejos de constituir un

mecanismo dirigido al conocimiento de la verdad o la búsqueda de información para que el Parlamento forme racionalmente una opinión, suponen realmente instrumentos de la lucha política o de confrontación con el enemigo político (Torres, 1998, pp. 20 y 21).

- Finalmente, la irresponsabilidad garantizada a los parlamentarios por el artículo 110 de la Constitución Política puede degenerar en una actitud poco cauta respecto de la dignidad y honra de los individuos investigados.

Todos estos elementos, propios de la realidad del control político, le convierten en terreno fértil para el error en la apreciación de los hechos o en el análisis sesgado de los mismos. Asimismo, el hecho que el control político no tenga efectos jurídicos, en sentido estricto, no quiere decir que no puede constituirse en una sanción material, con perjuicios reales e incluso más gravosos para el sujeto controlado que una eventual sanción jurídica. De allí la importancia de someter el ejercicio del control político a una serie de límites, incluido, evidentemente, el respeto a los derechos y las libertades fundamentales (voto nro. **2000-7215**).

7.- Conclusiones.

Se puede aseverar, en primer lugar, que la función de control político que corresponde a la Asamblea Legislativa es transcendental en el marco de un sistema democrático. El debido ejercicio de tal función resulta compatible con el principio de separación de funciones, sea, como parte del necesario equilibrio y control recíproco que debe existir entre todos los poderes. La Sala Constitucional ha sido enfática al señalar que la función de control político encomendada al Parlamento le es tan esencial, como la labor legislativa. Ha indicado, asimismo, que, aunque no estuviera expresamente establecida, la atribución de nombrar comisiones de investigación se debe entender como implícitamente prevista para el desempeño de dicha función. La Sala ha resuelto que las comisiones de investigación son una garantía constitucional, a fin de que sirvan de instrumento a la Asamblea Legislativa para que pueda ejercer el control político sobre las actuaciones de los poderes institucionales entre sí -sin convertirse en un contralor de los otros Poderes del Estado, con respecto al ejercicio de sus competencias exclusivas, sino de ciertas actuaciones que puedan considerarse política o moralmente reprochables- y del poder político en general, en beneficio de *la Nación*, en el cual reside *la soberanía* (artículo 2 constitucional). Debe reiterarse, con todo, que la función de control político debe ejercerse en congruencia con los distintos requerimientos y condicionamientos impuestos en el propio texto constitucional y desarrollados en

la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Debe tenerse presente, además, por la propia naturaleza del control político que su ejercicio se presta a errores y equívocos. Lo que puede traducirse en sanciones materiales, con consecuencias graves y efectivas. De allí la importancia de entender que la Asamblea Legislativa y las comisiones especiales investigadoras están sometidas a los límites que les impone la Constitución, lo que incluye, necesariamente, el principio de proporcionalidad y el respeto a los derechos fundamentales. La Sala ha sido clara al señalar que el ejercicio de las potestades de investigación y fiscalización legislativa debe fortalecer, no debilitar los derechos y libertades fundamentales de todos los habitantes de la República.

8.- Referencias bibliográficas.

Doctrina:

Aragón Reyes, M. (1999). *Constitución y control del poder*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Barquero Kepfer, M. y Castro Padilla, F. (2019). Interrelaciones entre la Sala Constitucional y el juez ordinario. La justicia constitucional y la jurisdicción constitucional. *Revista Judicial*, (127), pp. 247 a 270.

Berlín Valenzuela, F. (1995). *Derecho Parlamentario*. México: Fondo de Cultura Económica.

Biglino Campos, P. (2001). Parlamento, principio democrático y justicia constitucional. *Revista de Derecho*, 12(1), pp. 179-190.

Canosa Usera, R. (1990). La actividad de orientación política. Su relevancia constitucional. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, (67), pp. 125 a 152.

García Morillo, J. (1991). Mitos y Realidades del Parlamentarismo. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (9), pp. 115-144.

Hernández Valle, R. (1998). *Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y Anotada*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

Hernández Valle, R. (1993). *Instituciones de derecho público costarricense*. San José, Costa Rica: EUNED.

Pérez Royo, J. (1998). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Rodríguez Cordero, J. C. (2002). *Entre Curules y Estrados*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A.

Sánchez Navarro, A. (1995). Control Parlamentario y Minorías. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, (88), pp. 223 a 255.

Solís Fallas, A. (2000). *Control Político y Jurisprudencia Constitucional*. San José, Costa Rica: CONAMAJ,

Solís Fallas, A. (1998). *El control parlamentario*. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Torres Muro, I. (1998). Las comisiones parlamentarias de investigación. San José, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Valadés, D. (2000). Estado de Derecho. En *Diccionario Electoral* (Vol. 1, pp. 514-523). San José, Costa Rica: IIDH.

Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:

Voto n.º 1991-441 de las 16:15 horas del 20 de febrero de 1991.

Voto n.º 1991-1322 de las 8:58 horas del 10 de julio de 1991.

Voto n.º 1991-1618 de las 14:16 horas del 21 de agosto de 1991.

Voto n.º 1993-3464 de las 14:57 horas del 20 de julio de 1993.

Voto n.º 1994-4091 de las 15:12 horas del 9 de agosto de 1994.

Voto n.º 1997-1898 de las 13:18 horas del 4 de abril de 1997.

Voto n.º 1997-1953 de las 15:06 horas del 8 de abril de 1997.

Voto n.º 1997-1954 de las 15:09 horas del 8 de abril de 1997.

Voto n.º 1997-1955 de las 15:12 horas del 8 de abril de 1997.

Voto n.º 1997-1956 de las 15:15 horas del 8 de abril de 1997.

Voto n.º 1998-3967 de las 11:41 horas del 12 de junio de 1998.

Voto n.º 1998-6222 de las 10:33 horas del 28 de agosto de 1998.

Voto n.º 1998-6253 de las 12:06 horas del 28 de agosto de 1998.

Voto n.º 1998-6381 de las 17:12 horas del 2 de setiembre de 1998.

Voto n.º 1998-6547 de las 17:42 horas del 16 de setiembre de 1998.

Voto n.º 1998-6802 de las 18:00 horas del 22 de setiembre de 1998.

Voto n.º 1998-7408 de las 10:30 horas del 16 de octubre de 1998.

Voto n.º 1999-592 de las 8:48 horas del 29 de enero de 1999.

Voto n.º 1999-603 de las 9:21 horas del 29 de enero de 1999.

Voto n.º 1999-1556 de las 16:15 horas del 3 de marzo de 1999.

Voto n.º 1999-4562 de las 16:36 horas del 15 de junio de 1999.

Voto n.º 1999-5367 de las 10:39 horas del 9 de julio de 1999.

Voto n.º 1999-5747 de las 10:18 horas del 23 de julio de 1999.

Voto n.º 1999-6663 de las 12:36 horas del 27 de agosto de 1999.

Voto n.º 2000-4847 de las 15:46 horas del 20 de junio de 2000.

Voto n.º 2000-7215 de las 9:25 horas del 18 de agosto de 2000.

Voto n.º 2001-1885 de las 9:27 horas del 9 de marzo de 2001.

Voto n.º 2002-6054 de las 14:39 horas del 19 de junio de 2002.

Voto n.º 2003-2120 de las 13:30 horas del 14 de marzo de 2003.

Voto n.º 2003-3749 de las 9:48 horas del 9 de mayo de 2003.

Voto n.º 2005-13897 de las 14:51 horas del 11 de octubre de 2005.

Voto n.º 2005-017211 de las 8:33 horas del 16 de diciembre de 2005.

- Voto n.º 2006-06732 de las 14:47 horas del 17 de mayo de 2006.
- Voto n.º 2006-07965 de las 16:58 horas del 31 de mayo de 2006.
- Voto n.º 2008-7689 de las 14:52 horas del 7 de mayo de 2008.
- Voto n.º 2009-11096 de las 12:33 horas del 10 de julio de 2009.
- Voto n.º 2010-013437 de las 8:30 horas del 13 de agosto de 2010.
- Voto n.º 2011-017213 de las 15:32 horas del 14 de diciembre de 2011.
- Voto n.º 2013-012014 de las 14:30 horas del 11 de setiembre de 2013.
- Voto n.º 2015-3728 de las 11:37 horas del 13 de marzo de 2015.
- Voto n.º 2015-012497 de las 11:00 horas del 12 de agosto de 2015.
- Voto n.º 2017-15202 de las 9:15 horas del 22 de setiembre de 2017.
- Voto n.º 2017-15231 de las 9:15 horas del 22 de setiembre de 2017.
- Voto n.º 2017-19458 de las 9:30 horas del 1 de diciembre de 2017.
- Voto n.º 2018-10132 de las 12:30 horas de 22 de junio de 2018.
- Voto n.º 2019-18932 de las 12:50 horas del 2 de octubre de 2019.
- Voto n.º 2020-04949 de las 9:52 horas del 11 de marzo de 2020.

La retroactividad en la jurisprudencia ordinaria y constitucional en materia tributaria

Dr. Fernando Castillo Víquez*

Resumen:

La Constitución Política establece como un derecho fundamental la garantía que a ninguna Ley –entiéndase norma en sentido amplio- se le dará efecto retroactivo en perjuicio de los derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas de una persona. En este artículo se analiza el contenido de tal derecho, así como el tratamiento que se le ha brindado en la jurisprudencia constitucional y ordinaria, específicamente en materia tributaria. Se examina el dimensionamiento que ha realizado la Sala Constitucional, en regla de principio, en cuanto a los efectos de sus fallos anulatorios en esta materia. También se estudia la discusión que se ha generado en la jurisdicción ordinaria respecto del alcance de la retroactividad de la Ley exonerativa subjetiva.

Palabras clave:

Principio de irretroactividad de la Ley. Valor normativo de la jurisprudencia.

Abstract:

The Constitution establishes as a fundamental right the guarantee that no Law - understood as a norm in a a broad sense - will be given retroactive effect to the detriment of the acquired patrimonial rights or consolidated legal situation of a person. This article analyzes the content of such rights as well as the treatment that has been provided in constitutional and ordinary jurisprudence, specifically taxation matters. The effects of the Constitutional Chamber's judgements is also examined, as a principle of law, regarding the

* Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Catedrático de la Universidad Escuela Libre de Derecho. Profesor de la Universidad de Costa Rica.

effects of its annulment rulings. The article also addresses the discussion that has been generated in the ordinary jurisdiction regarding the scope of the retroactivity of the subjective exonerative laws.

Keywords:

Principle of non-retroactivity of the law. Normative value of the jurisprudence.

SUMARIO: Introducción. I.- El valor normativo de la jurisprudencia en el Estado costarricense. A.- En el ámbito constitucional. B.- En el ordenamiento jurídico administrativo. C.- En el ordenamiento jurídico civil –la vinculación indirecta-. II.-La retroactividad normativa en el ordenamiento jurídico costarricense. A.- La prohibición de la retroactividad. 1.- Los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas. 2.- La hiperretroactividad. B.- La irretroactividad cuando beneficia al justiciable. C.- La irretroactividad cuando se trata de leyes de orden público. III.- La retroactividad de la jurisprudencia en materia tributaria. A.- En la jurisdicción constitucional. B.- En la jurisdicción ordinaria. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción.

En este artículo, pasaré revista sobre los principales rasgos que caracterizan el ordenamiento jurídico costarricense en lo que atañe al tratamiento de la retroactividad en la jurisprudencia ordinaria y constitucional, especialmente en materia tributaria, que, desde mi perspectiva, está en constante cambio de cara a las nuevas realidades sociales, políticas y jurídicas que van surgiendo en el devenir histórico de los pueblos.

Son tres cuestiones que abordaré en este escrito, lógicamente con sus respectivas ramificaciones. En primer lugar, haré referencia al valor normativo de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico costarricense. En segundo término, expondré el tratamiento que en el Derecho de la Constitución (valores, principios y normas) le da a la retroactividad en el sistema jurídico costarricense. Acto seguido, abordaré la retroactividad de la jurisprudencia en materia tributaria, para lo cual se recurrirá a algunos casos fallados en las jurisdicciones constitucional y ordinaria. Finalmente, estableceré las conclusiones de este estudio.

I.- El valor normativo de la jurisprudencia en el Estado costarricense.

En el sistema jurídico costarricense no hay una regla única que determine el valor normativo de la jurisprudencia. Dependiendo de la materia, la jurisprudencia, como fuente del Derecho, tiene distintos matices y valores normativos. Lo anterior,

impone, necesariamente, un tratamiento por separado de cada caso, para tener claro cuál es el alcance de la jurisprudencia en los distintos compartimentos del ordenamiento jurídico costarricense.

Para efectos de esta exposición, entendemos por jurisprudencia aquella regla jurídica o de derecho que se extrae de las sentencias dictadas por los Tribunales superiores, en nuestro caso, de las resoluciones dictadas por la Sala Constitucional (en adelante SC) y por las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ) y la Corte Plena al aplicar la Ley¹, cuando se trata de casos similares. ORTIZ ORTIZ nos indica que la jurisprudencia es el conjunto de fallos dictados por la autoridad jurisdiccional en un mismo sentido en relación con una materia determinada². Como bien expresa JURADO FERNÁNDEZ, en el Derecho costarricense, “(...) ha de entenderse por jurisprudencia el conjunto de criterios jurídicos elaborados por los órganos jurisdiccionales en la interpretación y aplicación de las normas”³. Se puede afirmar, con arreglo a lo preceptuado por el artículo 9 del Código Civil, que la jurisprudencia es el conjunto de reglas jurídicas que se extraen de los fallos reiterados de los más altos tribunales cuando resuelven una misma situación. “Comúnmente, el término jurisprudencia hace referencia a un criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho y que se muestra en las sentencias de los Tribunales Superiores. Criterio que puede ser de dos o más resoluciones, según el ordenamiento de que se trate.” “De modo que la aplicación de estos criterios conduciría a afirmar que solo cuando existen diversos pronunciamientos sobre el mismo punto y a condición de que sean coincidentes puede hablarse de jurisprudencia”⁴.

A.- En el ámbito constitucional.

De conformidad con el numeral 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (en adelante LJC), la jurisprudencia y los precedentes de la SC son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma. Por consiguiente, en la materia constitucional, la interpretación y aplicación del Derecho de la Constitución que hace la SC tiene fuerza normativa, pues es vinculante *erga omnes*, no así cuando interpreta y aplica

1 Vid. artículo 9 del Código Civil.

2 ORTIZ ORTIZ, Eduardo. *Tesis de Derecho Administrativo*, San José, Stradtman, 1998, tomo I, pág. 266.

3 JURADO FERNÁNDEZ, Julio. Op. cit., pág. 242.

4 ROJAS CHAVES, Magda Inés, “Conferencia sobre la función consultiva de la Procuraduría General de la República”. En Seminario Hacia una Nueva Justicia Administrativa, PGR, San José-Costa Rica, 2001, pág. 281.

el ordenamiento jurídico ordinario, salvo cuando hace una interpretación conforme de él.

B.- En el ordenamiento jurídico administrativo.

En el ámbito administrativo, la jurisprudencia es una fuente formal no escrita del ordenamiento jurídico administrativo, la cual sirve para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito⁵; a diferencia del ámbito civil donde su función es contribuir a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina. Su valor normativo consiste en que tiene el rango de la norma que interpreta, integra o delimita, y cuando se trata de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, tiene rango de Ley.

Con la promulgación del nuevo Código Procesal Contencioso-Administrativo se sigue la tendencia en el Derecho Público costarricense de hacer vinculante la jurisprudencia, pues se regula el proceso de extensión y adaptación de la jurisprudencia a terceros. En efecto, en el artículo 185 de este cuerpo normativo, se establece que los efectos de la jurisprudencia contenida al menos en dos fallos de casación, ya sea del Tribunal Casación o de la Sala Primera de la CSJ, puede extenderse y adaptarse a otras personas, siempre que, en lo pretendido, exista igualdad de objeto y causa con lo fallado.

Como puede observarse, además de reconocer el carácter de fuente de Derecho de la jurisprudencia, se busca, frente a casos semejantes a los ya resueltos, fallarlos con base en las mismas reglas “(...) *ya sentadas, siempre que se demuestre tal equivalencia. Por ende, en estas hipótesis, la efectividad de la protección judicial y la celeridad exigen un proceso más ágil, en el cual, se logre la aplicación de esos precedentes como parámetro de solución de conflictos, para su resolución pronta y oportuna*”⁶. De lo que se trata, en el fondo, es evitar que el justiciable tenga que entablar un nuevo juicio contra la Administración Pública (en adelante AP)⁷, con

5 Vid. artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública.

6 GONZÁLEZ CAMACHO, Óscar. *El nuevo proceso contencioso-administrativo*. San José, Poder Judicial, 2006, pág. 627.

7 FERNÁNDEZ ARGÜELLO, Hubert. “Los procesos especiales”. Código Procesal Contencioso-Administrativo comentado. San José, Editorial Juritexto, 2008, pág. 582, nos indica lo siguiente: “*El nuevo Código en cambio, y con el fin de agilizar trámites y garantizar una justicia más pronta, establece un nuevo tipo de proceso, que es el de ‘extensión y adaptación de la jurisprudencia a terceros’, mediante el cual, por un trámite mucho más expedito, y sin necesidad de seguir un juicio de conocimiento completo, aquellas compañías podrían lograr que les aplicara a sus casos, el criterio expresado en forma*

todo lo que ello implica, no solo para él, sino para la Administración de Justicia, bastando, en estos casos, la aplicación de la regla de derecho ya establecida para los otros casos similares o equivalentes. Así, pues, queda claro el efecto vinculante de la jurisprudencia de la Sala Primera de la CSJ y del Tribunal de Casación, debido a que la AP está en el deber de acatarla, pues si la gestión administrativa que debe realizar el administrado fracasa ante la renuencia de aquella, tiene abierta la posibilidad de acudir ante esos Tribunales para que ordenen la extensión y adaptación de los efectos de su jurisprudencia a su caso. Hemos de reconocer que la jurisprudencia no llega a alcanzar un efecto *erga omnes* en el supuesto de análisis, porque la aplicación de la jurisprudencia a terceros requiere de la gestión ante la AP, sin embargo, es claro que el instituto de comentario va mucho más allá de lo que ha sido la regla, en el sentido de que la jurisprudencia solo tiene efectos inter-partes, aspecto novedoso en un sistema jurídico de corte continental.

C.- En el ordenamiento jurídico civil. -la vinculación indirecta-

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito público, en el ordenamiento jurídico civil y el resto, el artículo 9 del Código Civil expresa que la jurisprudencia contribuye a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la CSJ y la Corte Plena al aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Como puede observarse, en estos ámbitos, no se aplica el principio de *stare decisis*, pues los tribunales inferiores no están vinculados a la jurisprudencia y precedentes de los tribunales superiores.

No obstante ello, hay quienes han hablado de una vinculación indirecta, “(...) *en aplicación del sistema recursivo y dentro de la estructura jerárquica vertical de los Órganos que componen el Poder Judicial, ante la posibilidad de los tribunales de casación y apelaciones de casar las sentencias o de admitir los recursos en los cuales se constante que un juzgado de instancia se ha separado de los precedentes de los tribunales superiores*”⁸.

reiterada por la Sala Primera de la Corte, y que se les reconozca de una vez, la misma situación jurídica que a las otras”.

8 OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo. La Jurisprudencia como fuente del Derecho: El Caso de Costa Rica. Revista Judicial-Corte Suprema de Justicia n.º 120, San José, enero 2017, pág. 225.

II.- La retroactividad normativa en el ordenamiento jurídico costarricense.

A.- La prohibición de la retroactividad.

La Constitución Política establece como un derecho fundamental de los habitantes de la República la garantía que a ninguna Ley –entiéndase norma en sentido amplio- se le dará efecto retroactivo en perjuicio de los derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas de una persona. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se ha establecido una diferenciación entre ambos conceptos.

1.- Los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas.

La SC ha precisado la diferencia entre ambos términos. En efecto, en la sentencia número 2765-97 de las 15:03 del 20 de mayo de 1997, estableció, en lo que interesa, lo siguiente:

Los conceptos de ‘derechos adquiridos’ y ‘situaciones jurídicas consolidadas’ aparecen estrechamente relacionadas en la doctrina constitucionalista. Es dable afirmar que, en términos generales, el primero denota a aquella circunstancia consumada en lo que una cosa –material o inmaterial, trátase de un bien previamente ajeno o de un derecho antes inexistente- ha ingresado (o incidido sobre) la esfera patrimonial de la persona, de manera que ésta experimenta una ventaja o beneficio constatable. Por su parte, la ‘situación jurídica consolidada’ representa no tanto un plus patrimonial, sino un estado de cosas definido plenamente en cuanto a sus características jurídicas y a sus efectos, aun cuando éstos no se hayan extinguido aún. Lo relevante es cuanto a la situación jurídica consolidada, precisamente, no es que esos efectos todavía perduren o no, sino que –por virtud de mandato legal o una sentencia que así lo haya declarado- haya surgido ya a la vida jurídica una regla, clara y definida, que conecta a un presupuesto fáctico (hecho condicionante) con una consecuencia dada (efecto condicionado). Desde esta óptica, la situación de la persona viene dada por una proposición lógica del tipo ‘si..., entonces...M, vale decir: si se ha dado el hecho condicionante, entonces la ‘situación jurídica consolidada’ implica que,

necesariamente, deberá darse también el efecto condicionado. En ambos casos (derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas), el ordenamiento protege –tornándola intangible – la situación de quien obtuvo el derecho o disfruta de la situación, por razones de equidad y certeza jurídica.

2.- La hiperretroactividad.

La hiperretroactividad, también conocida como la ultrarretroactividad o el principio de la supervivencia del derecho abolido, es una consecuencia lógica y necesaria del principio de la irretroactividad de la ley, toda vez que, aun y cuando se haya derogado una Ley, esta seguirá surtiendo efectos jurídicos a favor de aquellas personas que han consolidado un derecho a su amparo, de forma tal que sus efectos se extinguirán cuando haya desaparecido su último beneficiario.

B.- La irretroactividad cuando beneficia al justiciable.

Ahora bien, la irretroactividad de las normas es posible cuando se otorga un beneficio a la persona. En estos casos, no opera la prohibición, tal y como ocurre cuando se promulga una Ley más beneficiosa a la pena o sanción que se le impuso a un individuo con base en la Ley derogada o modificada.

C.- La irretroactividad cuando se trata de leyes de orden público.

Finalmente, es importante recalcar que la garantía de la irretroactividad de las normas no opera cuando se está en presencia de leyes de orden público, por la elemental razón que frente a estas no se pueden alegar derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, tal y como ocurre con la legislación procesal, donde una de las partes no puede invocar un derecho para que su caso se tramite con base en el proceso que se venía conociendo, y no a través de otro que entró en vigencia a causa de la promulgación de una nueva Ley.

III.- La retroactividad de la jurisprudencia en materia tributaria.

Tal y como acertadamente lo ha establecido la Corte Constitucional colombiana, la “(...) *irretroactividad de las normas jurídicas tributarias se respalda tradicionalmente en el concepto de seguridad jurídica, de manera que la norma impositiva tenga un carácter previo a la producción de los hechos que regula, con el fin de que su alcance pueda ser conocido por los destinatarios de la norma y por los eventuales realizadores de los hechos generadores del gravamen, evitando de esta manera que los sujetos pasivos de la obligación tributaria y, aún los beneficiarios del gravamen, puedan ser tomados por sorpresa, lo que a su turno garantiza la realización del principio de legalidad, a partir del cual se amparan los hechos causados y consolidados bajo el imperio de una norma jurídica. Al respecto, se tiene que en sentencia C-185 de 1997 se estableció que la garantía de irretroactividad de la ley tributaria se plasmó en beneficio del contribuyente, con el fin de evitar que un Estado fiscalista abusara del derecho de imponer tributos*”⁹.

A.- En la Jurisdicción Constitucional.

Es importante aclarar que la SC, de forma reiterada, ha sostenido que lo atinente a la aplicación de las normas en tiempo, cuando se invoca la violación a la garantía de la irretroactividad, es un asunto que compete determinar al Juez ordinario, y no al Juez Constitucional¹⁰. No obstante, revisando la jurisprudencia de la SC encontramos algunos casos en los cuales se ha pronunciado sobre el tema. Antes de pasar revista por ello, se impone hacer una segunda aclaración, y es que cuando la SC anula una norma, a causa del efecto *ex-tunc*, hacia el pasado o declarativo, en buena lógica, los efectos adversos de la norma anulada y expulsada deberían ser revertidos; empero, como se verá a continuación, la SC se ha decantado por dimensionar su fallo anulatorio hacia el futuro y, por consiguiente, proteger los intereses del Fisco; en la práctica el fallo anulatorio ha tendido, en regla de principio, un efecto *ex-nunc*, hacia futuro o constitutivo.

En el año 1990, en un recurso de amparo, la SC lo declaró con lugar argumentado que la ley derogada mantenía su eficacia –principio de la supervivencia del derecho abolido-, “(...) *pues el artículo 4 otorgó a los recurrentes, desde la importación al país de sus vehículos (1984) el derecho a hacerlo con exoneración de impuestos y, a la vez, el de traspasarlos también de esa forma*

9 Vid. sentencia C 878/11 de la Corte Constitucional colombiana.

10 Vid. sentencias n.º 2016-012678 y 16-7194, entre otras, de la SC.

*exonerada una vez transcurridos cinco años desde aquella fecha". "Esta, por virtud de lo dispuesto en el artículo 34 de la Constitución Política, solamente puede ser aplicada a situaciones nacidas a partir de su fecha de vigencia, no a aquéllas (como es el caso de los recurrentes) nacidas al amparo de la ley derogada"*¹¹. Así las cosas, los recurrentes podían transferir los vehículos que ingresaron al amparo del artículo 4 de la Ley n.º 4812 de 28 de julio de 1971 y sus reformas con las exoneraciones correspondientes a terceras personas. Ergo, a los accionantes no les debían aplicar el artículo 10 de la Ley 7088 de 30 de noviembre de 1987, que establecía un impuesto sobre la transferencia de vehículos internados en el país con exoneración de impuestos –la tarifa del impuesto era de un 70% del valor de la venta-.

En el año 2012, la SC resolvió una acción de inconstitucionalidad por mayoría, que extendía un impuesto sobre la propiedad de vehículos automotores, embarcaciones y aeronaves a la maquinaria de construcción a partir del periodo fiscal de 2010 a través de varios decretos ejecutivos, pues, según el Poder Ejecutivo, la *ratio legis* de la norma tributaria era gravar la propiedad del bien, y no la circulación de vehículos por las vías nacionales. La SC, en el por tanto de la sentencia, dimensiona los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, toda vez que expresa "(...) *que carece de efectos retroactivos para quienes hayan pagado el tributo durante la vigencia de las normas declaradas inconstitucionales, y surten efectos a partir de la fecha de esta sentencia*"¹².

Posteriormente, en el año 2014, la SC declaró inconstitucional el artículo 3 del Reglamento de Máquinas de Juego emitido por el Concejo de Buenos Aires, que establecía el cobro del 10% sobre el salario mínimo para cada máquina de juego que autorice, por quebrantar el principio de reserva de ley en materia tributaria dispuesto en el artículo 121, inciso 13 de la Constitución Política. En la parte dispositiva de la sentencia dimensionó sus efectos fijando las siguientes reglas:

... 1) los que pagaron el impuesto establecido en esta norma pero presentaron reclamo administrativo o judicial contra este y dicha gestión les fue resuelta de manera definitiva ANTES de la primera publicación del curso de esta acción, no tienen derecho a repetir lo pagado; 2) aquellos que pagaron pero presentaron reclamo administrativo o judicial contra el cobro del impuesto, y dicha gestión se encontraba pendiente de resolución en cualquiera de las dos vías hasta ANTES de la publicación íntegra de esta sentencia en el Boletín Judicial, tienen derecho a que se resuelva su reclamo según lo

11 Vid. sentencia n.º 1990-000668 de la SC.

12 Vid. voto n.º 2012-010015 de la SC.

dispuesto en esta sentencia; 3) los que pagaron el impuesto y NO presentaron reclamo alguno contra este, generaron una situación jurídica consolidada en los pagos realizados, al haber aceptado tácitamente su cobro, de manera que NO tienen derecho a repetir lo pagado por parte de la Municipalidad de Buenos Aires.¹³

Por último, en el año 2015, la SC declaró inconstitucional varios artículos – el 1, 3 y 5- de la Ley de Impuestos a las Personas Jurídicas, n.º 9024 de 23 de diciembre del 2011, pero dimensionó los efectos para que declaratoria de inconstitucionalidad tuviese efectos a partir del periodo fiscal del 2016¹⁴, por consiguiente, las personas que pagaron los impuestos en los periodos fiscales comprendidos entre los años 2012 y 2015 no tenían derecho a repetir lo pagado.

B.- En la Jurisdicción ordinaria.

En lo referente a la jurisdicción ordinaria, el tema de irretroactividad en el ámbito tributario, donde ha alcanzado algún grado de discusión, es sobre el alcance de la retroactividad de la Ley exonerativa subjetiva. De conformidad con el numeral 63 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios se establece que, aunque haya disposición expresa de la Ley tributaria, la exención no se extiende a los tributos establecidos posteriormente a su creación. Sobre el particular, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia n.º 446-F-01 de las 15 horas del 20 de junio del 2001, estableció lo siguiente:

La interpretación en el Derecho Tributario de las exenciones es restrictiva. El Código Tributario (artículo 6, párrafo segundo) dice: 'La analogía es procedimiento admisible para llenar los vacíos legales pero en virtud de ella no pueden crearse tributos ni exenciones'. Por otra parte, aunque exista disposición expresa de ley tributaria, la exención no se extiende a los tributos establecidos posteriormente a su creación (artículo 63 *ibídem*) y puede ser derogada o modificada por ley posterior, sin responsabilidad para el Estado (artículo 64 *ibídem*). De la relación de dichas normas se desprende la protección al principio de legalidad en materia de exenciones, mediante la imposibilidad de interpretar ampliativamente las normas a ellas referidas. Así las cosas no han operado las infracciones alegadas por

13 Vid. voto n.º 2014-013759 de la SC.

14 Vid. voto n.º 2015-002141 de la SC.

lo cual se rechaza el reproche. Tampoco ha operado la alegada violación al artículo 129 de la Constitución, pues la Asamblea Legislativa se limitó a aprobar una ley de tributos municipales, referida por quien tenía potestad para hacerlo, es decir: la Municipalidad del Cantón de Poás en ejercicio de su autonomía.

En este caso, la Sala de Casación consideró improcedente la exoneración del impuesto de la patente municipal, por la elemental razón que la Ley que lo creó no exoneró a la Empresa de Servicios Públicos de Heredia de ese tributo¹⁵, aunque varias leyes la exoneraban del pago de algunos tributos.

Otro caso que encontramos en la jurisdicción ordinaria está relacionado con una controversia jurídica entre el ICE y la municipalidad del cantón de Tilarán en relación con el pago o no del impuesto de patentes municipales, tal y como sí lo hacen las demás empresas generadoras de energía eléctrica. El ICE se opuso al pago de este impuesto municipal argumentado de que es una empresa pública que no persigue fines de lucro, sino el impulsar el desarrollo del servicio eléctrico y por su medio el desarrollo económico del país, y porque el artículo 20 del Decreto-Ley n.º

15 "I. Mediante oficio N° 24 AM-98, de 24 de agosto de 1998, el Alcalde de la Municipalidad de Poás le ordenó a la actora gestionar la obtención de una patente, como empresa generadora de energía eléctrica, de conformidad con la Ley N° 7285 del 28 de enero de 1992, Ley de Patentes Municipales del Cantón de Poás. La actora interpuso los recursos de revocatoria y apelación. El Concejo Municipal rechazó el primero y admitió el segundo para ante la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo, quien mediante sentencia N° 9288 del 12 de marzo de 1999, confirmó el acuerdo apelado dando por agotada la vía administrativa. En consecuencia la actora promueve proceso ordinario especial tributario ante el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, quien mediante sentencia N°253-2000 del 25 de agosto del 2000, declara improcedente la demanda y condena a la actora al pago de las costas.

II. La recurrente entabla el presente recurso por razones de Fondo. Acusa básicamente un reproche. Endilga aplicación indebida de la Ley de Patentes de la Municipalidad de Poás N° 7285 de 28 de enero de 1992; y violación concomitante del artículo 4 de la Ley N° 5889 de 8 de marzo de 1976, en relación con las leyes N°7040 de 23 de abril de 1996, 7293 de 31 de marzo de 1992 y artículos 1, 13 y 34 de la ley N° 7789 de 30 de abril de 1998, así como de otras disposiciones conexas. Acusa también interpretación errónea de los artículos 129 de la Constitución Política, 8 del Código Civil, 5 y 6 del Código Tributario. La primera de tales leyes estableció el impuesto de patentes para las empresas dedicadas a actividades lucrativas. La segunda, tercera y cuarta exoneran a la empresa recurrente del pago de algunos tributos, mientras que la quinta ley la transformó en sociedad anónima de utilidad pública. La aplicación indebida y violación alegadas, opera según la recurrente, porque no se dedica a una actividad lucrativa, por ello no se le debe sujetar al impuesto de patentes de la Municipalidad de Poás. Considera la recurrente incorrecta la tesis del Tribunal sobre la "derogatoria tácita" en materia de derecho Tributario, ni por emanar directamente del órgano encargado de dictarlo. Argumenta la interpretación sobre exenciones como restrictiva a la luz del artículo 6 del Código Tributario. Considera el criterio de la derogatoria tácita de las exoneraciones tributarias reconocidas a la Empresa recurrente, implica una apreciación incorrecta del artículo 129 de la Constitución, 8 del Código Civil, 5 y 6 del Código de Procedimiento Tributarios".

449 de 8 de abril de 1949 que lo creó, lo exonera del pago de impuestos nacionales y municipales.

Dejando de lado la controversia jurídica constitucional de si la Asamblea Legislativa tiene competencia para exonerar un impuesto cuya creación tiene origen en el Concejo, que únicamente requiere un acto aprobatorio del órgano representativo para que entre en vigencia, lo cierto del caso es que la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo, en su sentencia n.º 364-2002 de las 16 horas del 28 de octubre del 2002, reafirmó lo dispuesto por el numeral 63 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, en el sentido de que todas las exenciones tributarias objetivas y subjetivas previstas en las diferentes leyes, solo se aplican en cuanto a las leyes precedentes, no a las futuras; empero, en este caso, se había promulgado la Ley n.º 7293 de 31 de marzo de 1992 “Reguladora de Todas las Exoneraciones Vigentes, su Derogatoria y sus Excepciones” que mantenía las exenciones que se habían otorgado a las instituciones descentralizadas, entonces se mantenía la exención del pago de impuestos nacionales y municipales otorgada a favor del ICE en Ley de creación.

Recapitulando, los tribunales ordinarios han seguido la doctrina que se encuentra en el artículo 63 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios; ergo, las exenciones tributarias objetivas y subjetivas solo operan en relación con las leyes precedentes, no frente a las leyes tributarias que en un futuro se lleguen a promulgar.

Conclusiones.

1.- La jurisprudencia en el ordenamiento jurídico costarricense es vinculante en la jurisdicción constitucional, tiene el rango de la norma que interpreta, integra o delimita en el ordenamiento jurídico administrativo y el resto del ordenamiento jurídico es un criterio orientador.

2.- La irretroactividad de la Ley es una garantía a favor de los habitantes de la República, toda vez que a una norma no se le puede dar efecto retroactivo en perjuicio de derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas. Si la norma favorece a la persona, sí se le puede dar efecto retroactivo. Frente a las leyes de orden público no es posible invocar esta garantía.

3.- La SC, de forma reiterada, ha sostenido que lo atinente a la aplicación de las normas en tiempo, cuando se invoca la violación al principio de la irretroactividad, es un asunto que compete determinar al Juez ordinario, y no al Juez Constitucional.

4.- La SC se ha decantado por dimensionar su fallo anulatorio en materia tributaria hacia el futuro y, por consiguiente, proteger los intereses del Fisco; en la práctica el fallo anulatorio ha tendido, en regla de principio, un efecto *ex-nunc*, hacia futuro o constitutivo.

5.- En la jurisdicción ordinaria, el tema de irretroactividad en el ámbito tributario, donde ha alcanzado algún grado de discusión, es sobre el alcance de la retroactividad de la Ley exonerativa subjetiva. De conformidad con el numeral 63 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios se establece que, aunque haya disposición expresa de la Ley tributaria, la exención no se extiende a los tributos establecidos posteriormente a su creación.

Bibliografía.

CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. “Ejecución de sentencias en el Derecho Público costarricense”, San José, Editorial Juritexto, 2009.

FERNÁNDEZ ARGÜELLO, Hubert. “Los procesos especiales”. Código Procesal Contencioso-Administrativo comentado. San José, Editorial Juritexto, 2008.

GONZÁLEZ CAMACHO, Óscar. *El nuevo proceso contencioso-administrativo*. San José, Poder Judicial, 2006.

JURADO FERNÁNDEZ, Julio. *Jueces y Constitución en Costa Rica*. San José, Editorial Juricentro, 2003.

OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo. La Jurisprudencia como fuente del Derecho: El Caso de Costa Rica. Revista Judicial-Corte Suprema de Justicia n.º 120, San José, enero 2017.

ORTIZ ORTIZ, Eduardo. *Tesis de Derecho Administrativo*, San José, Stradtman, 1998, tomo I.

ROJAS CHAVES, Magda Inés, “Conferencia sobre la función consultiva de la Procuraduría General de la República”. En Seminario Hacia una Nueva Justicia Administrativa, PGR, San José-Costa Rica, 2001.

Medios de comunicación y jurisprudencia constitucional: aciertos e interrogantes *

Fernando Cruz Castro **

Resumen:

En este artículo se analiza el papel de los medios de comunicación en la construcción de la opinión pública. La libre opinión, en una sociedad libre, requiere un espacio que garantice el pluralismo y la equidad en la participación de los diversos medios de comunicación social. La concentración de medios es una amenaza para la participación ciudadana y la diversidad de opiniones y de voces en la construcción de una opinión aceptable. En este artículo se analiza tal realidad y el papel que puede desempeñar un tribunal constitucional. También se formulan diversas reflexiones y cuestionamientos respecto de temas particularmente sensibles, que han sido objeto de pronunciamiento de la Sala Constitucional, tales como limitaciones a extranjeros para que sean propietarios de medios de comunicación, el secreto de las fuentes, el control privado de los medios de comunicación y su financiación.

Palabras clave:

Libertad de opinión. Libertad de expresión. Medios de comunicación. Secreto de las fuentes.

Abstract:

This article analyzes the role of the media in the formation of public opinion. The freedom of opinion, in a free society, requires a space that secures

* Una primera versión de este artículo se publicó en el libro: Chan Mora, Gustavo y otros (coords). "Ciencias Penales y Derechos Humanos. Homenaje al Profesor Dr. Javier Llobet Rodríguez". Editorial Jurídica Continental, Costa Rica, 2020.

** Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Juez de la Sala Constitucional.

pluralism and equal participation of the various means of social media. Media concentration is a menace to citizen's participation and diversity of opinions and voices that contribute to an acceptable opinion. This article analyzes such reality and the role that a Constitutional Court might play. Various reflections and questions are also formulated regarding particularly sensitive issues, which have been addressed by the Constitutional Chamber, including limitations on media ownership by foreigners, source confidentiality, private control of the media and its financing.

Keywords:

Freedom of opinion. Freedom of expression. Media. Source confidentiality.

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- La propiedad de los medios de comunicación. 3.- El control de los medios de comunicación. Concentración y publicidad. Limitaciones a la libertad de expresión. 4.- El poder de los medios y su influencia en la política. Un ejemplo histórico. Sugerencias impropias a José Figueres Ferrer. 5.- La transparencia y el acceso a información, una exigencia de la democracia. 6.- Limitaciones a extranjeros para que sean propietarios de medios de comunicación. Un paso arriesgado. 7.- La colegiatura obligatoria. Mayor poder para los medios de prensa y mayor vulnerabilidad del periodista. 8.- La fortaleza de la prensa. Secreto de las fuentes. 9.- El control privado de los medios de comunicación. Poseen mayor poder. 10.- Financiación de los medios de comunicación. Un interesante ejemplo. 11.- Paradojas, debilidades y silencios de la libertad de expresión.

1.- Introducción.

El análisis de los medios y todas sus ramificaciones, posee una gran riqueza, es un arco iris en que los colores son insuficientes para captar los matices de una realidad que huye de la percepción precisa, porque son muchos los actores y también muchas sombras y luces. En la sombra se aloja ese poder que se oculta, porque lo que “*interesa*”, lo “ *cubren*” los medios. La democracia tiene una vinculación estrecha con los medios de comunicación y los actores que pululan en su construcción. Porque no me cabe la menor duda que existe una construcción de la opinión pública, a veces es consciente, en otras, es el resultado de un proceso sobre el que no existe control. En algunas ocasiones la instancia constitucional puede definir muy bien la relación entre derechos fundamentales, democracia y los límites del poder, pero en otras ocasiones, el poder de los medios no puede abordarse desde la jurisdicción constitucional, se desarrolla e influye como un poder fáctico.¹

1 “...Los medios de comunicación, ¿Reflejan la realidad, o la modelan? ¿quién viene de quién ¿El huevo o la gallina? ¿No sería más adecuada, como metáfora zoológica, la de la víbora que se muerde la cola? Ofrecemos a la gente lo que la gente quiere, dicen los medios, y así se absuelven; pero esa oferta, que responde a la demanda, genera cada vez más demanda de la misma oferta: se hace costumbre, crea que su propia necesidad, se convierte en adicción. En las calles hay tanta violencia como en la televisión, dicen los medios; pero la violencia de los medios, que expresa la violencia del mundo, también contribuye a multiplicarla...” En la democracia se requiere algo más que lo que se “demanda”, debe existir comunicación a la medida de la dignidad del ciudadano y de su derecho a la información y el conocimiento. Galeano, Eduardo. “Patatas Arriba-La Escuela del mundo al revés”-Siglo XXI-México. 1998-p.302.

2.- La propiedad de los medios de comunicación.

Aunque es evidente, nos hemos acostumbrado a ver, sin mayor crítica, que los medios tienen dueño. Esto no es desdoro o no los descalifica, pero no cabe ninguna duda que esa propiedad condiciona la orientación ideológica del medio y lo que escoge para destacar en la creación de la agenda de los asuntos públicos. Se requieren muchas voces para que los que concentran la propiedad de los medios, no determinen lo que es relevante para la ciudadanía, a la que se le debe dar información para que no sea una masa que asimila todo, sin mayor reflexión, se debe propiciar una ciudadanía crítica e independiente, por lo menos esa es la aspiración que se pregonaba en manuales y en las declaraciones del discurso teórico.

Pero este tema no es tan fácil como para decir que todo está en blanco y negro, porque los medios de propiedad pública debieran tener un régimen que impida que sea el partido en el poder, el dueño de ese medio. Es decir, entre intereses privados e intereses del partido, podemos apreciar una concentración de poder que posterga la participación del ciudadano en la construcción de una opinión independiente y crítica, como corresponde a una sociedad democrática.

Es importante por tanto, promover diversidad de voces en el espectro radial, en el televisivo y en las redes sociales. Es fundamental que haya pluralidad y accesibilidad. Se requiere una política bien definida promoviendo un comunitarismo, pluralidad y accesibilidad a los medios de comunicación. Y por supuesto, crear medios de comunicación de propiedad pública que estén lejos de los intereses del partido o los partidos en el poder. En esta materia, uno se pregunta, cuánta debilidad podrá tener el SINART. Los que lo han conocido, sabrán identificar las debilidades que enfrenta una política de fortalecimiento de la participación y el pluralismo ideológico, los medios estatales de comunicación deben tener un régimen que les permita competir en calidad y diversidad, pero contando con suficientes recursos. Asumo que el SINART enfrenta graves limitaciones presupuestarias. Los medios deben reflejar la diversidad de opiniones del ciudadano, pero no las que se esculpen con el cincel de los intereses o con lo que define una amorfa demanda, sin plantear alternativas. Así se perfila a veces un periodismo de consignas o del pensamiento único. También puede ser el periodismo de la superficialidad.

Para abordar este tema puede hacerse desde muchos ángulos, yo encuentro atrayente el pensamiento de Giovanni Sartori, cuando analiza el papel de la televisión en la formación y difusión de ideas, que condiciona, sin duda alguna, en la

calidad de la participación. El predominio de la imagen no es una simple afirmación. En nuestra comunicación predominan sondeos e imágenes. La imagen se desliza y reina sin que el ciudadano se percate que esa imagen impone un juicio devaluado, descafeinado. La visión de Sartori padece una crítica pesimista, pero eso no es un pecado, es que llama la atención sobre una presencia abrumadora de la imagen que eclipsa el pensamiento; es un juicio que no se tiene presente cuando se habla de la libertad de prensa y de información en términos genéricos.

La televisión, factor determinante en la socialización de la niñez, de la juventud.² Si a los actores de la democracia se les abruma con imágenes que reducen el análisis crítico, la selectividad. Hay aquí un factor estructural que condiciona el nivel de opinión y la valoración sobre los hechos. Cuesta reconocer que la televisión, con su lenguaje de imágenes, es un agente fundamental en la socialización de la niñez y en la construcción de estados de opinión. En algunos casos, la imagen puede imponer la superficialidad, la emotividad sin reflexión.³

No puedo ignorar al abordar el tema, de la mano de Sartori, que la televisión modifica y empobrece el aparato cognoscitivo del “*homo sapiens*”, anulando su capacidad analítica, reduciendo la capacidad para articular ideas claras, promoviendo una visión crítica. Así se construye un “*proletariado intelectual*”; esta pobreza en la atmósfera que prohíja la formación de opinión, es un dato muy importante si queremos promover una sociedad de seres pensantes y libres, en su versión clásica. La televisión se convierte en un factor de distorsión, de adormecimiento y uniformidad. Aprovecho estas reflexiones para plantearlo, porque en las instancias constitucionales, esto sería un tema ajeno o quizás, para algunos, políticamente incorrecto. Pasamos del “*homo sapiens*” a un “*homo videns*”, en que el discurso se deriva, básicamente, de la imagen. Si no hay conciencia de esto, que puede ser real, entonces el desarrollo de la libertad de opinión y de información, se reduce mucho. Así languidece la reflexión, el cuestionamiento. En la formación de la opinión, habría que ponerle atención a otros factores en la socialización, entonces encuentro que existe algo más que medios, participación, sino que también es importante, la formación de la conciencia. Es el complemento perfecto de la libertad. Hay una amenaza que requiere una estrategia que equilibre esta visión de Sartori. La “*fabricación*” de opinión, con intención o sin ella, es algo que hay que visualizar. Se trata de construir una opinión, con muchos actores, pero hay que identificar los factores que distorsionan esa posibilidad. Evitar, por supuesto, la sociedad de masas,

2 Sartori, Giovanni. “Videopolítica-Medios, Información, y democracia de sondeo”-Fondo de Cultura Económica. México. 2005-p.42

3 Sartori, Giovanni. Ob. Cit.- p.42

aquí entraría entonces una valoración de la televisión y la educación como instrumento de socialización. Evitar que se anule a las personas y construir una opinión ciudadana que no quede atrapada en las imágenes, en las consignas, en las omisiones.⁴

No deja de ser inquietante en este tema, que la televisión sea la primera escuela de los niños y niñas; queda atrapado ese niño en imágenes, que lo convierten en un adulto sin capacidad analítica y que no lee, que no tiene capacidad crítica, porque tal capacidad se ha devaluado en el mar de imágenes, en una comunicación que va a la apariencia y no al contenido que trasciende el presente. La falta de capacidad analítica se menciona en investigaciones, trascender el texto. En una democracia deberíamos trascender el trasiego de imágenes, que son importantes, pero se requieren otros enfoques. Sartori nos llama la atención para abordar este tema más allá de normas, decisiones o sondeos. El "*homo videns*" requiere un enfoque que trascienda la propia Escuela, visualizando la realidad de los medios de comunicación. Es decir, que en esta materia, no todo es miel sobre hojuelas, porque la democracia requiere un ciudadano suficientemente informado, que tenga alguna idea de lo que está sucediendo y ese nivel no se alcanza en la sociedad contemporánea.⁵

No puede concebirse una opinión pública que no esté conformada por personas con una correcta información y conocimiento, pero ese es el reto, se requiere capacidad para acceder a información y un conocimiento que permita un análisis crítico de cada ciudadano. Y claro, la verdad, el gran tema, sobre el que no me desgastaré, porque la verdad en la vida la democracia, es una aspiración que recibe muchos golpes y devaluaciones.

La formación de la opinión, cómo se forma, cómo se expresa, es un tema muy complejo, pero quizás podemos identificar actores predominantes en el juego de formación de opinión pública. En Costa Rica, por lo menos en televisión y prensa escrita, hay actores preponderantes, bien definidos. No creo que en este caso exista una poliarquía. Debe admitirse como real, la concentración. En la radio hay más actores y una menor tendencia a la concentración. Pero estos actores influyen en la formación de un clima de opinión y con mayor razón, si en lugar del "*homo sapiens*" predomina el "*homo videns*". Se podrá asegurar una mayor participación ciudadana,

4 "...En resumen, mi punto de vista acerca de la información es que la televisión ha entrado en una carrera competitiva decadente cuyo producto final es, primero, una información reducida; segundo, información improvisada e inútil, y tercero, una desinformación absoluta..." Ob. Cit. Sartori, Giovanni -p 53.

5 Sartori, Giovanni. Ob. Cit.-p.44.

actores más pequeños, en el mundo de los agentes formadores de opinión? Es un tema muy complejo, políticamente muy delicado. Casi intocable, pues los grandes medios tienen sus agentes y sus condicionantes.

Pero no cabe la menor duda que la formación de la opinión pública padece miopías y debilidades, por la influencia de la televisión, el síndrome de imágenes y la sondeo-dependencia, que pinta de diversos colores los estados de opinión. Falta un espíritu crítico e independiente en la valoración de las encuestas, no es tarea fácil, es compleja, porque muchas veces desconocemos cómo se hizo la encuesta y las condiciones en que se hizo, así como su representatividad.

Las teleimágenes le dan predominio a la emotividad y no a la racionalidad, que es el supuesto de un estado de opinión en una sociedad democrática. En la formación de un estado de opinión en una democracia, debe predominar el saber y no la sacralización de la emotividad. No sé si esto tiene relación con la desideologización de la política. Los estados de opinión débiles y desinformados pueden ser los que predominan, en estas condiciones la democracia no tiene un buen rumbo, ni sustento sólido. Que la democracia no descansa sobre una multitud incapaz de analizar, con información parcializada. Hay datos que sustentan este panorama, lo que requiere respuesta de políticas públicas, asunto nada fácil. Crear espacios para la libertad de pensamiento, el pensamiento crítico, no es utopía, es necesario. Crear espacios no para la reacción, sino para el conocimiento suficiente, para que la democracia no se deje llevar por ciudadanos desinformados. Este no sería el ambiente que requiere una democracia decente. Una ciudadanía de personas y no de individuos.

3.- El control de los medios de comunicación. Concentración y publicidad. Limitaciones a la libertad de expresión.

El control de los medios es un objetivo estratégico fundamental, pues por esta vía se puede manipular el pensamiento de mayorías sociales, “creando” objetivos sociales “*prioritarios*”, pero que distan mucho de ser lo que parece. En una obra de Noam Chomsky, titulada: “*Ilusiones necesarias- el control del pensamiento en las sociedades democráticas*”⁶, hace un análisis pormenorizado sobre diversos

6 Chomsky, Noam. “Control del pensamiento en las sociedades democráticas”-Ed. Libertarias-Prodhufi-España-1992- En esta obra afirma: “...En resumen, los principales medios de comunicación, en particular, los medios de élite que establecen el programa que los demás suelen seguir-son grandes empresas que “venden” públicos privilegiados a otras empresas. No podría ser una sorpresa el hecho que la imagen del mundo que presentan reflejara las perspectivas y los intereses de los vendedores, los compradores y el producto. La concentración de los medios de comunicación es

acontecimientos en los que brinda suficientes argumentos sobre la manipulación de la información, sin necesidad de mentir abiertamente. Se pueden elaborar noticias que justifiquen a las grandes corporaciones o que legitimen las políticas del Gobierno norteamericano. En estas deformaciones, el ciudadano es un consumidor, un observador, pero no un partícipe. Si el público no recibe las noticias sin el prisma deformante de intereses ocultos, la democracia enfrenta una crisis.⁷ Lo mismo se puede decir sobre diversos cambios políticos que se produjeron en Inglaterra con el auxilio manipulador de los medios de prensa importantes.⁸ En este sentido, los medios de prensa realizan una función importante, al apuntar sus armas hacia quienes están más abajo, fundándose en distorsiones, mitos y mentiras descaradas, logrando de esta manera que la élite de los ricos y poderosos, pase desapercibida, invisibilizando las verdaderas raíces del poder y sus distorsiones.⁹ Encuestas realizadas en el Reino Unido demuestran que la información sesgada y parcializada, provoca percepciones erróneas sobre la realidad. La manipulación puede convertir a los medios de comunicación en grandes empresas que “*venden*” públicos cautivos a otras empresas. Las perspectivas políticas y sociales toman una coloratura gracias a la hábil campaña de los medios de prensa, esta es una amenaza. En este panorama, los periodistas se ven sometidos a presiones ideológicas y el ciudadano recibe una información omisa, parcial o manipulada. No hay que cerrar el ojo ante la posibilidad que las ideas de la clase dominante se conviertan en las ideas dominantes de una época (La ideología alemana, Carlos Marx), más cuando los medios de comunicación, en su concentración, se convierten en un poder fáctico, con el agravante, que en algunos casos, la actividad comunicacional es parte de un arco iris de actividades económicas del medio de prensa. La singularidad de la comunicación, su vocación de servicio público, debería evitar que haya una homogenización entre los intereses de una empresa mercantil y la actividad de comunicación. Por lo menos tales vínculos requieren que sean públicos y transparentes, es decir, que el ciudadano sepa, respecto de cada medio, sus vínculos con una serie de actividades mercantiles. Porque los ciudadanos deben conocer las raíces de los intereses económicos de quienes le informan, así puede saber cuáles intereses influyen en la información

elevada y va en aumento. Además, quienes ocupan posiciones directivas en los medios, o adquieren categoría dentro de los mismos en tanto que comentaristas, pertenecen a las mismas élites privilegiadas, y se podría esperar que compartieran las percepciones, aspiraciones y actitudes de sus asociados, reflejando, igualmente sus propios intereses de clase...” Chomsky, Noam. Ob. Cit-p.17-18.

7 Chomsky, Noam. Ob. Cit- p.25.

8 Jones, Owen. “El establishment. La casta al desnudo”-Ed. Seix Barral. España. 2015-p.131 ss.

9 Jones, Owen. Ob. Cit.2015-p.136.

brindada por el medio. Saber los vínculos económicos y políticos que tiene el medio de comunicación, así podemos analizar su orientación ideológica y sus intereses.

El dominio de los medios de comunicación por intereses privados que viven en la opacidad, pueden vaciar de contenido el derecho a recibir información veraz e informarse con la mayor objetividad. Las debilidades en opacidad y la mezcla de intereses empresariales con los de una empresa de información enfrenta otra amenaza: la concentración de los medios. Deben definirse límites a la concentración, porque así como la constitución prohíbe los monopolios y agregos, los oligopolios, de igual forma, deben establecerse límites a la concentración de medios en prensa escrita, radio y televisión. La libre opinión en una sociedad libre, enfrenta los peligros de una alta concentración, porque la libertad de opinión requiere un espacio que garantice el pluralismo y el equilibrio entre los actores que promueven un estado de opinión, al margen, muchas veces, de la participación del ciudadano. La concentración de los medios sigue una ecuación muy sencilla: mayor concentración de poder en grupos minoritarios, mayor concentración de medios controlados directa o indirectamente, por esos grupos minoritarios. Estas consecuencias son muy obvias, pero no hay problemas de diagnóstico, sino que el nudo gordiano es: la decisión; la capacidad política de tomar decisiones, que no es bajo ningún concepto, expropiación o limitaciones, sino la promoción de la participación y la introducción de algunas reglas que aseguren el pluralismo. Los ejemplos de concentración de medios, son muy variados, por ejemplo en Perú, el Grupo El Comercio controla el 78 por ciento de la prensa. Es un dato inquietante, que lo reprocha Vargas Llosa en los siguientes términos: *“Si se produce una concentración de medios como se está produciendo en el Perú, y estos medios tienen además una línea política muy clara, entonces allí hay una amenaza muy grande contra la democracia...”*¹⁰ Esta advertencia no proviene de un extremista de izquierda, no puede catalogarse como una crítica que pretenda hacer desaparecer la independencia de los medios, pero hay que tener un ojo bien abierto sobre la concentración de medios, para asegurar el pluralismo y la convergencia equitativa que requiere un régimen de opinión en una democracia. La concentración de medios es una amenaza para la participación ciudadana y la diversidad de opiniones y de voces en la construcción de una opinión aceptable. La concentración puede imponer limitaciones más graves a la libertad de expresión. La concentración también se destaca en Brasil, en donde el grupo Globo controla el cuarenta y cinco de la audiencia televisiva y el setenta y cinco de la publicidad, sin desconocer que tiene la propiedad sobre treinta y ocho canales de pago. Se afirma que en la campaña para destituir a Dilma Rousseff, participó activamente el grupo Globo. De esta forma, los medios defienden un modelo

10 La República-Perú- 29/12/2013.

económico que les ha permitido convertirse en millonarios. No puede existir libertad de pensamiento y de opinión, si la mayoría de los medios coincide en los mismos presupuestos ideológicos, debilitándose notablemente el pluralismo y la convergencia de diversos actores en la definición de un estado de opinión que no sea unidimensional. No hay duda que el control, la concentración de medios permite definir qué tipos de programas se difunden y los “*expertos*” que son consultados por los medios. La libertad y la democracia se deteriora seriamente si la sociedad no está bien informada.

No puede ignorarse que la dependencia de los anunciantes condiciona el contenido y profundidad de los medios de información. Este es un factor que no debe desconocerse a la hora de diseñar una política de medios, deben diseñarse estrategias que permitan tener medios diversos que no dependan de la publicidad. Se requiere una política integral que convierta los medios de comunicación en un instrumento que asegure una información más allá de lo publicado, que asegure pluralismo y acceso amplio a los medios. No siempre se requiere cerrar un medio para silenciarlo, basta no darle ninguna publicidad. Podría pensarse que los medios comerciales subsidien a otros medios comunitarios para que se expresen voces de la comunidad, debe existir un estímulo a la diversidad de voces, evitando la homogenización. Es necesario definir si el espectro informativo, entre ellos la televisión, están controlados por visiones conservadores o acrílicas. No menciono el internet, que ha venido a introducir cambios importantes, porque estimo que no es suficiente, a pesar de sus ventajas, porque la fuerte presencia de la televisión y de la imagen, condicionan y debilitan el pluralismo ideológico y la vitalidad de la libertad de opinión y de información. La democracia requiere pluralidad de los medios, estimulando su independencia e identificando el origen y las raíces de su dependencia.

Sobre la concentración de medios en Costa Rica, existen corrientes de opinión, bien fundadas, que lo aseveran. Existe evidencia que los principales medios de comunicación nacional, tanto en radio, televisión y prensa escrita, se encuentran ligados a grandes grupos de comunicación mundial y de dominio económico, comercial, político, cultural e ideológico, con ligámenes bien definidos con la clase dominante local, produciéndose de esta manera una concentración de los medios de comunicación. Así se gesta la politización en la concentración de los medios y la despolitización de los ciudadanos que “*consumen*” las noticias, a quienes se les impone la recepción de noticias irrelevantes y parciales.¹¹

11 Aguilar Bulgarelli, Oscar. “Costa Rica: dictadura mediática o Tiranía en Democracia”-Ed. Progreso. Costa Rica- p.261.

4.- El poder de los medios y su influencia en la política. Un ejemplo histórico. Sugerencias impropias a José Figueres Ferrer.

Los medios de prensa ejercen un gran influjo en la determinación de la agenda política y en decisiones que se adoptan desde el poder formal. Es difícil mencionar casos específicos en que se aprecie la incidencia que tienen los medios en el quehacer político. Sin embargo, hay un ejemplo paradigmático de esta intervención de un medio de prensa y que se produjo en Costa Rica, durante la guerra civil del cuarenta y ocho. Durante ese conflicto, la élite del poder costarricense y los medios de prensa que la respaldaban, entre ellos, el diario La Nación, le dio su apoyo a José Figueres y su ejército, pero le declararon la guerra cuando se percatan que el líder victorioso les dice, con mucha claridad, que la “*guerra de liberación nacional*” no se ha librado para derogar las garantías sociales y el código de trabajo. Más bien enfatiza que la reforma social de Calderón Guardia, será fortalecida. Esta actitud endureció la posición de los grupos conservadores contra Figueres y su movimiento, al decretarse la nacionalización bancaria y el impuesto del diez por ciento del capital.¹² En medio de los acuerdos de pacificación después del conflicto, con las armas aún humeantes, Figueres narra lo que calificó como intrigas politiqueras, propuestas de grupos de poder y de un medio de prensa muy influyente desde aquella época como el Diario La Nación. Don Pepe, narra esta maquiavélica propuesta, en los siguientes términos:

Aún con el eco de los últimos disparos flotando en el aire, llegaron a visitarme a Cartago, representantes del periódico La Nación es decir, de los intereses conservadores y reaccionarios del país. Don Ricardo Castro Beeche, Lic. Francisco Jiménez, don Fernando Lara Bustamante¹³ y don Sergio Carballo, que ya partieron de este mundo, llegaban a saludar al soldado victorioso. Entonces, envueltas en frases equívocas y sibilinas, me hicieron unan propuesta, que en el fondo era muy simple: que eliminara las Garantías Sociales, el Código de Trabajo y el Seguro Social. Llegaron hasta decirme, sin ambages, que comprendían que en nuestra propaganda de guerra, hubiéramos estado mintiendo, en cuanto al mantenimiento de las conquistas sociales. Pero que ahora, ganada la guerra, deberíamos tener en

12 Castro Vega, Oscar. “Figueres y la Constituyente del 49”-Ed. Uned. Costa Rica. 2007-p. 47-48.

13 Según refiere Castro Vega, don Ernesto Lara Bustamante, hermano de don Fernando, le dijo que las afirmaciones de don “Pepe”, eran una infamia, pues su hermano no estuvo presente en ese encuentro. Castro Vega, Ob. Cit. 2007.

cuenta que la guerra se había hecho para eliminar todas esas leyes sociales. Las fueras que ellos representaban, me darían todo el apoyo que podría suministrar el gran capital y la prensa, para que me quedara con la Presidencia de la República, desconociendo la elección de Otilio Ulate. Con firmeza rechacé como antipatrióticas las proposiciones que me hacían, como si fuera un politiquero dominado por la lascivia del poder...¹⁴

Este es un buen ejemplo de la relación entre el poder y la influencia de la prensa, que generalmente tiene un compromiso ideológico bien definido, a veces oculto, a veces, diáfano. Los medios de comunicación no son promotores objetivos de una opinión que surge espontáneamente de la visión del ciudadano, sino que promueven una determinada orientación o enfoque, para que el “consumidor” de noticias, asuma, como propia, una opinión que puede crearse o influirse a partir de ciertas visiones afines con el poder o con la disidencia. No es posible desconocer que el diario La Nación se fundó en 1946, con el fin de contar con un medio de comunicación que combatiera el gobierno de Rafael Ángel Calderón Guardia y su línea política, definida como caldero-comunista, por eso La Nación surge, según lo explican sus accionistas, como un periódico político, tenía desde el principio una ideología bien definida.¹⁵ Sobre estas realidades y deformaciones, un Tribunal Constitucional no tiene una incidencia determinante, excepto que se promuevan normas que propicien el pluralismo y la equidad en la participación de los diversos medios de comunicación social.

5.- La transparencia y el acceso a información, una exigencia de la democracia.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha sido muy importante en el fortalecimiento del acceso a la información y la transparencia en asuntos de interés público. En fallos como la 3729-15, se ordenó a la Casa Presidencial entregar las bitácoras de las visitas, pues es información pública. Igual ocurrió con el voto 13658-08 en el que se ordenó dar información sobre una operación financiera con el gobierno Chino y que se conoce, popularmente, como el asunto de los bonos chinos. En la sentencia 3074-02 se ordenó al Banco Central entregar un informe del Fondo

14 Figueres Ferrer, José. “El espíritu del cuarenta y ocho”. Ed. Edel. Sin año de edición-Costa Rica-p.294.

15 Aguilar Bulgarilla, Ob. Cit.- p. 248-se cita una tesis de grado de Isabel Ovares y Patricia León, titulada: “La estructura de poder en los medios de información en Costa Rica”.

Monetario Internacional. Todas estas decisiones son importantes y definidas a golpe de sentencia, porque hay deficiencias en la conceptualización de lo que es secreto de Estado y existe una cultura burocrática que presume que en asuntos públicos, el acceso es restringido. El acceso a todos los documentos públicos debe ser la regla; debería existir un procurador o defensor de la libertad de opinión, con una dedicación comprometida frente a estos. Hay materias en que se percibe que no existe transparencia institucional, por ejemplo, hay opacidades en cuanto a las concesiones, definiendo materias de acceso a la información que deben ser de fácil acceso, por ejemplo, la fórmula económica de la concesión. La información debe tener un formato accesible, destacando las ganancias del concesionario, sus costos y el costo de lo que aporta el Estado. La accesibilidad debe darse respecto de los medios de prensa, debe ser de acceso público no sólo quienes son los dueños de los medios, sino el grupo económico al que pertenece y las diversas actividades a las que se dedica ese grupo. Aunque sea una actividad privada, presta un servicio de interés público notable e indiscutido, por esta razón, el velo que cubre a las actividades privadas, requiere ajustes y excepciones, ampliando el acceso público en las actividades privadas de indiscutible relevancia pública.

6.- Limitaciones a extranjeros para que sean propietarios de medios de comunicación. Un paso arriesgado.

Es interesante destacar que Costa Rica, mediante una sentencia de la Sala Constitucional, tomó la decisión de considerar inconstitucional una norma que prohibía a los extranjeros ser propietarios de medios de comunicación. La norma de la ley 6220, establecía, lo siguiente: "*Artículo 2º- Los medios de difusión y las agencias de publicidad, únicamente podrán ser explotados por costarricenses por nacimiento, o por hijos menores de costarricenses o bien por personas naturalizadas con no menos de diez años de residencia en el país, después de haber adquirido la nacionalidad.*" Esta es una decisión crucial, porque en otros países existen prohibiciones o restricciones para que los extranjeros sean propietarios de medios de difusión. Este es un punto de política pública que merece ser discutido y analizado. Debo mencionar que la Procuraduría, al rendir su dictamen, estimó que la norma no era inconstitucional. La Sala decidió esto en el voto 5965-94. Es relevante analizar si al país le conviene o no que extranjeros sean propietarios de medios de comunicación. Un tema del que ahora no se habla y que tiene especial relevancia en el régimen de opinión, porque los medios de prensa son poderes fácticos que se convierten en actores socio-políticos relevantes. Sólo por curiosidad y por la relevancia que tiene, citaré la opinión de la Procuraduría, según se cita en el fallo, porque da una perspectiva diferente:

Los medios de difusión y agencias de publicidad deben ser reservados a los costarricenses por tratarse del ejercicio de un poder en relación con libertades públicas fundamentales para el desarrollo democrático, y los artículos 2 y 10 de la Ley No.6220 -al excluir a los extranjeros del control de los medios de difusión y de las agencias de publicidad- expresan una conducta razonable legislativa. Dicha razonabilidad legal hace imposible el quebranto del artículo 19 de la Constitución, porque el legislador utilizó correctamente el principio de reserva legal. En ese sentido, la excepción que establecen los artículos 2 y 10 de la Ley No.6220 no infringe lo dispuesto en los numerales 28 y 29 de la Constitución, porque a los extranjeros no se les está limitando la libertad de expresión de pensamiento por medio de los mecanismos lícitamente aceptados en el sistema jurídico costarricense, sino que lo que se les prohíbe es ser propietarios de los medios de difusión y de las agencias de publicidad. Manifiesta que si los extranjeros llegasen a ser propietarios de los medios de difusión y de las agencias de publicidad, podrían, con participación de comunicólogos, distorsionar nuestras valoraciones democráticas en perjuicio de lo que dispone el artículo 1 de la Constitución que define a Costa Rica como una república democrática, libre e independiente. En cuanto a la infracción del principio de igualdad y no discriminación, indica que las normas objetadas no producen tal quebranto, porque la excepción de trato igual para los extranjeros está autorizada en el artículo 19 de la Constitución, y dichas normas desarrollan esa excepción en forma razonable, ya que solo los costarricenses -por mandato constitucional- pueden ser formadores de opinión a través de los medios de prensa. Considera que tampoco infringen la libertad de empresa, porque esta no se puede ejercer en forma irrestricta, y la condición de nacionalidad costarricense para obtener la propiedad de los medios de comunicación y de las agencias de publicidad, constituye un requisito previo a su ejercicio. Estima que no se infringen los artículos 2 y 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, porque de ellos se deduce que la difusión de ideas tiene límites para los extranjeros y puede estar sujeta a ciertas restricciones fijadas expresamente por la ley, que sean necesarias para asegurar la protección a la seguridad nacional, el orden público, la moral pública y la salud pública. Esas condiciones se cumplen en el ordenamiento nacional, porque las excepciones establecidas en las disposiciones cuestionadas están autorizadas plenamente en el artículo 19 de la Constitución. En cuanto a la infracción del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, indica que el destinatario de las libertades públicas reconocidas en la Convención es

la persona física, y la acción tiene por objeto alegar derechos de una persona jurídica. Además la Convención como tratado internacional debe adecuarse a la Constitución. De ahí que no exista tal quebranto pues a los extranjeros se les reconocen todos los derechos y libertades autorizados para ellos, excepto ser propietarios de los medios de difusión y agencias de publicidad, por prohibición constitucional y legal. En lo que respecta al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, manifestó que esa norma se refiere a la libertad de pensamiento y expresión de toda persona física, no de personas jurídicas, por tal razón es inadmisibles el quebranto que se atribuye a esa norma. En cuanto al artículo 10 de la Ley No.6220 -que dispone que los actos contrarios a las disposiciones de esa ley, serán absolutamente nulos-, señala que tiene como propósito dar cumplimiento a las prescripciones legales y coincide con lo dispuesto en el artículo 129 de la Constitución Política. Por lo que considera que se debe declarar sin lugar la acción presentada...

El pronunciamiento de la Procuraduría fija un camino, una posibilidad; no resulta ser arbitrario que se les imponga a los extranjeros limitaciones para que puedan ser propietarios de medios de comunicación. Bien puede el legislador imponer esos límites. Esta decisión definió una ruta que en el estatuto general que debe regular la libertad de expresión, tiene especial relevancia. Coincidió con la opinión de la Procuraduría, porque el artículo diecinueve permite imponer restricciones que resulta razonables y constitucionalmente aceptables. Me pregunto, qué reacción habría si se definiera, como tema político, que los extranjeros no puede ser propietarios de medios de comunicación? Es un tema que vale la pena discutir, evaluar, es de la mayor relevancia. Me parece que es opinable si se imponen restricciones o prohibiciones para que los extranjeros puedan ser propietarios de medios de comunicación, pero no es una definición que sea inconstitucional. Puede ser parecido a la prohibición para que los extranjeros participen en las campañas políticas.

El criterio del profesor Aguilar Bulgarelli es que este fallo le dio un zarpazo a la libertad de expresión en Costa Rica. La acción fue planteada por don José Manuel Gutiérrez, a la que se adhirió el abogado Carlos José Gutiérrez G. en representación de la empresa "172847 Canada Limited"; don Carlos José era un destacado político y académico. El planteamiento judicial citado coincidía con el interés de poderosas cadenas mejicanas por adquirir televisoras nacionales, especialmente Tv Azteca, Televisa y el prominente empresario mejicano Ángel González, en representación de Repretel. La crítica de Aguilar al voto de la Sala Constitucional es que "... los magistrados, incapaces de ver el real entorno social, cultural, económico y político de la

decisión que iban a tomar, se justificó en el análisis del principio de igualdad ante la ley que consagra la Constitución Política y que a su juicio no se aplicaba a favor de los extranjeros; también elaboró toda una argumentación más allá del tema estrictamente constitucional, que fue justificado al aceptar que el artículo dos, -no llenaba los requisitos establecidos en la Constitución, Pactos Internacionales y la Jurisprudencia de la Sala para establecer diferencias válidas entre nacionales y extranjeros...”¹⁶ Con agudeza el profesor Aguilar señala que la Sala no impide que se regule la propiedad de medios por parte de extranjeros, pero sobre esto no hay propuestas ni discusiones políticas. Llama la atención que Sutel no ha hecho nada respecto a un hecho notorio: de los doce canales de la banda fundamental VHF, seis de ellos pertenecen o son arrendados a una sola empresa: Repretel. Se trata de una concentración de frecuencias en poder de un empresario extranjero.¹⁷

7.- La colegiatura obligatoria. Mayor poder para los medios de prensa y mayor vulnerabilidad del periodista.

El voto 2395-95 de la Sala Constitucional consideró que era inconstitucional que las funciones del periodismo sólo pudieran ser realizadas por miembros inscritos del Colegio. Esta es una decisión que tuvo una larga trayectoria ante instancias de la Corte Interamericana y la Comisión. El tema es muy discutible, pero eso no es lo que interesa si se quiere tener una visión integral sobre la libertad de expresión, de información y de los medios, también es una determinación del poder. La exclusión de la colegiatura obligatoria le dio mayor poder a los dueños de los medios; el periodista se le limitó aún más su participación en la orientación de la noticia, en la orientación de la política de información. Ya no existe un profesional que posee una especialidad y que impone reglas éticas propias de su quehacer profesional. Los periodistas tienen un ethos que debe imperar en los medios de comunicación, sin embargo, al eliminar la colegiación obligatoria, el oficio del periodista sufre una gran devaluación, su independencia, no es un factor de contrapeso frente al poder de los dueños de los medios. El periodista requiere un status de protección, porque su oficio trasciende los intereses económicos y empresariales que orientan a los dueños de los medios. Esta debilidad del periodista elimina un contrapeso que en la tutela de la libertad de información, tal como lo mencionaré, no me cabe la menor duda que los dueños de los medios de prensa tienen pocos contrapesos, salvo su voluntad de autocontención.

16 Aguilar Bulgarelli, Oscar. Ob. Cit.- p.98.

17 Aguilar Bulgarelli, Oscar. Ob. Cit.- p.98-99.

Como nota curiosa debo destacar que la Corte expuso la siguiente opinión:

... que la colegiación obligatoria de los periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Destaco esta opinión porque las políticas editoriales, la agenda, los enfoques, pueden significar una limitación para el uso pleno de los medios de comunicación, sin embargo a nadie se le ocurriría hacer esa propuesta para que haya participación.

Además ningún ciudadano tiene el uso pleno de los medios de Comunicación social como vehículo para expresarse o transmitir información. A los medios no se les puede aplicar en todo su esplendor el artículo trece del Pacto de San José. Siempre hay exclusiones, de facto, en el acceso a los medios de comunicación.

Sin colegiatura obligatoria, el periodista debe soportar ser un subalterno, cumpliendo órdenes del dueño del medio. Tenía una mejor situación cuando estaba protegido por un régimen de colegiación que le permitía tener cierto grado de autonomía frente a los dueños o la jerarquía del medio. Hay de esta forma una identidad entre el propietario del medio y la agenda y los intereses que defiende el medio. Es una tendencia que hay que asumir, si se pretende abordar este tema más allá de las declaraciones en abstracto.¹⁸

La supresión de la colegiatura obligatoria y sus consecuencias, propició la pérdida de terreno del periodismo auténtico, con sus condicionantes éticos y técnicos, acelerándose el proceso de perversión y venta, la búsqueda de la verdad se convirtió en la búsqueda de lo divertido, convirtiendo el servicio del periodista en una batalla por el “*rating*”, de esta forma el periodismo se orientó más hacia la información y el entretenimiento, lo que puede resumirse en un concepto muy cercano al costarricense: periodismo corrongo.¹⁹

Los dueños de los medios definen el modelo de prensa, determinando a qué

18 Siempre los directores de los medios, concentran un gran poder, quizás sólo limitados por el “*rating*”. Este dominio de los dueños de medios, se destaca en Inglaterra, en donde las opiniones políticas de los propietarios de los medios marcan la pauta a sus periódicos, convertidos en eficaces mecanismos de presión política. Si bien en público se admite que importa mucho la opinión de los consumidores de noticias, en privado admitían que no les preocupaba mucho lo que pensarán sus lectores. Así lo reconocía, entre otros, David Wooding del periódico “*The Sun on Sunday*”, porque lo que importa es la línea del medio y no la de sus lectores. Owen Jones. Ob cit- p. 148.

19 Morales, Carlos. “Los hechizados del siglo XXI”-Ed. Prisma. Costa Rica. 2006-p.50-51.

intereses responden.²⁰ Parece una verdad de Perogrullo, pero cuando se habla de estas libertades, se deja en la penumbra esta realidad.

Creo que deben existir actividades en los medios, de dirección, de orientación, que deben ser exclusivas de los periodistas y en esas actividades, no puede designarse a alguien que no sea periodista. Ese sería el campo exclusivo de los periodistas o comunicadores.

8.- La fortaleza de la prensa. Secreto de las fuentes.

En un panorama de cuestionamientos e interrogantes, debe destacarse el voto 7548-08 en que se reconoce a los periodistas el secreto de las fuentes. Se definió que el periodista, actor debilitado por las razones que ya expuse, tiene derecho al secreto de las fuentes. En este caso se analiza si se ha vulnerado, en perjuicio del amparado, su derecho a la autodeterminación informativa y si existe un derecho fundamental de los informadores al secreto de las fuentes. Lo anterior, toda vez que el Director del periódico La Nación negó proporcionarle al recurrente una copia de la documentación que solicitó el día 26 de enero del 2007, la cual, a su vez, se encuentra referida en nota publicada al pie de un texto redactado por el amparado en la sección “Cartas a la Columna” del periódico accionado el día 12 de enero de ese mismo año. En este caso, entre otros aspectos, la Sala señaló que a partir del derecho a la información –recabarla y difundirla- se puede identificar el derecho, de rango constitucional, de los periodistas a guardar reserva de las fuentes de la noticia. El periodista no está obligado a dar la identidad de su fuente de información. Hay un interés notable en este caso para que se brinde esta protección. Se estimó que la libertad de información tiene una doble condición de derecho fundamental y de garantía institucional para crear una opinión pública libre y fomentar el pluralismo democrático, siendo que el referido secreto de las fuentes fortalece esas dos funciones. Una sociedad democrática requiere esta limitación, para asegurar la profundidad de las investigaciones y la tutela de asuntos de interés público. Según la decisión, el secreto de las fuentes no protege sólo al informador o al informante sino a todo el conglomerado social que es titular del derecho a recibir

20 Las debilidades del periodista frente a los dueños de los medios se profundizó con el fallo de la sala constitucional; los periodistas no tienen ninguna capacidad de plantear reivindicaciones laborales, esta situación la ilustra muy bien Carlos Morales, cuando refiere que “... Por algunas reivindicaciones laborales anteriores, me había constituido en una especie de jefe secreto, tácito e innominado del inexistente sindicato de reporteros, pero sin mencionar siquiera la palabra sindicato porque allí eso era satánico (se refiere al periódico La Nación)..Enrique Tovar la mencionó sin remilgos una vez y lo pusieron en la puerta de la calle en menos de lo que salta una pulga nueva...” Morales, Carlos. Ob. Cit.- p.68

información. Se configura así una garantía de una prensa libre, responsable e independiente y el secreto cubre no sólo las fuentes de información del periodista, sino también, los apuntes y archivos personales del comunicador. Claro que el periodista no puede definir claramente qué investiga, sino que debe guiarse por lo que determina la dirección o incluso se somete a una autocensura. El Magistrado Jinesta salvó el voto en cuanto al límite al derecho al secreto de las fuentes de los periodistas, que señala la mayoría, respecto del juez penal.

Es importante resaltar el razonamiento del tribunal respecto del secreto de las fuentes de información, como derecho fundamental de los periodistas:

... SECRETO DE LAS FUENTES DE INFORMACIÓN: DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS PERIODISTAS. Del contenido esencial del derecho a la información (artículos 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) cabe extraer el derecho al secreto de los periodistas, concretamente, de sus fuentes de información, de modo que es un derecho de naturaleza instrumental -lo que no le resta la sustantividad propia- para la plena efectividad del derecho a difundir y recibir información. El secreto de las fuentes es, entonces, condición indispensable o esencial para ejercer el derecho a la información. Este secreto tiene, adicionalmente, la condición de ser una garantía institucional, en cuanto garantiza el derecho a la información, el cual, a su vez, tiene por fin crear una opinión pública libre y fomentar el pluralismo democrático. El reconocimiento de este derecho fundamental a los periodistas, esto es, a los que en forma habitual o regular se dedican a informar, no constituye un privilegio injustificado, sino, como se indicó, una condición *sine qua non* para garantizar la libertad de información y, por ende, la formación de una opinión pública libre y del pluralismo democrático. El derecho fundamental al secreto de las fuentes que poseen los periodistas, puede ser definido como la facultad de no revelar las fuentes de la noticia, tanto a la empresa informativa para la que labora, a terceros o a las autoridades y poderes públicos, de manera que tiene una proyección y una eficacia *erga omnes*. El secreto del informador, singularmente, lo faculta para negarse a revelar sus fuentes de información, con lo que el periodista puede preservar la confidencialidad de sus fuentes de información, lo que supone para estas últimas el derecho a permanecer en el anonimato para protegerlas de publicidad no deseada que puede implicarles represalias o molestias innecesarias por ser conocida su identidad,

evitándose, así, que su voluntad de suministrar información de interés general y relevancia pública venga a menos y logrando que la información fluya y circule expeditamente. El secreto de los informadores, no puede ser equiparado al secreto clásico de las personas que ejercen una profesión liberal, por cuanto este último tiene, preponderantemente, la naturaleza de un simple deber ético y, en ocasiones, jurídico. En efecto, el secreto inherente a las profesiones liberales, se configura como un deber ético o jurídico del que pueden surgir una serie de facultades subjetivas frente a los poderes públicos, adicionalmente opera como un límite a las libertades de expresión y de información –obligación de guardar silencio sobre temas reservados o atinentes a la esfera de intimidad de sus clientes-. El bien jurídico tutelado lo constituye, en ese caso, la intimidad como derecho de la personalidad y las relaciones de confianza profesional-cliente, en virtud de una confidencia necesaria –por virtud de la consulta- que tienen asidero en valores constitucionales tales como la seguridad y la certeza. Este secreto surge respecto de los hechos y circunstancias que el profesional liberal conoce de su cliente en virtud del ejercicio de su profesión. El secreto de los periodistas, a diferencia del secreto de quienes ejercen una profesión liberal, se configura como un derecho fundamental que, adicionalmente, es garantía institucional de los derechos informativos en una sociedad pluralista y democrática. El secreto del informador tiene un ámbito o radio de protección mucho más amplio, por cuanto, no tiene por fin tutelar la relación o vínculo de confianza entre la fuente de información y el informador –en la mayoría de las ocasiones inexistente- o la esfera intimidad del informante, sino el derecho a la información –darla y recibirla-. En el secreto del informador su objeto no es el contenido de la información que constituye la noticia de la que se impone éste, por cuanto, el fin es publicarla o difundirla, consecuentemente no existe secreto sobre la noticia sino –y ese es el contenido del derecho fundamental de marras- sobre la identidad del informante y cualquier otro dato –documentos en cualquier soporte, notas, grabaciones, filmaciones, etc.- o circunstancia que pueda contribuir a su identificación o descubrimiento. El secreto de las fuentes de información no protege al informador o al informante sino al conglomerado social que es titular del derecho a recibir información, de modo que es garante de una prensa libre, responsable e independiente. Importa señalar que la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108º período ordinario de sesiones

celebrado en el mes de octubre del año 2000, protege el derecho bajo estudio, al disponer, en el principio 8º, lo siguiente: *“(...) Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales (...) ...*

Finalmente, cabe agregar que el derecho fundamental de marras, como cualquier otro, tiene una serie de límites intrínsecos y extrínsecos, por lo que como todo derecho es relativo y no absoluto.

En este voto, consigné una nota en la que reconozco el privilegio concedido a los medios de prensa, a los periodistas, pero formulo algunos interrogantes que tienen relación con lo debe evaluarse respecto de la libertad de prensa y de expresión:

Nota del Magistrado Cruz Castro: El secreto de las fuentes de los informadores como derecho fundamental que protege y fortalece a la ciudadanía, asegurando el derecho a recibir una información veraz, demuestra, nuevamente, que los medios de comunicación, aunque sean de propiedad privada, ejercen un indiscutible poder, creando y configurando, en parte, la realidad socio-política y sus valores. Esta posición privilegiada del periodismo requiere que en su quehacer impere la ponderación, la autocontención, la transparencia y la exclusión de la manipulación. De igual forma, deben constituirse instrumentos jurídicos que definan saludables límites a un poder tan singular y penetrante. Se requiere la definición política de otros temas relacionados con los “mass media”, especialmente las distorsiones que provoca su concentración ilimitada y el debilitamiento del pluralismo informativo, así como la vulnerabilidad del comunicador frente a los propietarios de los medios de comunicación. Es indudable que existe una tensión entre el oficio del periodista y los intereses de los propietarios de los medios de prensa. Los dueños de las empresas periodísticas enfrentan la difícil contradicción entre la eficiente obtención de ganancias y asumir, de igual forma, la fiscalización del poder público, propiciando en la ciudadanía una conciencia crítica en libertad. Sobre el ciudadano, sujeto pasivo de la información y titular del derecho a buscarla y recibirla, se ciernen muchas amenazas para que pueda recibir una información veraz y confiable. Todas estas contradicciones o paradojas las suscita un servicio público tan singular como el que brindan los medios de comunicación, pues deben propiciar la información y formación de la ciudadanía. La respuesta a todas estas amenazas y disfunciones es tan importante

como el reconocimiento del derecho al secreto de las fuentes. Las ideas de García Monge sobre este tema, siguen teniendo vigencia al proponer que un diario debe darle “... paso a los intelectuales honrados para que expliquen las cosas. Vivimos en un mundo de mentiras, de mistificaciones mantenidas por los poderes opresores, locales y forasteros. Hay que explicar, hay que abrirle los ojos a los lectores. Esta es la gran función de los intelectuales independientes y comprensivos, valerosos y responsables, en la hora trémula del mundo en que vivimos, o mejor, nos desvivimos...”. La prensa presta un servicio público singular y muy sensible, por esta razón debe asumir exigencias tan ambiciosas como las que propone el maestro García Monge. El ejercicio del periodismo en democracia, al que se le reconocen garantías tan importantes como la prohibición de la censura previa y el secreto de las fuentes, requiere un mayor desarrollo jurídico-político con el fin de propiciar el pluralismo en la información y una mayor independencia del periodista frente a los propietarios de los medios.

Qué interesante lo que plantea respecto del oficio del periodista, tan sometido a debilidades, por la inexigibilidad de una colegiatura obligatoria y la autocensura. Debe existir un oficio especializado, reconocido, en el que el periodista sea una voz que dentro de los medios, debe ser escuchada, reconociendo su espacio. En la situación actual, la posición del periodista es vulnerable y débil.

9.- El control privado de los medios de comunicación. Poseen mayor poder.

Examinando un caso que resolvió la Sala, me pregunto si pueden existir controles adecuados entre un ciudadano que tiene un programa y los dueños de los medios. Se presentó un caso muy interesante, porque en el voto 10.697-11, se suscitó una polémica entre el productor de un programa y la emisora, ya que le suspendieron la emisión de su espacio. El recurrente alegaba que era el productor de un programa en la Radio Cultural de Turrialba y en forma intempestiva el Presidente de la Junta Directiva de la Radio citada prohibió que saliera al aire, lo que considera lesionaba su derecho a la libertad de expresión. Considera la Sala que la decisión de la parte recurrida no se puede considerar arbitraria o desproporcionada, pues ha sido motivada en la falta del permiso por parte de la Junta Directiva de la Radio para que el recurrente sea parte de la conducción y

producción de dicho programa radial, quien pese a que fue apercibido, no se presentó para solucionar el problema. En la especie, según el voto, no se demostró que al recurrente se le esté imponiendo una forma de pensamiento, tampoco que se le haya impedido expresar su opinión respecto a algún tema en específico, por lo que resulta evidente que la queja planteada en este asunto resulta ser de legalidad y, por ende, es improcedente pronunciarse sobre tales extremos en tanto no tienen la virtud de violentar derecho fundamental alguno en perjuicio del recurrente, pues la determinación sobre la procedencia o no de mantener al aire el programa, es una decisión propia de legalidad que rige dentro del ámbito privado de dos sujetos, sea el recurrente y la Junta Directiva de Radio Cultural Turrialba. Si el recurrente tiene alguna disconformidad en el plano de la legalidad, deberá discutirla y resolverla en la jurisdicción ordinaria pero no ante este Tribunal que, como contralor de constitucionalidad, no tiene competencia para pronunciarse sobre tales extremos. Este caso suscita interrogantes sobre las relaciones de los dueños de los medios y los que organizan programas culturales o de opinión. Debería existir un instrumento ágil que permita ahondar en los motivos de tal supresión, especialmente si se trata de un medio privado de opinión. Esto plantea el tema de la propiedad privada de los medios de comunicación y la relación con el ciudadano que quiere expresarse o el que compra un espacio para crear espacios de opinión. En esta materia percibo muchas sombras, porque las limitaciones pueden tomar ropajes que en principio no tienen nada que ver con la limitación de opinión. Aunque el fallo refiere que debe ir a una instancia tribunalicia, la verdad es que no hay posibilidad de discutir lo que la propia Sala, por limitaciones estructurales, no puede asumir ni puede dilucidar. En este caso, hubo una suspensión unilateral del programa. No debió ser así, pero el ordenamiento lo permite. Es importante citar algunos párrafos de la decisión de la Sala, destacando la vigencia de los derechos fundamentales:

... Sobre el fondo. En el caso concreto, conforme se desprende del escrito de interposición del recurso, la disconformidad que acusa el recurrente está referida a la decisión de la autoridad recurrida de suspender la transmisión del programa "Historia, Cultura y Educación de los Pueblos", que se transmite todos los jueves en horario de siete a ocho de la noche, en la Radio Cultural de Turrialba que conduce y produce el recurrente, sin que medie justificación alguna. Por otra parte, la decisión de la parte recurrida no puede considerarse arbitraria o desproporcionada sino más bien ha sido motivada en una razón ineludible cual ha sido la falta del permiso por parte de la Junta Directiva de la Radio para que el señor Alfonso Quirós Quesada sea parte de la conducción y producción de dicho programa radial, y pese a que el recurrente fue apercibido al respecto

por la parte recurrida, no se presentó para solucionar el problema. En la especie, no se demuestra que al recurrente se le esté imponiendo forma alguna de pensamiento, tampoco que se le haya impedido expresar su opinión respecto a algún tema en específico, por lo que resulta evidente que la queja planteada en este asunto resulta ser de legalidad y, por ende, es improcedente pronunciarse sobre tales extremos en tanto no tienen la virtud de violentar derecho fundamental alguno en perjuicio del recurrente pues la determinación sobre la procedencia o no de mantener al aire el programa, es una decisión propia de legalidad que rige dentro del ámbito privado de dos sujetos, sea el recurrente y la Junta Directiva de Radio Cultural Turrialba. Si el recurrente tiene alguna disconformidad en el plano de la legalidad, deberá discutirla y resolverla en la jurisdicción ordinaria pero no ante este Tribunal que, como contralor de constitucionalidad, no tiene competencia para pronunciarse sobre tales extremos. Por otro lado, tampoco se considera que con la decisión impugnada se haya vulnerado el derecho a la libertad de expresión del recurrente pues como se ha afirmado, al amparado se le suspendió el programa de radio hasta tanto no cumpliera con los requisitos necesarios para la conducción y dirección del mismo. Tampoco se tuvo por demostrado de que la medida impugnada constituyera una represalia de carácter político o ideológico violatoria de los derechos del recurrente. La Sala reconoce el derecho de quienes conducen o dirigen los medios de comunicación privados a decidir cómo estructurar la programación a partir de criterios de calidad, buen uso de los recursos y el cumplimiento de los requisitos que deben de contar las personas que dirigen dichos programas, los que deben de ser razonables, respetar los parámetros constitucionales de libertad de expresión y en ningún momento resultar discriminatorios. Distinta sería la situación si se tratara de un medio de difusión de una entidad pública, en cuyo caso, el funcionario responsable no podría dictar actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, ni a los principios elementales de justicia, lógica o conveniencia (artículo 16.1 de la Ley General de Administración Pública), y su discrecionalidad estaría sometida a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio fuera eficiente y razonable (artículo 15.1 de la Ley General de Administración Pública), lo que evidentemente incluye los deberes de interpretar la norma administrativa en la forma que mejor garantice la realización del fin público que persigue (en tal caso, la valoración, crítica y abordaje de temas de interés

público, así como su transmisión a la ciudadanía) y desarrollar su actividad conforme a los principios fundamentales del servicio público, entre ellos, los de eficiencia y adaptación a la necesidad social que satisfacen (artículo 4 de la Ley General de Administración Pública)...

Estos considerandos son interesantes, porque en la exigencia de colegiatura del periodista, se estimó que era una limitación, cabe preguntarse si un requisito de autorización, no debió ceder frente a la fluidez que deben tener los medios de comunicación. Además, se hace diferencia entre un medio público y un medio privado, imponiendo mayores exigencias a un medio público, diferencia que nos deja el siguiente cuestionamiento: los dueños de los medios no deberían tener algunas limitaciones cuando suprimen la difusión de un programa? Es una pregunta que tiene que ver con la libertad de información y la libertad de expresión. En el ejercicio de una libertad de tanta relevancia, aún los medios de comunicación privados, deberían tener limitaciones muy claras cuando suprimen un programa, porque los medios, privados o públicos, tienen relación directa con el ejercicio de un derecho fundamental.

10.- Financiación de los medios de comunicación. Un interesante ejemplo.

En el voto 2016-15220 se discutió un tema trascendente y es la supresión de propaganda a un medio que critica a una institución pública, en este caso era un banco estatal. La pretensión del recurrente se aprecia en los siguientes argumentos:

... El recurrente indica que en razón de una serie de noticias emitidas a partir del 24 de febrero del 2016, sobre varios temas relacionados con el Banco recurrido, entre estos: actuaciones de los mismos directivos en relación con el caso de la empresa LATCO; el cobro planteado por el Ministerio de Hacienda por ¢48.000.000.000 de impuesto sobre la renta durante la gestión del exgerente Fernando Naranjo Villalobos; la discordia en la junta directiva por varios de estos temas, así como las advertencias de la Reserva Federal de los Estados Unidos sobre la vulnerabilidad del Banco Internacional de Costa Rica (propiedad del Banco Nacional y el Banco de Costa Rica), frente al lavado de divisas, el banco recurrido incurrió en actos de presión indebida, al medio de comunicación que representa, por medio de la manipulación de su pauta publicitaria, utilizando fondos

públicos para intentar impedir el conocimiento ciudadano de las irregularidades denunciadas por el periódico La Nación. Señala que en el curso de las publicaciones, el Gerente Juan Carlos Corrales y los once altos ejecutivos que le responden, directamente, se reunieron y, a sugerencia de los encargados de la publicidad del banco, decidieron presionar a La Nación por medio de la reducción paulatina de la pauta publicitaria en las páginas del diario, con el fin de incrementar la presión hasta el punto de tratar de obligar a La Nación a callar, lo cual fue aceptado por el gerente recurrido en entrevista telefónica. Debido a lo expuesto, solicita que esta Sala le ordene al Banco Nacional cesar sus prácticas de manipulación de la pauta publicitaria y asignarla de conformidad con los criterios objetivos que gobiernan el mercado publicitario y las buenas prácticas de inversión de los recursos públicos...

Muy importante esta pretensión, pero sólo es exigible a los entes públicos. Pero aunque sean entes privados, tiene la misma raíz: la limitación arbitraria de un derecho fundamental, un derecho crucial en la vida democrática. Hay aquí un sesgo complejo, quizás insoluble. El sector privado, tiene la ventaja de no darle publicidad a los medios que les perjudiquen. Las eventuales acciones lesivas al sector privado, pueden resultar invisibles. Es un contraste, como tantas sombras que encontramos en esta materia. El amparo fue declarado con lugar, estableciendo un principio: no puede retirarse la propaganda a un medio si es una represalia por su línea de opinión. Claro que este caso es atípico, porque el propio enjuiciado, confesó que habían querido retirar la financiación de la publicidad por los ataques del medio de prensa. En otros casos es mucho más difícil demostrar cuál era la intención al no darle publicidad a determinados programas. La solución puede ser compleja, pero se impondría transparencia y equidad en el reparto de la publicidad estatal.

No es un tema fácil, suscita cuestionamientos sin solución, porque tenemos una fuente de financiación de programas de opinión, que incidan en el homo sapiens y no el en homo videns. Se requiere inversión pública en la financiación de programas variados de opinión, quizás una política de promoción del pluralismo de opinión. Pero este caso me suscitó una serie de reflexiones sobre los medios y así lo consigné en una extensa nota que comparto con ustedes:

Nota del Magistrado Cruz Castro: [Las paradojas de la libertad de opinión. Las acciones de los poderes fácticos.] ... El amparo planteado por el Diario La Nación denuncia una grave distorsión que sufrió la libertad de prensa y el acceso a la información. Sin embargo, el acontecimiento que sustenta el amparo suscita una serie de

interrogantes sobre el papel de los medios, la amenaza que actúen como poderes fácticos y la grave distorsión para la libertad de información que significa, la concentración de los medios informativos. Muchas acciones que distorsionan el estado de la opinión pública y las reglas de la democracia, no son conocidas en la instancia constitucional. Es el mundo de los poderes salvajes y sus antivalores, que pervierten lo que debe ser una sociedad democrática. Es muy saludable para la democracia, que las actuaciones atribuidas a algunos de los jefes de un banco estatal, puedan ser evaluadas a la luz del poder constitucional y de los derechos fundamentales. Empero, existe una amenaza que no puedo desconocer, respecto de las acciones de los poderes fácticos y que distorsionan totalmente las libertades fundamentales que sustentan la democracia.

La tutela y control de la libertad de opinión se concentra en los poderes públicos, pero hay otros actores que están lejos de ser evaluados por las instancias de control constitucional. Escapan a estos controles los poderes fácticos, dentro de los que puede citarse, entre otros, la Iglesia, el Ejército, las instituciones financieras y los medios de comunicación. La influencia de estos poderes les permite alterar los acontecimientos sociales y políticos, influir sobre las decisiones del sistema institucional.

Hasta el momento, el concepto de poderes fácticos se ha utilizado para señalar a aquellos actores o grupos que bajo determinados mecanismos influyen en las decisiones públicas. Sin embargo, es un concepto polémico y no existe unidad sobre su contenido. Incluso hay una divergencia de posturas entre los académicos. Las diferencias no sólo oscilan entre la calidad de la democracia y el papel de estos poderes en ella, sino incluso en los propios grupos que ostentan este poder fáctico. De esta manera, se equiparan los medios de comunicación, los bancos y el crimen organizado, cuando hay una notable diferencia en sus acciones ante el Estado. Pero estas diferencias tan importantes, no impiden admitir que existen una serie de actores muy poderosos que no son visibles y que no se someten a ningún tipo de escrutinio.

La concentración de los medios agrava la distorsión que pueden tener los poderes fácticos sobre la calidad de la democracia y el régimen de opinión pública. En el caso denunciado por el diario la Nación, no hay duda que ha existido una grave distorsión y contaminación del

régimen de opinión, pero subsisten otras acciones de diversos actores, especialmente los poderes fácticos, que sin ninguna supervisión o limitación, condicionan el proceso democrático y la determinación de lo que es importante para la democracia. Estos poderes pueden condicionar el ejercicio de la acción política, pueden neutralizarla o manipularla. Todas estas distorsiones que provocan los poderes fácticos, pervierten el régimen de opinión pública.

La instancia constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, no alcanza a los poderes fácticos, son actuaciones que trascienden el marco de control y discusión que caracteriza el poder constitucional. Se trata de un poder con incidencia fuera del sistema formal. Tantas acciones en que se pueden realizar al margen de la transparencia, invisible para la vigencia de los derechos fundamentales. Factores reales de poder sin control y visibilidad que pueden colonizar e incidir en el funcionamiento de las instituciones o el estado de opinión en una consulta o en una elección.

El poder económico de los poderes fácticos supera el que tiene una institución pública en la distribución de los recursos públicos para publicidad. Un poder fáctico, si no se autocontiene, puede financiar determinados candidatos o agrupaciones, también puede condicionar la participación de empresas de publicidad o encuestadoras respecto a un candidato que estimen “inconveniente”, provocando que un aspirante a diputado o presidente, pierda durante la contienda electoral, a sus mejores cuadros en la orientación de su campaña de opinión o de imagen. Se trata de acciones que no quedan registradas, son los poderes salvajes actuando sin control, sin transparencia, condicionando el estado de la opinión pública respecto de una elección o una decisión de relevancia política. La mitad del escenario político está en la penumbra, sólo pueden ser sometidos a un saludable escrutinio los actos y decisiones de los órganos y poderes de derecho público.

En octubre de 2010 se presentó el Segundo informe sobre la democracia en América Latina, llevado a cabo por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y en el que participó Dante Caputo. El informe menciona los poderes fácticos que pueden influir en buena lid o en la penumbra, a las instancias oficiales de poder.

En la encuesta incluida en el informe mencionado sobre quién ejerce el poder real en América Latina, los porcentajes de las respuestas fueron los siguientes: grupos económicos, empresarios y el sector financiero, 79.7%; medios de comunicación, 65.2%; iglesias, 43.8%, sindicatos, 31%, poderes ilegales: mafias, narcotráfico, guerrilla, paramilitares, 26%, organizaciones de la sociedad civil, 12.8%; y sector indígena, 3.2%. Sobre los poderes formales las respuestas fueron: Poder Ejecutivo, 36.4%; Poder Legislativo, 12.8%; y Poder Judicial, 8.5%. Esta muestra sobre los diversos poderes no formales, incluye, por supuesto, a los medios de comunicación. Presiones o represalias como las que hemos conocido en este asunto, pueden presentarse en el mundo de los poderes fácticos, incluidos los medios de prensa, sin que se visibilicen o se puedan denunciar. Es oportuno en materia tan delicada, abandonar las visiones ingenuas o reduccionistas.

Esta es una reflexión que planteo a propósito de un caso relevante en el que se realiza una presión impropia contra un medio de prensa, empero en el mundo de los poderes salvajes, como lo denomina Ferrajoli, estas acciones se ejecutan en la penumbra y sin control constitucional. Son acciones contra los principios y las reglas de juego en una democracia, tal como ocurrió en este caso. El corolario saludable de este caso es que respecto de la libertad de opinión y de pensamiento, no pueden existir presiones o manipulaciones impropias. En la historia costarricense, el proceder del Diario La Nación siempre ha sido intachable, realmente ha dado en nuestra historia, lecciones de ética periodística, empero no puedo desconocer que en la opacidad de diversos actores que ejercen el poder fáctico, se ejecutan acciones más graves y reprochables que las que se atribuye a los jefes del Banco Nacional. Se trata de una cultura de los poderes desnudos, sin ideario ético, pues sólo interesa lograr una influencia impropia sobre los intereses de la democracia y la voluntad ciudadana.

No hay duda que los actores que ostentan y ejercen, de hecho, un gran poder, que incurren en actividades de presión, distorsión o manipulación, no pueden someter y violentar las reglas de un Estado de derecho. En ese mundo de presiones, condicionamientos, en esa cultura de los poderes salvajes, la instancia constitucional no puede hacer nada, de esta forma las acciones más graves en contra del

régimen de opinión y de la democracia, quedan ocultas; se trata de un poder ilegítimo que se mantiene sumergido.

En el tema de la libertad de información y el derecho a la información, surgen amenazas que pueden tener relación con la actuación e incidencia de los poderes fácticos, como es la concentración económica y el control político de los medios de comunicación. Es decir, la acción de los poderes económicos fácticos puede condicionar la actividad de los medios sociales de opinión, es otra perspectiva de este fenómeno de variadas aristas. La concentración de medios provoca otra gravísima distorsión de la libertad de pensamiento y de opinión, enajenando estos valores constitucionales tan relevantes; el acceso a información y la libertad de opinión puede tener en la concentración de medios, una distorsión estructural.

Hay que reconocer que la propiedad de los medios de información es un poder, es una fuente de poder que debe propiciar pluralismo y convivencia democrática, pero se deben someter a reglas que derivan de la esencia del Estado de Derecho, impidiendo que el poder mediático se convierta en un poder absolutista. Se requiere que se someta a la ley, definiendo límites y vínculos para asegurar que la libertad de información y el derecho a la información fluya sin distorsiones. La segunda regla es la separación de poderes, aplicando la vieja regla de Montesquieu, del que no puede exceptuarse el cuarto poder, pues para que lo sea en un régimen democrático, debe responder a garantías que lo independicen del poder político y económico. Esta valoración requiere una profunda y equilibrada reflexión, la independencia de los medios de comunicación exige: independencia de los centros de poder económico y de los partidos políticos.

En caso que existieran vínculos, que tales nexos sean tan transparentes como la información pública. Estas reglas y otras que propone L. Ferrajoli fortalecería la función de los medios de comunicación, para que respondan a un estado de opinión que derive del pluralismo y la auténtica participación ciudadana. Ferrajoli, en un artículo publicado en el 2004, titulado: "Libertad de información y propiedad privada: una propuesta no utópica", propone diversas medidas para que el poder de los medios no se ejerza en la penumbra de los poderes fácticos, sino que responda a estos lineamientos: "...Garantizar la separación entre la administración de la información

y la propiedad; instituir autoridades de garantía orientadas a la tutela de la libertad de prensa y de información; impedir toda clase de concentración de la propiedad; excluir los controles patronales o políticos; lograr que todos puedan acceder a los medios; favorecer con financiamientos adecuados a las televisiones no comerciales creando, además, infraestructuras comunes; afirmar el carácter objetivamente “público” de la televisión y ampliar el espacio de la televisión pública son solamente algunas de las reformas posibles para enfrentar el peligro inminente del “gran hermano”...” (consultar: <http://www.nexos.com.mx/> p=11115) En la evaluación de la concentración de medios de comunicación, tiene especial relevancia una política que fortalezca la función de la televisión en una sociedad democrática. Tantos atentados contra la libertad de información y de opinión que son imperceptibles, no sólo por la invisibilización cultural, sino por la impunidad de un sistema en los que hay poderes que actúan sin controles y en la opacidad. Queda mucho por hacer en la construcción y fortalecimiento de la democracia y de la dignidad del ciudadano.

11.- Paradojas, debilidades y silencios de la libertad de expresión.

He planteado algunos escenarios en los que se aprecian debilidades y omisiones respecto a la vigencia de un régimen de libertad de opinión que sea acorde con las más elevadas aspiraciones democráticas. Muchas rutas pueden definirse para crear un marco legal que fortalezca el régimen de libertad de opinión en un sentido amplio, superando las oscuridades que he destacado en mi exposición. La posibilidad de subvencionar espacios comunitarios, creando sistemas de participación comunitaria en la difusión y acceso a medios de comunicación, superando el modelo vigente, es una de las vías para que la libertad de expresión y la información que recibe el ciudadano, esté más cerca de la realidad y que no se vea eclipsado por la concentración de los medios y su opacidad en muchas de sus expresiones. Definir una política de medios que propicie el pluralismo y diversidad de partícipes, evitando la concentración en la propiedad y control de los medios. Qué importante sería definir tres sectores en el marco legal de los medios, reconociendo el sector comercial, el público y el comunitario. Estas son definiciones que parecen ser un tabú, porque hay pocas luces provenientes desde la política, proponiendo un fortalecimiento del marco jurídico institucional que regula los medios de comunicación. Una política pública que promueva a nuevos operadores de opinión pública. El propio oficio del periodista se ha debilitado, apreciándose con mayor o

menor grado, el predominio de la agenda definida por los dueños de los medios, con una tendencia a la concentración y a la trivialización de los temas fundamentales. No hay duda que la transición de la televisión analógica a la televisión digital abierta, debe abrir la oportunidad para plantear rutas nuevas y paisajes diferentes en el fortalecimiento del régimen de opinión más participativo, de mayor pluralidad, como lo demanda el sueño interminable hacia una sociedad auténticamente democrática. Se han alcanzado muchas metas, la realidad está más cerca de los ideales en la creación de un régimen de opinión en libertad, pero queda mucho por hacer, demasiados silencios y omisiones en las instancias políticas respecto de un régimen de opinión que presenta demasiadas sombras, silencios, distorsiones y asimetrías. Este tema debería estar en la agenda de las fuerzas políticas, conservadores y progresistas, pero es poco lo que se ha hecho y cada vez que se toca algún punto neurálgico del régimen de opinión, sólo quiere defenderse lo que dice el Pacto de San José y la Constitución, pero estos referentes requieren un enriquecimiento, para alcanzar los ideales democráticos y de participación en un régimen de libertad de opinión que tiene demasiadas limitaciones, con el influjo de poderes fácticos que pueden instrumentalizar y debilitar una libertad tan importante. Lástima que estas materias no hayan sido tema de campaña ni tampoco tema prioritario de una política pública. Pasar de un esquema privado en la propiedad de los medios, a otro de mayor participación, con cambios que superen la superficialidad o las formalidades de una garantía cuyas raíces democráticas, deben profundizarse y revitalizarse.

Se requieren horizontes contruidos por los sueños, si nos conformamos con la realidad sin fantasía, quedamos atrapados en lo cotidiano, en la visión conservadora. Recordando a García Monge: que no vivamos en un mundo de mentiras, en la mixtificación mantenida por los poderes, locales y foráneos, que ignoran la verdad. El compromiso de los medios y de los intelectuales es con la libertad de pensamiento, defenderla con valentía y responsabilidad, en la hora trémula del mundo que desvivimos.

La dignidad humana como parte del contenido esencial del derecho al trabajo y la exclusión legal de laboralidad

Gabriel Espinoza Carro *

Resumen:

El soporte constitucional de la legislación laboral es el artículo 56 de la Constitución Política de Costa Rica (en adelante “CPCR”), que, con su redacción claramente tuitiva y a partir de los conceptos de libertad y dignidad, ordenan la estructura constitucional del sistema de relaciones laborales costarricense. A la luz de modernas y no tan modernas formas de prestación de servicios, resurge una práctica que busca categorizar la naturaleza de una relación *a priori*, mediante el señalamiento en el texto de una ley, para que ésta no pueda ser catalogada como laboral; es decir, la exclusión de la «laboralidad» por vía legal. De conformidad con el mandato del artículo 56 de la CPCR, se busca analizar esta técnica, que sin duda genera un debate jurídico que es pertinente abordar.

Palabras clave:

Derecho al Trabajo. Laboralidad. Dignidad Humana. Constitución Económica. Trabajo. Relaciones Laborales. Constitución Social.

Abstract:

The constitutional basis of our labor legislation rests in the article 56 of the Political Constitution of Costa Rica, which, with its clearly protective wording, and based on the concepts of freedom and dignity, orders the constitutional

* Abogado. Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica; Técnico en Administración de Recursos Humanos, de la Universidad de Costa Rica; Máster en Asesoría Jurídica de Empresas de la Universidad Carlos III, Madrid, España; Máster en Derecho, Empresa y Justicia de la Universidad de Valencia, España; Candidato a Máster en Empleo Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa, Universidad Castilla – La Mancha, España; Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad de Costa Rica.

structure of the Costa Rican labor relations system. In light of modern and not so modern forms of service provision, a practice resurfaces that seeks to categorize the nature of a relationship *a priori*, by pointing out in the text of a law that it cannot be classified as an employment relation; or, in other words, the exclusion of employment nature by legal means. In light of the mandate of article 56 of the CPR, it is sought to analyze this technique, which undoubtedly generates a legal debate that is pertinent to address.

Keywords:

Right to Work. Employment. Human Dignity. Economic Constitution. Work. Industrial Relations. Social Constitution.

SUMARIO: I.- Introducción. II.- La protección constitucional del «Trabajo» en la Postguerra y «Constitución Económica». III.- El desarrollo del artículo 56 de la CPR: La «Dignidad Humana» como parte del Contenido Esencial del Derecho al Trabajo. IV.- El ejercicio de la Exclusión Legal de Laboralidad ante la CPR. V.- Conclusiones. VI.-Bibliografía.

I.- Introducción.

No debería resultar exagerado afirmar que la base de todo el entramado de la normativa laboral en Costa Rica descansa en la Constitución Política de 1949 (en adelante “CPR”) y con mayor precisión, aunque no limitado a este, en el Capítulo de Derechos y Garantías Sociales.

De igual forma, si tuviéramos que delimitar todavía más esta idea, nos atreveríamos a decir que el soporte constitucional de dicha legislación es el artículo 56 de la CPR, que, con su redacción claramente tuitiva y a partir de los conceptos de libertad y dignidad desarrollan y ordenan la estructura constitucional del sistema de relaciones laborales costarricense.

Por último, esta estructura se consagra de forma legal, aun cuando no exclusivamente, en el Código de Trabajo, cuyo contenido integral permite entender que, a tenor de la finalidad principal de la legislación laboral, la normativa establece condiciones mínimas de trabajo que deben ser respetadas por las partes y que son consideradas *per se*, como respetuosas justamente de la libertad y dignidad de la persona trabajadora. Esta legislación, eso sí, es clara en ubicarse en el contexto del trabajo subordinado; es decir, en aquella forma de trabajo que es realizada por una persona bajo la dependencia jurídica de otra, en nombre y por cuenta de esta última.

La realidad socioeconómica cambiante a través del tiempo ha obligado a poner bajo examen el alcance de la norma laboral, en lo que a su ámbito de aplicación subjetiva y objetiva se refiere, en el tanto surgieron *–y siguen surgiendo–* formas de contratación para la prestación de servicios entre personas que, en principio, son distintas a la contratación laboral clásica que conocemos. Debido a esto, la doctrina patria y nuestros tribunales de trabajo efectúan constantemente una celosa

actividad de interpretación, con la finalidad de dilucidar, caso por caso, si estas modalidades de trabajo tienen o no naturaleza laboral.¹

Es en este contexto que debemos resaltar que, a la luz de modernas y no tan modernas formas de prestación de servicios, resurge una práctica que, si bien no es novedosa, no es común en el actual contexto jurídico costarricense. Nos referimos a la fórmula que busca categorizar la naturaleza de una relación *a priori*, mediante el señalamiento en el texto de una ley, para que esta no pueda ser catalogada como laboral; o, dicho en otras palabras, a la exclusión de la «laboralidad» por vía legal.

Esta forma de proceder del Poder Legislativo la observamos en nuestra coyuntura actual en la Ley N° 9728, o Ley de Educación y Formación Técnica Dual, cuyo artículo 16 es claro al señalar que las relaciones jurídicas derivadas de estos convenios no serán catalogadas relación laboral alguna entre la persona estudiante y la empresa o centro de formación para la empleabilidad.²

Pero quizá, de mayor relevancia tomando en consideración el actual debate jurídico sobre el trabajo en las plataformas digitales, lo observamos en los proyectos de ley 21.587 y 21.567. El primero de estos lo hace al expresar que son requisitos para ser persona «conductora» (i) encontrarse inscrita y al día como «trabajadora independiente» ante la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), y (ii) demostrar la inscripción como contribuyente en el Ministerio de Hacienda bajo la actividad económica pertinente. El segundo, con una redacción ciertamente cuestionable, lo hace al indicar: «*Salvo que la persona colaboradora esté asegurada como persona trabajadora independiente ante la seguridad social del Estado, se presume la existencia de relación laboral entre aquella y la organización o empresa administradora de la plataforma digital de servicios.*»

De conformidad con el mandato del artículo 56 de la CPR, excluir la «laboralidad» de una relación de prestación de servicios es una técnica legislativa compleja, que sin duda genera un debate jurídico que es pertinente abordar.

1 Castro, M. Et. Al. (2020). Hacia una tipología de relaciones de trabajo (Primera parte). Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, 17. Recuperado el 01 de abril de 2020 de, https://salasegunda.poder-judicial.go.cr/revista/Revista_N17/contenido/PDFs/009-art6.pdf.

2 También se hace referencia a dicha inexistencia en su artículo 32, que, al incluir el nuevo numeral 200bis al Código de Trabajo, expresamente indica: «*Artículo 200 bis- Tendrán derecho a la protección del seguro dispuesto en este título, los estudiantes de los programas de educación y formación técnica dual. Dicho seguro será con cargo a las empresas o centros de formación para la empleabilidad de tal programa y se denominará, para efectos de la protección dispuesta en este artículo, Seguro de Riesgos de Trabajo Especial para Formación Técnica Dual. Es entendido que el derecho referido no configura relación laboral entre el estudiante y el tomador del seguro.*»

II.- La protección constitucional del «Trabajo» en la Postguerra y «Constitución Económica».

Alejado de los textos constitucionales hasta la finalización de la Primera Guerra Mundial, hoy podemos admitir que el «Trabajo» adquirió relevancia gracias a la madurez del movimiento obrero armonizado a través de organizaciones sociales y partidos políticos, proceso que culminó con su inserción en las constituciones de Querétaro y Weimar.³

Lo anterior sin duda no es banal, ni desde el punto de vista social ni desde lo económico, pues llegado a este punto, se ha señalado que los sistemas civilizados modernos han fundamentado su orden sociopolítico, jurídico, moral y cultural en el «Trabajo» asalariado (acá se agregaría, junto con la Propiedad Privada y la Libertad de Empresa), como punto de gravedad de la economía y de la política, y eje central de la actividad individual y social.⁴

Sin embargo, el intervalo transcurrido para llegar a esta etapa en la estructuración de los Estados fue extenso y el proceso jurídico, complejo. No resulta necesario más que resaltar que para dicho momento, la humanidad ya había sido testigo de las consecuencias que habían causado las condiciones de trabajo y sociales que se habían desarrollado en las décadas anteriores, como resultado de las ya de sobra conocidas razones filosóficas, políticas y económicas.

Ubicándose históricamente, conviene iniciar recapitulando un día después del 9 de noviembre de 1918, día en el que el *Kaiser* Guillermo II dejó su puesto como emperador de Alemania y se proclamó la “República Alemana Libre”, una asamblea general de los consejos de personas trabajadoras y soldados de Berlín eligió al primer gobierno republicano de la historia de Alemania, régimen político que fue conocido como la “República de Weimar”⁵. Días después se reunirían centrales de

3 Cabanellas, G. (1968). Compendio de Derecho Laboral. Buenos Aires: Editorial Omeba,194.

4 Blanch, J. (2003). Trabajo en la Modernidad Industrial. En Teoría de las Relaciones Laborales (pp. 13-148), Barcelona: Editorial Eureka Media, SL.

5 Gil Alburquerque, R. (2015). El Derecho del Trabajo Democrático en la República de Weimar. (Tesis para optar por el grado de doctorado), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real Universidad de Castilla – La Mancha (UCLM), España.

trabajadores y patronos para celebrar convenios cuyos principios y contenidos fueron aceptados posteriormente en la Constitución de Weimar.⁶

Es a partir de este momento en el que, según Bassols Coma⁷, el orden económico y social pasó de ser una cuestión extra – constitucional a una realidad de los nuevos Estados; el tiempo en el que se logró introducir en las constituciones programas de socialización, de transformación, de ampliación del sector público, como motor de la economía y como instrumento redistribuidor.⁸

Es a partir de este momento donde la doctrina⁹ parece ubicar también el desarrollo del concepto de «Constitución Económica», entendido como aquel conjunto de normas constitucionales que establecen los principios ordenadores de la actividad económica que llevan a cabo los poderes públicos y la ciudadanía.¹⁰

Dentro de esta coyuntura, la Constitución de Weimar hizo un reconocimiento expreso al contenido de la economía y, según Chanamé Orbe¹¹, no lo realizó como un modelo de acciones en la utilización de recursos por parte del Estado para su sostenimiento en tanto aparato de gobierno, sino que fue más allá, incluyendo un enfoque dirigido a la protección del individuo en tanto sujeto de derechos económicos.

Con este contenido, según Montoya Melgar¹², la Constitución de Weimar se encargó de materializar correcciones al liberalismo (como así lo hizo también la Constitución mexicana de Querétaro de 1917), emergiendo como nuevo centro de imputación normativa el «Trabajo Humano», y en la que se procede al reconocimiento de los derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos, de las personas trabajadoras.

6 De La Cueva, M. (1954). Derecho Mexicano del Trabajo. México: Editorial ECLAL.

7 Bassols Coma, M. (1985). Constitución y Sistema Económico. España: Editorial Tecnos, S.A.

8 Herrero De Miñón, M. (1999). Constitución Económica: desde la ambigüedad a la integración. Revista Española de Derecho Constitucional, 57, 11-32.

9 Bassols Coma, M. (1985), ob. cit., p. 28.

10 Jurado Fernández, J. (2006). La jurisprudencia constitucional y la regulación del mercado. Revista de Ciencias Jurídicas, 110, 37-68.

11 Chanamé Orbe, R (2013). Constitución económica. Revista Asociación Civil Derecho y Sociedad, 40, 43-64.

12 Montoya Melgar, A. (2004). El Trabajo en la Constitución. Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales, 0, 9-32.

En efecto, los defensores de la Constitución de Weimar enfatizaban cómo el Estado de Derecho era insuficiente para hacer realidad el principio de igualdad, ya que el legislador dentro de la estructura de este no tenía en cuenta las relaciones sociales de poder, razón por la cual se propugnaba que el Estado Social de Derecho debía proponerse garantizar una igualdad social real.¹³

Además, fue esta Constitución la que introdujo la noción de la «Dignidad Humana», que desempeñaría un papel primordial en los posteriores ordenamientos constitucionales y declaraciones solemnes de los derechos humanos.¹⁴

Con mayor fortaleza, posterior a la Segunda Guerra Mundial, es que se asienta la idea de la necesidad del intervencionismo estatal, convirtiéndose en garante de una verdadera función de asegurar la obtención de empleo.¹⁵

Por un lado, tomando como base los postulados de la Constitución de Weimar, si bien se mantuvo la idea de que la vida económica y social debía formar parte del texto constitucional¹⁶, las nuevas constituciones contemporáneas se abocaron a incluir cláusulas y principios amplios, y no a fijar pautas económicas rígidas, de manera tal que las actuaciones en esta materia fueran concretadas por el legislador ordinario y por la actuación gubernamental¹⁷, eso sí, siempre dentro de los márgenes permitidos en los propios textos constitucionales.

Por el otro, se encontró un sustento práctico – económico para estas ideas constitucionales en el pensamiento de John Maynard Keynes, que en términos muy generales apuntaba que la doctrina del *laissez-faire* debía corregirse, para concluir que el intervencionismo estatal debía ser un elemento de acción de gran importancia de su modelo, y con el cual era posible llegar al «pleno empleo».¹⁸

13 Alvarado Acuña, J. (2004). La Inconstitucionalidad por Omisión del Seguro de Desocupación en Costa Rica. (Tesis de Maestría para optar por el título de magíster en derecho constitucional), Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica, San José, Costa Rica.

14 Sotelo, I. (2010). El Estado Social: Antecedentes, origen, desarrollo y declive. España: Editorial Trotta S.A.

15 Camerlyck, G.H. y Lyon-Caen, G. (1974). Derecho del Trabajo. España: Aguilar S.A. Ediciones.

16 López Lasa, A. (2001). Constitución Económica y Derecho al Trabajo en la Unión Europea. España: Editorial Comares, S.L.

17 Bassols Coma, M. (1985), ob. cit., p. 41- 42.

18 Orduna Díez, L. (2007). Las ideas de Keynes para el orden económico mundial. *Revista de economía mundial*, 16, 195-223.

Desde un punto de vista económico, Martín Artiles¹⁹ reseña cómo durante la época del pacto keynesiano, el Estado tuvo un rol fundamental en la corrección de las desigualdades sociales que generó el mercado laboral, como una institución social «cohesionadora y redistributiva», en la que el sistema capitalista obtuvo legitimación. Asimismo, dice este autor, el crecimiento de las organizaciones sindicales llevó a que tuvieran una mayor influencia en la actividad económica en el sentido de que las grandes decisiones en materia de política laboral han estado influenciadas por el intercambio político tripartito: gobierno, sindicatos y empresarios.

El «Trabajo» asumió así un puesto céntrico en el Estado Social de Derecho, en sus principios, estructuras y procedimientos, siendo el factor más característico del «constitucionalismo social».²⁰

Ahora bien, para nuestros efectos, lo anterior debe entenderse en función del desarrollo infra constitucional de la normativa laboral, y que, de forma muy acertada, Montoya Melgar²¹ precisa tiene como parte de sus cometidos la búsqueda de equilibrios entre los derechos de las personas trabajadoras, la producción y el beneficio empresarial, en el tanto la relación laboral, se encuentra inserta por naturaleza en el proceso económico productivo.

Desde nuestra perspectiva, la normativa laboral supone una de las más evidentes formas de intervención estatal de los Estados en las relaciones entre particulares, en el tanto se extraen una serie de cuestiones del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes, estableciendo una serie de parámetros y garantías susceptibles de tutela, que lo alejan de la antigua visión liberal.²²

En otras palabras, la normativa reguladora del «Trabajo» obedece a una doble finalidad, facilitando por un lado el funcionamiento del sistema económico y, por el otro, asegurando la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de las personas trabajadoras.²³ No es de extrañar, por lo tanto, que frecuentemente se haga

19 Martín Artiles, A. (2003). Teoría Sociológica de las Relaciones Laborales. En Teoría de las Relaciones Laborales (pp. 149-260). España: Editorial Eureka Media, SL.

20 López Lasa, A. (2001), ob. cit., p. XIV.

21 Montoya Melgar, A. (1998). Contrato de trabajo y economía (las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como fundamento legal de extinciones, suspensiones y modificaciones de las relaciones de trabajo). Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 8, 55-66.

22 López Lasa, A. (2001), ob. cit., p. XIV.

23 Monereo Pérez, J.L. (1996). Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo, España: Editorial Tirant Lo Blanch.

alusión a la estrecha relación entre las normas reguladoras del Trabajo con aspectos económicos del país en que este se aplica.

En su desarrollo jurisprudencial, la Sala Constitucional ha reconocido en más de una ocasión el margen de interacción entre el Derecho al Trabajo y la Libertad de Empresa, pero de manera expresa lo hizo en su voto 2170-1993, al señalar que:

... el derecho de l[a] Constitución está orientado a favorecer el equilibrio de los factores de la producción. En la sociedad civil capital y trabajo han de desenvolverse libremente dentro de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales. La legislación y los tratados internacionales han ido desarrollando el principio general, tratando de equilibrar las potestades y derechos patronales (el libre despido, por ejemplo) con disposiciones a favor de los trabajadores que pretenden armonizar la esfera de acción de estos y la de los empresarios: las normas protectoras de la actividad sindical y solidaria, las disposiciones que restringen el despido de mujeres embarazadas y en estado de lactancia, las convenciones colectivas previsoras del derecho a la reinstalación, el párrafo segundo del artículo 82 del Código Laboral...

Así, una constitución inspirada en concepciones capitalistas –*como la costarricense*– asegura, en su conjunto, el Derecho al Trabajo y el derecho a ejercer toda industria lícita, comerciar, usar y disponer de la propiedad.²⁴

III.- El desarrollo del artículo 56 de la CPR: La «Dignidad Humana» como parte del Contenido Esencial del Derecho al Trabajo.

Con la finalidad de concentrarnos en la «Dignidad Humana» como parte del contenido esencial²⁵ del Derecho al Trabajo, es conveniente iniciar indicando que

24 Ves Losada, A. (1987). La sociología y el Derecho Laboral. En La Protección del Trabajo en el Mundo Moderno (pp. 301-314), México: Editorial Cardenas..

25 Debe recordarse que, en términos generales, la teoría del «contenido esencial» de los Derechos Fundamentales implica entender este último como aquella parte del derecho que es absolutamente indispensable para que su titular pueda satisfacer aquellos intereses para cuya consecución el derecho es reconocido. Especialmente relevante para estos efectos resulta citar al profesor Rojo, cuando explica que la Constitución de España toma como modelo la Ley Fundamental alemana, en lo que respecta a la tesis del «contenido esencial» de los derechos fundamentales: «*El artículo 53.1 de la Constitución española tiene un claro modelo: El artículo 19.2 del Grundgesetz alemán, a cuyo tenor "en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial". Los padres de la Ley Fundamental partieron del presupuesto de que todo derecho fundamental ("Grundrecht") tiene un*

nuestra tesis parte, en primera instancia, de la propia finalidad de la norma en relación con el contexto histórico en la que fue promulgada.

Por esta razón resulta fundamental atender al desarrollo en el ámbito constitucional costarricense del actual numeral 56 de la CPR. Y para esto es pertinente estudiar su directo antecedente, el artículo 52 de la Constitución Política de 1871, introducido en el año 1943, a raíz de la inclusión del Capítulo de Garantías Sociales:

El trabajo es un deber social y gozará de la especial protección de las leyes, con el objeto de que su cumplimiento dé al individuo derecho a una existencia digna y acorde con sus esfuerzo y aptitudes.

La redacción del artículo 52 iniciaba declarando, sin bagaje alguno, la «especial protección» de la que gozaría el «Trabajo» en las leyes, expresión que, en conjunto con el artículo 65 de esta Carta Magna²⁶, implicó un claro mandato a la Asamblea Legislativa para promulgar una legislación ordenada y sistemática de naturaleza laboral²⁷, que se configuraría pocos meses después con la promulgación del Código de Trabajo.

Pero, además, a nuestro juicio, significaba que dicha norma debía ser una de naturaleza protectora, tal y como lo señalaba el propio numeral constitucional citado, al reforzar la frase hasta ahora analizada con la inclusión de una clara

núcleo fijo e indestructible ("hartes Kern"), al que denominaron "contenido esencial" ("Wesensgehalt"), presupuesto que igualmente fue asumido por los constituyentes españoles.» Sin embargo, también se ha recalado que ninguna de las dos cartas a las que se hizo referencia especifican o, siquiera, establecen parámetros para determinar qué parte o porción de una libertad o de un derecho es «esencial» y qué parte es «accesoria», labor o tarea que corresponde realizar en concreto con cada derecho o libertad, situación que también aplica para Costa Rica.

26 Constitución Política (No. 46, 1871). Costa Rica. «Los derechos y beneficios a que esta sección se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de Justicia Social, serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en un Código Social y de Trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional.» Recuperado el 12 de abril de 2020 de, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41241&nValor3=86819&strTipM=TC.

27 Debe recordarse que ya Costa Rica contaba con normas de naturaleza laboral, solamente que no se encontraban unificadas en un solo instrumento normativo. En este sentido, Calvo Rodríguez, E. (2011). La Justicia Laboral En Costa Rica. En La Justicia laboral en América Central, Panamá y República Dominicana (pp.95-147). Costa Rica, Organización Internacional del Trabajo, 2011.; Godínez A. (2014) Los orígenes del Derecho Laboral Costarricense: 1821 a 1943. En Orígenes del Derecho Laboral Latinoamericano (pp. 1-51), México: Editorial Porrúa.

finalidad constitucional: garantizar a las personas trabajadoras el derecho a una «existencia digna».

En este sentido, una interpretación acorde a la Constitución Política implicaría que el Código de Trabajo, si bien puede y debe tener en consideración intereses económicos y patronales, debe siempre mantener su línea protectora, «[...] de garantías al contratante débil – el trabajador – y coherente, pues, con la búsqueda de la igualdad material consustancial al Estado Social.»²⁸

Además, es evidente que el contexto que le precedía exigía dicha naturaleza protectora, propia de los postulados que se describían en la propia Constitución de la Organización Internacional del Trabajo²⁹ y que serían citados por el Dr. Calderón Guardia, en su discurso del 1 de mayo de 1943:

... ha sido ya elaborado, y sometido en días pasados a conocimiento de los señores Diputados, el Código de Trabajo, que abarca las relaciones entre obreros, entre patronos y entre patronos y obreros con motivo del trabajo. Su articulado se inspira en las disposiciones vigentes sobre la materia en Argentina, Bolivia, Colombia, Cuba, Chile, España, México y Venezuela, en algunos de los Estados Unidos de América y muy particularmente en las Convenciones y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo.

Propio de la evolución histórica, económica y social de nuestros países y del fenómeno del «Trabajo», en el año 1949, cuando se discutió en la Asamblea Nacional Constituyente la incorporación en la CPR de este numeral, se hizo evidente la

28 Mellado, C. (2015). Constitución, Tratados Internacionales y Derecho Del Trabajo. Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales, 5 (1). España: Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

29 «Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social; Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas; Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países: Las Altas Partes Contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo, y a los efectos de alcanzar los objetivos expuestos en este preámbulo, convienen en la siguiente Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.»

necesidad de reformarlo. Incluso, si se hace ejercicio comparativo en la redacción de su predecesor, se cae en cuenta que es uno de los artículos del Capítulo de Garantías Sociales de la Constitución de 1871 que mayores ajustes tuvo.

Ahora bien, durante la discusión correspondiente se propusieron dos composiciones distintas; la primera, de la fracción del Partido Social Demócrata, una redacción casi idéntica a la vigente: *«El trabajo es un derecho del individuo y una obligación para la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta, útil y remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía.»*³⁰

Otras dos mociones se propusieron por actividad de los señores diputados Arnulfo Lee Cruz y Celso Gamboa Rodríguez, que buscaban que la redacción quedara de forma idéntica.

Finalmente, una propuesta realizada por el diputado Trejos y compañeros, con una redacción más escueta pero que reconocía el Derecho al Trabajo expresamente, en el siguiente sentido: *«El trabajo es un derecho individual y un deber social. El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo.»*

Estas dos últimas propuestas fueron rápidamente desechadas y el análisis se dio, por lo tanto, sobre la primera propuesta de los socialdemócratas.

El ejercicio de análisis de las actas constitucionales revela una discusión en cierto modo rápida, pero con apuntes muy ricos por parte de los constituyentes. Resulta importante detenerse a observar cómo el proceso de construcción de este artículo versó, inicialmente, sobre cierto contenido que, para un grupo de diputados tenía naturaleza demagógica, mientras que para otros envolvían nociones fundamentales para las personas trabajadoras. Sobre lo anterior, merece la pena precisar que el diputado Vargas Fernández apuntó, sobre este “*contenido polémico*”, que incluso estas nociones fundamentales fueron tomadas de las recomendaciones realizadas en las Conferencias Internacionales del Trabajo (de la O.I.T.),

Sin embargo, mayor relevancia debe dársele a lo indicado por el diputado Trejos, que abogó por que el precepto incluyera la declaración de que el «Trabajo» no era «simple mercancía». Resalta además el aporte del diputado Esquivel Fernández, quien consideró prudente incorporar a la propuesta socialdemócrata la garantía de Libre Elección de Profesión, ante lo que él llamó los avances en ese

30 Asamblea Nacional Constituyente (2015). Actas de la Asamblea Nacional Constituyente. (1. Ed., Acta 188, Tomo II). Costa Rica: Editorial de Investigaciones Jurídicas S.A.

momento de las «ideas socialistas», propuesta que fue acogida, dando el punto final a la redacción del artículo 56 actual.

Es así como, desde nuestra perspectiva, el contenido esencial del Derecho al Trabajo de la CPR no solo mantuvo la línea fijada en 1943, sino que se ensanchó e intensificó, utilizando ya no solo los principios y postulados de la OIT como elementos inspiradores, sino expresamente incorporándolos en su redacción mediante el lenguaje propio que para la época acuñaba esta organización. El artículo 56 de la CPR actualmente se lee así:

El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo.

Lo primero que debemos advertir es que la redacción de este numeral deja patente su estructura compleja.³¹ En primera instancia consagra el binomio derecho/deber, por un lado. Por el otro, incluye un contenido programático que podría leerse en tres sentidos. En tercera instancia, por su parte, ratifica la existencia de la garantía de la Libertad de Elección de Trabajo.

En lo que al contenido programático se refiere, como mencionábamos anteriormente, este se desarrolla en tres sentidos claramente concatenados entre sí.

31 Sin poder preverlo los constituyentes en su momento, dicha redacción desde nuestra perspectiva ha tenido efectos adversos en lo que respecta a su interpretación en la realidad costarricense, que pareciera se ha prestado para una falta de profundización en lo relativo a un concreto contenido esencial del Derecho al Trabajo. Lo anterior se constata fácilmente si se analiza que la doctrina constitucional clásica costarricense se ha encargado de abordar escuetamente el tema bajo estudio, reduciendo el Derecho al Trabajo en el derecho de las personas de escoger libremente la actividad laboral que deseen y los medios para llevarla a cabo, y en la posibilidad de que las personas trabajadoras dispongan de un mínimo de derechos y garantías tendientes a darle estabilidad (no en sentido de la prohibición del despido *ad nutum*) y adecuada remuneración a su actividad. En este sentido ver Hernández Valle, R. (2010). Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales, Costa Rica: Editorial Juricentro. No está de más señalar, claro está, que recientemente los profesores Bolaños Céspedes y May Cantillano han realizado esfuerzos doctrinales y una labor de sistematización importante, con la finalidad de dotar al Derecho al Trabajo de un contenido constitucional más amplio. Bolaños Céspedes, F. (2018). Constitución Política y Derecho Laboral. Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.; May Cantillano, H. (2012); Estudios de Derecho Laboral Constitucional. Costa Rica: Editorial Juricentro.

El primero de ellos se refiere a la obligación estatal de procurar una ocupación a todas las personas.³²

Pero es en el segundo y tercer sentido donde se encuentra que la «Dignidad Humana» forma parte del contenido esencial del Derecho al Trabajo, cuando se refiere a que la obligación estatal de garantizar que las ocupaciones, sin distingo alguno, sean calificadas de «honestas» y «útiles», «debidamente remuneradas»; e imponiendo la obligación al Estado de evitar que por causa de esta ocupación se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la «libertad» o la «dignidad», o «degraden su trabajo a la condición de simple mercancía».

Es acá donde actualmente encuentra cabida clara la llamada «desmercantilización» del «Trabajo»³³, que se configurará legalmente a través de la regulación que haga el Código de Trabajo, en consonancia con nuestra cláusula de Estado Social de Derecho.

Siguiendo esta misma línea, debemos también recordar que la propia Sala Constitucional ha expresado que, al constituirse en un Estado regido según los principios básicos de una democracia, Costa Rica optó por una formulación política en la que el ser humano, por el simple hecho de serlo, por haber nacido tal, es depositario de una serie de derechos que le son dados en protección de su dignidad, derechos que no pueden serle desconocidos sino en razón de intereses sociales superiores, debidamente reconocidos en la propia Constitución o las leyes.³⁴

32 Si bien no es tema en el que se quiera profundizar, sobre el debate respecto de los alcances del Derecho al Trabajo como derecho a un puesto de trabajo y a las políticas de “pleno empleo” resulta interesante analizar posiciones doctrinarias tales como Montoya Melgar, A. (2003). El Trabajo en la Constitución (La Experiencia Española en el Marco Iberoamericano). En *El Trabajo y la Constitución, Estudios en Homenaje al Profesor Alonso Olea* (pp. 463-490). España: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; Peces-Barba, G. (1990). El Socialismo y el Derecho al Trabajo. *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, 97. España: Fundación Sistema.; Pérez del Prado, D. (2012). Una Aproximación al debate contemporáneo sobre el Derecho Al Trabajo. *Revista Derechos y Libertades*, 27. España: Universidad Carlos III, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Del mismo modo pueden analizarse sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia 007997-2011 de las once horas y veintiocho minutos del diecisiete de junio del dos mil once o 012497-2016 de las nueve horas cinco minutos del dos de setiembre de dos mil dieciséis.

33 Fernández, J. (2013). Constitución, Derechos Sociales y Tutela del Trabajador. En *Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico* (pp. 215-278). España: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

34 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 1261, 10 de setiembre de 1990.

IV.- El ejercicio de la Exclusión Legal de Laboralidad ante la CPR.

Para este momento, comprender que la determinación de si una relación o no tiene naturaleza laboral es un asunto de política legislativa, no debería generar polémica. Como en efecto hemos indicado líneas arriba, ese es el cauce que ha configurado la CPR, al estructurar un sistema económico cuyas bases se fundamentan en la convivencia permanente entre la Propiedad Privada, la Libertad de Empresa y el Derecho al Trabajo.

A esta misma conclusión podemos llegar si nos fijamos nuevamente en el marco constitucional laboral, en el que la CPR ordenó al legislador ordinario la elaboración de una normativa legal especial, en aras de regular todo lo concerniente al «Trabajo» y así otorgar una protección reforzada a la parte trabajadora, junto con los demás elementos de la estructura de nuestro sistema de relaciones laborales.

En este sentido, la regulación laboral o no de determinados fenómenos sociales y económicos entendidos como «Trabajo» recae enteramente en la Asamblea Legislativa, reiteramos, tal y como lo ha realizado en otras ocasiones.

La elaboración normativa en nuestro país, como bien mencionamos anteriormente, tiene antecedentes interesantes en este sentido³⁵, siendo tal vez el de más reciente data, la Ley N° 9728, o Ley de Educación y Formación Técnica Dual, cuyo artículo 16 expresamente indica «*Las relaciones jurídicas derivadas de estos convenios no generan relación laboral alguna entre la persona estudiante y la empresa o centro de formación para la empleabilidad.*»

Sin embargo, también existe el precedente del «Trabajo Penitenciario», a tenor del artículo 55 del Código Penal (Ley N° 4573)³⁶, y que en lo que nos interesa señala «*El interno gozará de los beneficios que el Estado y sus instituciones otorguen*

35 Nótese incluso cómo el legislador ordinario previó la posibilidad de excluir de la aplicación del Código de Trabajo a ciertas empresas y personas, mediante su artículo 14.

36 Código Penal (Ley No. 4573, 1970). Artículo 55.- «*El Instituto de Criminología, previo estudio de los caracteres psicológicos, psiquiátricos y sociales del interno, podrá autorizar al condenado que haya cumplido por lo menos la mitad de la condena, o al indiciado, para que descuente o abone la multa o la pena de prisión que le reste por cumplir o que se le llegue a imponer, mediante el trabajo en favor de la Administración Pública, de las instituciones autónomas del Estado o de la empresa privada. Para tal efecto, un día de trabajo ordinario equivale a un día multa y cada dos días de trabajo ordinario equivalen a un día de prisión. Las labores de toda índole, que se realicen en el centro de adaptación social y fuera de él computarán en igual forma. El salario respectivo se abonará total o parcialmente para satisfacer la multa impuesta. **El interno gozará de los beneficios que el Estado y sus instituciones otorguen a los trabajadores, aunque no existirá relación laboral entre el empleador y el empleado interno.**» (El resaltado no es del original)*

a los trabajadores, aunque no existirá relación laboral entre el empleador y el empleado interno.»

Esta norma, al tener más antigüedad, ya fue objeto de análisis por la propia Sala Constitucional a la luz del artículo 56 de la CPR en su sentencia 5084-1996, de las once horas, del veintisiete de setiembre de mil novecientos noventa y seis, en la que, a través de una consulta de constitucionalidad, indicó el juzgado consultante que cuestionaba la inconstitucionalidad de la norma, ya que al declarar la inexistencia de una relación laboral, despojaba a los internos de los derechos establecidos en la CPR y generaba una discriminación con respecto a las demás personas trabajadoras.

En dicho voto, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que no existe la inconstitucionalidad indicada, en el tanto *«[...] no señala la Constitución Política lo que debe entenderse bajo ese concepto, ni quiénes o qué tipo de actividades se consideran incluidas. No se recoge ninguna definición de trabajador ni de relación laboral y probablemente la razón para ello sea que el Código de Trabajo -promulgado coetáneamente con las referidas normas constitucionales- se encarga de definir el concepto de trabajador y regular de forma amplia lo correspondiente a las relaciones de trabajo.»*

Añade además la Sala que *«[...] es de resorte legislativo definir las características de la noción de trabajador y de relación laboral, todo con respeto de la integridad y el orden de fuentes del ordenamiento jurídico y por tanto puede, en ejercicio de sus atribuciones, dejar por fuera ciertas actividades de manera que no se incluyan como parte del concepto de relación laboral.»*

Ahora bien, debe precisarse acá que el aval otorgado por el Tribunal Constitucional a esta norma parte de una premisa de gran relevancia; por un lado, indica que las personas internas no prestan sus servicios dentro del marco normal de la estructura económica del país, el mercado laboral con su oferta y demanda, como sí ocurre con las que la propia Sala denomina «personas trabajadoras libres»; y, por el otro, que la finalidad de este tipo de labores es la «rehabilitadora».

Por estas razones y ante la histórica desigualdad jurídica y económica que se genera entre las partes de la relación laboral, es que estas últimas se encuentran sujetas a las normas constitucionales y legales de protección especial.³⁷

37 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 5084, 27 de setiembre de 1996. *«Y no se trata de una diferencia alambicada e irrelevante, si justamente en el reconocimiento de la existencia de esta última condición de necesidad en las masas de trabajadores - históricamente en desventaja frente a los dueños de los medios de producción, a quienes deben alquilar su fuerza de trabajo*

A nuestro juicio dicha diferenciación es elemental. Atender a esta concepción finalista del Derecho al Trabajo nos permite entender que la potestad legislativa de excluir la laboralidad de una determinada relación no se encuentra desprovista de límites, sino todo lo contrario, debe ser respetuosa de la CPR, lo que implica respetar, en todo momento, su contenido esencial.

Lo anterior, en atención propiamente a la tesis del contenido esencial, conlleva tener que aplicar adecuadamente los principios de proporcionalidad y razonabilidad en el desarrollo de la norma; esto es, dicho de otro modo, entender que negarle el Derecho al Trabajo a un grupo de personas que presten sus servicios a otra, debe ser una decisión legislativa que pondere de forma completa los intereses afectados, en atención al Derecho de la Constitución.

Finalmente, hay otro aspecto que consideramos quedará por determinar respecto de la exclusión legal de laboralidad y que se refiere a su relación con una de las garantías de protección ya establecida en el Código de Trabajo. Estamos hablando del papel de la «presunción de laboralidad» ante dichas fórmulas legislativas, técnica que tiene un espacio fundamental en el ordenamiento legal costarricense,³⁸ y que, a nuestro entender, encuentra asidero constitucional también en los artículos 56 y 74, ambos de la CPR, pero esencialmente en la «Dignidad Humana».

Si se entiende que esta, como reflejo propio de la «imperatividad»³⁹ de las normas laborales, busca garantizar su aplicación efectiva en aquellas situaciones en

por ser su única riqueza- se funda el desarrollo del derecho laboral y el reconocimiento a nivel constitucional de ciertas garantías mínimas e irrenunciables para los trabajadores, ello con el fin de prevenir los abusos que puedan darse y lograr que dichas personas obtengan un mínimo de condiciones que les permitan mantener su dignidad y proteger y mejorar su condición de seres humanos.»

38 Código de Trabajo (Ley No. 2, 1943). «Artículo 18.- Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquél en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada en ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma. Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe.»

39 De La Cueva, M. (1954), ob. cit., p. 254. El autor mexicano, sobre la imperatividad de las normas laborales, expresamente recuerda: «Es fácilmente comprensible la imperatividad absoluta del derecho del trabajo. La existencia de las relaciones entre el Capital y el Trabajo no depende de la voluntad de trabajadoras y patronos, sino que tiene carácter de necesidad: En la vida social han existido y existirán siempre las relaciones de producción y de ahí la urgencia de que el derecho las regule. [...] La injusticia y desigualdad que produjo el principio formal de la autonomía de la voluntad, obligaron al Estado a intervenir en el proceso económico, para asegurar a los trabajadores un nivel mínimo de vida.»

las que sus presupuestos sustantivos resultan difíciles de acreditar,⁴⁰ y que además dentro del esquema procesal laboral tiende a efectivizar el equilibrio de las partes en el contradictorio, nos inclinamos a pensar que una interpretación acorde a la CPR no puede significar una inaplicación de la «presunción de laboralidad», aun y cuando una norma posterior y de la misma jerarquía señale *a priori* que una relación no es de naturaleza laboral.

En este mismo sentido, y siempre pensando en la concepción finalista del Derecho al Trabajo, podríamos considerar, a *prima facie*, inconstitucionales redacciones legislativas tales como la del proyecto de ley 21.567 que citamos anteriormente, cuando excluyen la laboralidad de relaciones de servicios cuando se cumpla el mero requisito de que la persona «colaboradora» esté registrada como «trabajadora independiente» ante la Caja Costarricense de Seguro Social, por no aplicar adecuadamente los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Entender lo contrario, sería permitir una regresión en materia social-laboral y a los postulados de protección del «Trabajo» en el Estado Social de Derecho.

V.- Conclusiones.

Hemos tratado de reflejar en nuestro estudio que el «Trabajo» forma parte esencial del sistema constitucional económico de Costa Rica, que así fue previsto desde su incorporación a la Constitución Política de 1871 y que posteriormente se reforzó dicho papel en la CPR, por parte de la Asamblea Constituyente.

Del mismo modo, expusimos que la incorporación del «Trabajo» a las constituciones fue el resultado de una serie de fenómenos sociales, económicos, políticos y jurídicos, que culminaron con la estructuración de sistemas que le ofrecen una protección especial a su desarrollo en las sociedades civilizadas y democráticas.

Tomando en consideración lo anterior, entendemos que si bien el sistema constitucional brinda suficiente margen a la Asamblea Legislativa para determinar cuándo una relación está sujeta a las normas laborales y cuándo no (existiendo suficientes antecedentes para demostrarlo), en atención a la «Dignidad Humana», como parte del contenido esencial del Derecho al Trabajo, dicha facultad no se

40 Sanguinetti, W. (2006). La Decadencia de la Presunción de Laboralidad: ¿Una Cuestión de Oportunidad o de Método?. En Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 12. España: Iustel.

encuentra desprovista de límites, que deben respetarse en el proceso de elaboración normativa.

Finalizamos este estudio tal y como lo iniciamos, señalando que el propio entramado constitucional busca el objetivo de funcionar bajo condiciones de trabajo que aseguren la «Dignidad Humana», necesaria para el adecuado desarrollo de un sistema económico cuya razón de ser sea la persona, y no al revés.

VI.- Bibliografía.

Doctrina:

Alvarado Acuña, J. (2004). La Inconstitucionalidad por Omisión del Seguro de Desocupación en Costa Rica. (Tesis de Maestría para optar por el título de magíster en derecho constitucional), Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Asamblea Nacional Constituyente (2015). Actas de la Asamblea Nacional Constituyente. (1. Ed., Acta 188, Tomo II). Costa Rica: Editorial de Investigaciones Jurídicas S.A.

Bassols Coma, M. (1985). Constitución y Sistema Económico. España: Editorial Tecnos, S.A.

Blanch, J. (2003). Trabajo en la Modernidad Industrial. En Teoría de las Relaciones Laborales (pp. 13-148), Barcelona: Editorial Eureka Media, SL.

Bolaños Céspedes, F. (2018). Constitución Política y Derecho Laboral. Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Cabanellas, G. (1968); Compendio de Derecho Laboral. Buenos Aires: Editorial Omeba, 194.

Calvo Rodríguez, E. (2011). La Justicia Laboral En Costa Rica. En La Justicia laboral en América Central, Panamá y República Dominicana (pp.95-147). Costa Rica, Organización Internacional del Trabajo, 2011.

Camerlyck, G.H. y Lyon-Caen, G. (1974). Derecho del Trabajo. España: Aguilar S.A. Ediciones.

Castro, M. Et. Al. (2020). Hacia una tipología de relaciones de trabajo (Primera parte). Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, 17. Recuperado el 01 de abril de 2020 de, https://salasegunda.poder-judicial.go.cr/revista/Revista_N17/contenido/PDFs/009-art6.pdf.

Chanamé Orbe, R (2013). Constitución económica. Revista Asociación Civil Derecho y Sociedad, 40, 43-64.

De La Cueva, M. (1954). Derecho Mexicano del Trabajo. México: Editorial ECLAL.

Fernández, J. (2013). Constitución, Derechos Sociales y Tutela del Trabajador. En Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico (pp. 215-278). España: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

Gil Alburquerque, R. (2015). El Derecho del Trabajo Democrático en la República de Weimar. (Tesis para optar por el grado de doctorado), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real Universidad de Castilla – La Mancha (UCLM), España.

Godínez A. (2014) Los orígenes del Derecho Laboral Costarricense: 1821 a 1943. En Orígenes del Derecho Laboral Latinoamericano (pp. 1-51), México: Editorial Porrúa.

Hernández Valle, R. (2010). Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales, Costa Rica: Editorial Juricentro.

Herrero De Miñón, M. (1999). Constitución Económica: desde la ambigüedad a la integración. Revista Española de Derecho Constitucional, 57, 11-32.

Jurado Fernández, J. (2006). La jurisprudencia constitucional y la regulación del mercado. Revista de Ciencias Jurídicas, 110, 37-68.

López Lasa, A. (2001). Constitución Económica y Derecho al Trabajo en la Unión Europea. España: Editorial Comares, S.L.

Martín Artiles, A. (2003). Teoría Sociológica de las Relaciones Laborales. En Teoría de las Relaciones Laborales (pp. 149-260). España: Editorial Eureka Media, SL.

May Cantillano, H. (2012); Estudios de Derecho Laboral Constitucional. Costa Rica: Editorial Juricentro.

Mellado, C. (2015). Constitución, Tratados Internacionales y Derecho Del Trabajo. Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales, 5 (1). España: Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

Monereo Pérez, J.L. (1996). Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo, España: Editorial Tirant Lo Blanch.

Montoya Melgar, A. (1998). Contrato de trabajo y economía (las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como fundamento legal de extinciones, suspensiones y modificaciones de las relaciones de trabajo). Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 8, 55-66.

Montoya Melgar, A. (2003). El Trabajo en la Constitución (La Experiencia Española en el Marco Iberoamericano). En El Trabajo y la Constitución, Estudios en Homenaje al Profesor Alonso Olea (pp. 463-490). España: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales

Montoya Melgar, A. (2004). El Trabajo en la Constitución. Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales, 0, 9-32.

Orduna Díez, L. (2007). Las ideas de Keynes para el orden económico mundial. *Revista de economía mundial*, 16, 195-223.

Peces-Barba, G. (1990). El Socialismo y el Derecho al Trabajo. Sistema: Revista de Ciencias Sociales, 97, 3-10.

Pérez del Prado, D. (2012). Una Aproximación al debate contemporáneo sobre el Derecho Al Trabajo. Revista Derechos y Libertades, 27, 267-297.

Sanguineti, W. (2006). La Decadencia de la Presunción de Laboralidad: ¿Una Cuestión de Oportunidad o de Método?". En Revista General de Derecho del Trabajo

Sotelo, I. (2010). El Estado Social: Antecedentes, origen, desarrollo y declive. España: Editorial Trotta S.A.

Ves Losada, A. (1987). La sociología y el Derecho Laboral. En La Protección del Trabajo en el Mundo Moderno (pp. 301-314), México: Editorial Cardenas.

Jurisprudencia:

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 1261, 10 de setiembre de 1990.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 5084, 27 de setiembre de 1996.

Legislación:

Código Penal (Ley No. 4573, 1970).

Código de Trabajo (Ley No. 2, 1943).

Constitución Política (No. 46, 1871). Costa Rica. Recuperado el 12 de abril de 2020 de, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41241&nValor3=86819&strTipM=TC.

El empleo público en el marco constitucional: análisis jurisprudencial

Magally Hernández Rodríguez *

Resumen:

En este artículo se ha recopilado, sistematizado y analizado la principal jurisprudencia de la Sala Constitucional en materia de empleo público en Costa Rica. Se examina el marco constitucional del empleo público costarricense, a efectos de comprender los alcances y limitaciones de dicho marco constitucional. Pero además, a efectos de ofrecer una sistematización del parámetro constitucional para el análisis de las normas infraconstitucionales relacionadas con el empleo público.

Palabras clave:

Empleo público. Sector Público. Idoneidad. Estabilidad. Derecho Público. Funcionarios Interinos. Derecho de huelga. Convenciones Colectivas.

* Doctora en Derecho Público (Université de la Sorbonne Nouvelle Paris III, con mención de honor). Doctora en Gobierno y Políticas Públicas (UCR, con mención de honor). Master en Derecho Público (UCR, con mención de honor). Licenciada en Derecho (UCR, con mención de honor). Tercer año de la Carrera de Ciencias Políticas (UCR). Becada del Gobierno Francés y de la UCR durante 2002-2004. Letrada de Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia desde el 2004 al presente. Profesora Universitaria en la Facultad de Derecho desde 2001 al presente, en grado como en posgrado. Coordinadora de la Maestría en Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica desde el 2015 al presente. Asesora Parlamentaria en la Asamblea Legislativa durante 6 años. Conferencista desde el 2001 a nivel nacional e internacional en relación al marco jurídico de las empresas públicas, servicios públicos, gobernabilidad, leyes en materia presupuestaria, trámites administrativos, debido proceso. Varias publicaciones en revistas sobre las empresas estatales, presupuestos públicos y Derecho Administrativo. Varios libros publicados: "Arbitraje Administrativo" 2000, "Fisuras, Desafíos y Mutaciones del Estado de Derecho y el Derecho Público" 2007, "Marco jurídico del asociacionismo municipal" 2009, "Bases constitucionales del régimen administrativo en Costa Rica" 2014.

Résumé:

Dans cet article, la principale jurisprudence de la Cour Constitutionnelle sur l'emploi public au Costa Rica a été compilée, systématisée et analysée. On discute sur le cadre constitutionnel de l'emploi public costaricien, afin de comprendre ses limitations. Mais aussi, afin d'offrir une systématisation du paramètre constitutionnel pour l'analyse des normes infra-constitutionnelles liées à l'emploi public.

Mots clefs:

Emploi public. Secteur publique. Droit Public. Droit de grève. Conventions collectives.

SUMARIO: Introducción. A. Empleo público: régimen único y especial. 1. Régimen especial. 2. Régimen único. 3. Los contratos por servicios profesionales. 4. Los trabajadores de las empresas estatales. B. Características del empleo público: idoneidad y estabilidad. 1. Idoneidad comprobada. 2. Significado de estabilidad (debido proceso en caso de sanción disciplinaria). 3. La “estabilidad impropia” de los funcionarios interinos. C. Convenciones Colectivas y Derecho de Huelga en el sector público. 1. Las convenciones colectivas en el sector público. 2. El derecho de huelga en el sector público. Síntesis Conclusiva. Bibliografía.

Introducción.

El régimen de empleo público en Costa Rica se rige por un cúmulo de normas de Derecho Público, distintas del Derecho común o Derecho privado. De acuerdo a la jerarquía de las normas, se sabe que la Constitución Política se ubica en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, el resto de normas infraconstitucionales deben adecuarse y ser conformes con lo que el Derecho de la Constitución establece. Así entonces, nuestro objetivo con esta pequeña investigación es exponer el marco constitucional del régimen de empleo público en Costa Rica, a efectos de que sirva de referencia para la valoración del resto de normas referidas a la temática.

Procederemos a examinar algunos de los aspectos que han sido tratados por la jurisprudencia constitucional costarricense y que constituyen, en nuestro criterio, los pilares fundamentales en este tema. Lo primero que se impone es precisar los alcances del régimen de empleo público como un marco especial y único (A), las dos características principales que se derivan del propio art.192 Constitucional, a saber, la idoneidad y la estabilidad (B), mencionando dentro de esta última el derecho al debido proceso como requisito para aplicar sanciones disciplinarias. Posteriormente, trataremos el controversial tema de quiénes dentro del sector público pueden celebrar convenciones colectivas y el derecho de huelga en el sector público (C).

A. Régimen de empleo público: ¿especial, único, excepciones?

Sobre la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de un régimen especial o estatutario para regular las relaciones de empleo con el Estado, debemos partir

primero de lo que establecen los artículos 191 y 192 de nuestra Constitución Política:

Artículo 191.- Un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración.

Artículo 192.- Con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen, los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada y sólo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos.

Ahora bien, de allí se pueden derivar varios aspectos a dilucidar: ese régimen de empleo público es especial (1), es único (2), algunos ejemplos de excepciones (3 y 4).

1. Régimen Especial: ¿contrapuesto al Derecho privado?

Del debate en la Asamblea Nacional Constituyente de los artículos 191 y 192 de la Constitución Política (lo cual se recoge en la Ley General de la Administración Pública, artículos 3, 111 y 112), se concluye que el empleo público en Costa Rica está regulado por un marco jurídico especial, el Derecho Público, con principios propios y en ocasiones hasta contrapuestos al Derecho privado (SCV 1992-001696).

La Sala Constitucional (SCV 2018-00231) ha sido clara en indicar que, nuestros constituyentes originales consignaron en la Constitución Política de 1949, que debía existir **un régimen laboral administrativo** que regulara las relaciones entre los servidores públicos y el Estado, a fin de proteger a los primeros de destituciones arbitrarias (estabilidad en el empleo) y de profesionalizar la función pública (búsqueda de la eficiencia en el servicio y de la idoneidad del funcionario).

El objeto de tal cometido fue procurar que la Administración Pública contara con factores organizativos que le permitieran satisfacer el derecho de los ciudadanos al buen funcionamiento de los servicios públicos.

El régimen de servicio civil no es un privilegio corporativo, sino **una garantía de la imparcialidad institucional**. De ahí que la relación laboral de

empleo público esté sujeta a ciertas especificidades y principios, como los de mérito y capacidad en el acceso, y también a determinadas **normas de derecho público**, como el régimen de incompatibilidades, que garanticen objetividad e imparcialidad en la prestación del servicio público. Tales objetivos quedaron plasmados por el Constituyente. El voto mencionado indica claramente lo siguiente:

Expuesto lo anterior, resulta claro y evidente, que, a partir del año 1949, el ordenamiento jurídico que regula la relación de empleo entre la administración pública y sus servidores en nuestro país, se rige por el derecho público, principio que se reitera en el artículo 112 de la Ley General de la Administración Pública (ver al efecto, la sentencia No. 1995-3125 de las 16:24 horas del 14 de junio de 1995). Este régimen implica, necesariamente ... que esa relación, por su propia naturaleza, se basa en principios generales propios, no solo distintos a los del derecho laboral (privado), sino incluso muchas veces contrapuestos a estos...

Así, la relación de empleo público que regula a los servidores públicos, es una relación especial de derecho público o estatutaria, que por tal naturaleza jurídica excluye la aplicación del derecho laboral común. Siendo las normas básicas de su regulación constitucional los ordinales 11, 191 y 192 de la Constitución Política. Una de las principales diferencias entre las normas de Derecho público y las de Derecho privado, en cuanto a este tema, está por ejemplo en que, mientras en Derecho laboral opera el principio de libre despido, en el Derecho público del empleo público, más bien el trabajador goza de estabilidad, tal como se detalla más adelante.

En **síntesis**, el régimen jurídico del empleo público en Costa Rica ciertamente es especial, se rige por normas y principios de Derecho público, distintos (y hasta contrapuestas del Derecho privado), y ello es así en virtud de lo establecido por nuestro Constituyente en los artículos 191 y 192 mencionados.

2. Régimen Único: ¿abarca a todos los servidores públicos?

Tal como se vio, el artículo 191 Constitucional comienza indicando: “*Un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos...*”. Nótese la palabra “UN”, quiere decir ello que: ¿se trata de UN SOLO régimen?, ¿todos los servidores públicos están incluidos?

De previo a buscar respuesta a estas preguntas en nuestro marco constitucional, resulta indispensable discutir sobre el concepto de servidor público.

a) Sobre el concepto de “servidor público” en la jurisprudencia constitucional.

Lo primero que se debe indicar sobre la precisión del concepto de servidor público es que, nuestra Constitución Política no se ocupa de dar concepto alguno. Así entonces, un acercamiento a una definición debe partir de lo indicado por el legislador y la jurisprudencia constitucional. En cuanto a las leyes, el artículo 111 de la LGAP es el primero que debemos mencionar, el cual indica:

Artículo 111.-

1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.

2. A este efecto considéranse equivalentes los términos " funcionario público ", " servidor público " empleado público ", " encargado de servicio público " y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.

3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común.

De dicha norma se pueden extraer las siguientes **características** de la definición de servidor público:

- Funcionario, servidor y empleado público, son conceptos sinónimos
- El servidor público presta servicios a la Administración Pública y lo hace a nombre y por cuenta de ella.
- De previo a la prestación de servicios debe haber un acto administrativo (válido y eficaz) de investidura.
- Siendo variables: el pago (puede o no, mediar pago), la permanencia (el puesto puede ser permanente o temporal), la representatividad (el cargo puede o no, ser representativo).
- Los servidores de las empresas estatales, que no realizan gestión pública, no se consideran servidores públicos.

Concepto que es complementado con el que se indica en el artículo 2 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito, el cual indica lo siguiente:

Artículo 2º- Servidor público. Para los efectos de esta Ley, se considerará servidor público toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta Ley.

(...)

Sin embargo, el párrafo segundo de ese artículo *extiende la noción de funcionario público*, incluso, a personas que no son funcionarios públicos desde la perspectiva del Derecho Administrativo, tales como a las personas que laboran para las empresas públicas y para los entes públicos encargados de gestiones sometidas al derecho común; asimismo, a los apoderados, administradores, gerentes o representantes de personas jurídicas que administren, exploten fondos, bienes o servicios de la administración pública por cualquier título o modalidad, cuando se dice:

... Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables a los funcionarios de hecho y a las personas que laboran para las empresas públicas en cualquiera de sus formas y para los entes públicos encargados de gestiones sometidas al derecho común; asimismo, a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión.

Ahora bien, a partir de tales conceptos, la Jurisprudencia Constitucional, objeto de este análisis, ha indicado por ejemplo, en el SCV 2017-008043, el cual resuelve una acción de inconstitucionalidad en contra de la jurisprudencia de la Sala Tercera sobre el concepto de funcionario público:

IV.- NOCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL BLOQUE DE LEGALIDAD. Para determinar la responsabilidad penal de una persona que es calificado por un tipo penal como funcionario público, necesariamente, es menester remitirse a la noción de funcionario

público que establezca el ordenamiento jurídico y, particularmente, la ley, en aras de respetar y actuar los ya señalados principios de legalidad y tipicidad en materia penal. Sobre este particular, la Ley General de la Administración Pública desde 1978, estableció una definición clara y precisa de funcionario público al preceptuar en su artículo 111 lo siguiente:

“1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.

2. A este efecto considéranse equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.

3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común.”

Esta concepción de funcionario público, obviamente, no es absoluta, bien puede una ley especial o sectorial determinar una noción más flexible, incluso para fines de ampliar la esfera de responsabilidad administrativa y penal. Así sucedió con la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública de 2004, cuyo artículo 2° amplió la noción de funcionario público al disponer lo siguiente:

“Servidor público. Para los efectos de esta Ley, se considerará servidor público toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta Ley.

Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables a los funcionarios de hecho y a las personas que laboran para las empresas públicas en cualquiera de sus formas y para los entes públicos

encargados de gestiones sometidas al derecho común; asimismo, a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión.”

Este precepto de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, como se ve, además, de reiterar los términos de la Ley General de la Administración Pública de 1978, en el párrafo 2° **extiende la noción de funcionario público, incluso, a personas que no son funcionarios públicos desde la perspectiva del Derecho Administrativo**, tales como los apoderados, administradores, gerentes o representantes de personas jurídicas que administren, exploten fondos, bienes o servicios de la administración pública por cualquier título o modalidad. Bien puede, entonces, el legislador ordinario, en el ejercicio de su libertad de configuración, extender la noción de funcionario público a un notario público. Lo que no puede hacerse por vía de interpretación judicial extensiva es extrapolarse la noción de funcionario público al notario público, puesto que, se quebrantan evidente y manifiestamente los principios de legalidad y reserva de ley en materia de delitos, penas y su agravamiento. Tal y como lo ha hecho la pauta jurisprudencial impugnada al aplicar extensivamente la pena agravada del párrafo 2° del artículo 366 del Código Penal, prevista para los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, a los notarios públicos.

De lo cual se desprende que, la Sala Constitucional reitera el concepto de servidor público establecido en la LGAP, indicando por demás que, dicha noción puede ser ampliada por el legislador -no así por el juez-, incluso para fines de ampliar la esfera de responsabilidad administrativa y penal, tal como en efecto lo hizo el legislador en el segundo párrafo del artículo 2 de la Ley contra la corrupción, mencionada supra.

El voto anterior, resolvió además la cuestión de si un ***notario público*** es o no funcionario público, concluyendo la Sala Constitucional que, si se le paga un salario en una entidad pública, el notario será funcionario público. A contrario sensu, si no recibe salario entonces no puede considerarse al notario como un funcionario público.

Ahora bien, teniendo claro el concepto de servidor público que maneja la jurisprudencia constitucional, se concluye que, el concepto de “*servidor público*”

desde el punto de vista administrativo es más restringido que el concepto de servidor público desde el punto de vista penal. Siendo la pregunta que se impone la siguiente: ¿todos esos servidores públicos están regidos por el mismo único Estatuto de Servicio Civil? La normativa infraconstitucional, amparada en la frase del artículo 192 (“*Con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen...*”) nos dice que no, pero veamos por qué.

b) Estatuto de Servicio Civil: ¿cuáles servidores públicos están incluidos y excluidos?

Quedando claro entonces que las relaciones de empleo con la Administración Pública se trata de una regulación estatutaria, y por tanto, sometidos a un régimen de Derecho público, surge la siguiente pregunta: ¿a cuáles trabajadores del Estado cubre el Estatuto de Servicio Civil?

La Sala Constitucional (SCV 1990-01119), da una respuesta a tal pregunta, indicando que, un estudio de las actas de la Asamblea Constituyente revela que los diputados quisieron acoger, con rango constitucional, el régimen especial que denominaron servicio civil, y que existía ya en otras constituciones latinoamericanas por aquella fecha. Sin embargo, el constituyente evitó ser excesivamente detallista o reglamentista en esta materia, y resolvió por incluir en la Constitución sólo los principios fundamentales que habrían de definir dicho régimen, a saber: especialidad para el servidor público, requisito de idoneidad comprobada para el nombramiento y garantía de estabilidad en el servicio, todo con fin de lograr mayor eficiencia en la administración dejando a la ley el desarrollo de la institución. (Acta No. 167, art. 3, T. III).

También indica la Sala en dicho voto que, el artículo 191 emplea el término "*estatuto*" de servicio civil en vez de "*régimen*" de servicio civil, pues prevaleció la tesis de que fuera un estatuto, un solo cuerpo legal el que regulara el servicio público, desarrollando las garantías mínimas establecidas por la Constitución. (Acta No. 167, art.3, T. III, pág.477).

Sin embargo, indica la Sala Constitucional que, el legislador optó por regular el servicio no de modo general, sino por sectores, promulgando así el Estatuto de Servicio Civil (que se aplica a los servidores del Poder Ejecutivo) y posteriormente otros estatutos para regular la prestación de servicios en los restantes poderes del Estado y en algunas instituciones descentralizadas. Se tiene entonces que, el denominado Estatuto de Servicio Civil solo rige para una parte del aparato estatal. Nótese por ejemplo, la existencia de la Ley de Personal de la Asamblea Legislativa,

n° 4556 del 29 de abril de 1970, la Ley Orgánica del Poder Judicial, n°8 del 29 de noviembre de 1937. Solo para mencionar las regulaciones distintas dentro del mismo Estado central.

Pese a ello, sí aclara la jurisprudencia constitucional que, los principios básicos del régimen (escogencia por idoneidad, estabilidad en el empleo) cubren a todos los funcionarios al servicio del Estado, tanto de la administración central, como de los entes descentralizados.

Así entonces, los principios fundamentales del régimen de empleo público se aplican a TODOS los servidores públicos. Sin embargo, en cuanto a un sólo Estatuto la situación se matiza. Aunque ciertamente se trata de un solo Estatuto de Servicio Civil (para condensar en una sola ley la regulación), debido a que el artículo 192 constitucional dispone la frase "*con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen*", su ámbito de aplicación admite excepciones. En este sentido se entiende que, la Constitución misma señalara varios casos de funcionarios que están excluidos del Estatuto de Servicio Civil, y que por tanto son de libre escogencia y remoción, como los siguientes:

- los ministros de gobierno,
- los miembros de la fuerza pública,
- los directores de instituciones autónomas,
- representantes diplomáticos,
- y en general, "*los empleados y funcionarios que ocupen cargos de confianza*" (art. 140 inciso 1),

Listado que puede ser ampliada por ley (la Ley de Servicio Civil, según se dice en el artículo 140.1 Constitucional), pues dicha ley puede determinar otros funcionarios del Poder Ejecutivo, que en casos muy calificados, pudieran ser excluidos del régimen general.

Así, pese a que la intención del Constituyente fue la existencia de una sola ley, un Estatuto, que regulara todo el servicio público. No obstante, por vía de ley el legislador ha excluido varios casos del estatuto común. Lo cual se observa, por ejemplo, en los artículos 3, 4 y 5¹ del Estatuto de Servicio Civil (Ley n°1581 del 30

1 Artículo 3º.- No se considerarán incluidos en este Estatuto:

- a) Los funcionarios de elección popular;
- b) Los miembros de la fuerza pública, o sea aquéllos que estén de alta en el servicio activo de las armas por la índole de las labores o funciones que ejecuten, excepto el personal de los Departamentos de Extranjeros y Cédulas de Residencia y de Migración y Pasaportes y el personal de las Bandas Militares; y
- c) Los funcionarios y empleados que sirvan cargos de confianza personal del Presidente o de los Ministros. (Así reformado por el artículo 6º de la Ley Nº 1918 de 5 de agosto de 1955).

de mayo de 1953), donde se menciona un buen número de funcionarios que no se consideran dentro del estatuto.

Artículo 4º.- Se considerará que sirven cargos de confianza:

- a) Los Jefes de Misiones Diplomáticas y los Diplomáticos en misión temporal.
- b) El Procurador General de la República.
- c) Los Gobernadores de Provincia.
- d) El Secretario y demás asistentes personales directamente subordinados al Presidente de la República.
- e) Los oficiales mayores de los Ministerios y los choferes de los Ministros.
- f) Los servidores directamente subordinados a los ministros y viceministros, hasta un número de diez (10). Tales servidores serán declarados de confianza, mediante resolución razonada de la Dirección General de Servicio Civil. No podrá afectarse a funcionarios incluidos actualmente dentro del Régimen de Servicio Civil. (Así reformado el inciso anterior por el artículo 1º de la Ley N° 6440 de 16 de mayo de 1980).
- g) Los cargos de directores y directores generales de los Ministerios, así como los de las oficinas adscritas a ellos, las desconcentradas y descentralizadas dependientes de los Ministros o Viceministros. Queda entendido que estos funcionarios deberán cumplir con el requisito de idoneidad para el desempeño de un cargo, de carácter técnico. Transitorio al inciso g) Las personas citadas en el inciso anterior, que actualmente ocupen en propiedad tales cargos, conforme al artículo 20 del Estatuto de Servicio Civil seguirán en esa misma condición hasta el cese de la prestación de sus servicios. Cuando esto ocurra y el cargo quede vacante, la Dirección General de Servicio Civil elaborará la correspondiente resolución declarándolo de confianza. (Así adicionado el inciso anterior incluyendo su Transitorio, por la Ley No.7767 de 24 de abril de 1998)
(NOTA: El artículo 7º de la Ley N° 1918 de 5 de agosto de 1955, cambió la numeración de este artículo que originalmente era el 5)

Artículo 5º.- Quedan también exceptuados de este Estatuto, los siguientes funcionarios y empleados:

- a) El Tesorero Nacional.
- b) Al Subtesorero Nacional.
- c) El Jefe de la Oficina del Presupuesto.
- d) Los servidores pagados por servicios o fondos especiales de la relación de puestos de la Ley de Presupuesto, contratados para obra determinada.
(Así reformado el inciso anterior por el artículo 1º de la Ley N° 6440 de 16 de mayo de 1980).
- e) Los trabajadores que presten servicios interinos u ocasionales o servicios técnicos en virtud de contrato especial.
- f) Los que reciban pago en concepto de servicios profesionales temporales o de otros trabajos realizados sin relación de subordinación.
- g) Los médicos que presten el servicio de que habla el Artículo 66 del Código Sanitario.
- h) Los maestros de enseñanza primaria aspirantes (Artículo 101 del Código de Educación) y los profesores de segunda enseñanza interinos o aspirantes (Artículo 280 del Código de Educación).
- i) Inspector General e Inspectores Provisionales, de Autoridades y Comunicaciones. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 1º de la Ley N° 2716 de 21 de enero de 1961 y luego reformado por el artículo único de la Ley N° 3451 de 5 de noviembre de 1964).
- j) El Director de Migración, el Jefe del Departamento de Extranjeros y el Director Administrativo del Consejo Superior de Tránsito. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 1º de la Ley N° 2716 de 21 de enero de 1961).
- k) Los funcionarios de la Comisión nacional de prevención de riesgos y atención de emergencias, sujetos al párrafo 2 del artículo 18 de su ley. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 45 de la Ley N° 7914 del 28 de setiembre de 1999)
- l) Los auditores y subauditores internos de los ministerios y organismos adscritos. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 45 punto d) de la Ley No. 8292 de 31 de julio de 2002).
(NOTA: El artículo 7º de la Ley N° 1918 de 5 de agosto de 1955, cambió la numeración de este artículo que originalmente era el 6º).

De esta forma, la Sala Constitucional indicó que, los casos de excepción han de ser muy calificados, con las especiales características señaladas que justifiquen un trato desigual. Si el cargo tiene alguna característica especial que lo justifique, nuestro Tribunal Constitucional indicó entonces que, la excepción será válida.

Siendo entonces la REGLA la exigencia de un UNICO régimen. Lo cual significa que, en principio, TODAS las relaciones entre el Estado y sus servidores públicos deben someterse al mismo régimen de empleo. Siendo inconstitucional la existencia de regímenes o estatutos que se excepcionen, de forma injustificada, de tal régimen. En este sentido, mediante la SCV 1994-06624 se consideró inconstitucional el artículo 15 del Convenio de Modificación al Código Aduanero Uniforme Centroamericano II del Tratado General de Integración Económica, que establecía que los servicios aduaneros nacionales tendrían su propio estatuto de carrera administrativa. Al respecto, la Sala consideró lo siguiente:

El artículo 15 del Convenio establece que los servicios aduaneros nacionales establecerán su propio estatuto de carrera administrativa. Tal disposición es violatoria de los artículos 191 y 192 constitucionales que establecen el Estatuto de Servicio Civil, que regula las relaciones entre el Estado y sus servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración. Claramente el mandato constitucional deja entender, un único régimen para el Estado, con uniformidad del mismo para todos los sujetos que se encuentran en su esfera de organización y de acción. Tal situación podría ser subsanada si se interpreta el artículo en cuestión, en el sentido, de que sin perjuicio de los derechos otorgados por la Constitución a los servidores públicos para su ingreso y promoción en el servicio como agentes de aduana, se les exigirán, los requisitos técnicos y profesionales, que, sobre éstos establecen, el Estatuto de Servicio Civil, su Reglamento y disposiciones conexas.

Además de UNICO, se ha indicado que la relación estatutaria entre el Estado y sus servidores, es una **relación de sujeción especial**. Lo cual significa que, el Estado puede imponer unilateralmente las condiciones de la organización y prestación del servicio para garantizar el bien público. La situación de las instituciones públicas empleadoras nunca será equiparable a la de cualquier patrono particular, puesto que por esa vía no puede dispensarse o excepcionarse la aplicación de cualesquiera normas o principios de orden público (SCV 2007-001144).

En síntesis:

-Los principios fundamentales del régimen de empleo público se aplican a TODOS los servidores públicos, sean del Poder Ejecutivo, del resto de Poderes del Estado o de Instituciones descentralizadas.

-Se tiene UN estatuto de servicio civil que regula las relaciones de empleo del Poder Ejecutivo, pero aún, dentro del mismo Poder Ejecutivo, se admiten excepciones justificadas, sea por Constitución (ministros de gobierno, miembros de la fuerza pública, representantes diplomáticos, empleados de confianza) o por ley de Servicio Civil (artículos 3, 4 y 5 del Estatuto de Servicio Civil).

-El resto del Poderes del Estado y las instituciones descentralizadas, pueden tener su propio Estatuto.

Por lo demás, existen otras dos situaciones que se salen, no solo del estatuto sino de toda regulación pública, que merecen mención: los contratos por servicios profesionales del Estado (3), y los trabajadores de las empresas estatales (4).

3. Los contratos por servicios profesionales en el Estado ¿relación de empleo público?

Los contratos por servicios profesionales los puede utilizar el Estado para contratar profesionales o técnicos de forma temporal, cuando necesite de sus servicios. Tal contratación se entiende que no se trata de una relación de empleo público. Sin embargo, sí es de regulación pública pues debe mediar de previo a la contratación, un procedimiento de contratación administrativa.

La regulación de esta figura no está en el texto constitucional, sino que encuentra sustento en las disposiciones mencionadas del Estatuto de Servicio Civil (artículo 5.f del Estatuto de Servicio Civil) y en los artículos 64 y siguientes de la Ley de la Contratación Administrativa. Sin embargo, la figura en general se ha indicado que encuentra sustento en la potestad de contratación que tiene el Estado, conforme el art.182 Constitucional (SCV 2004-013367 y 2003-006321). Particularmente en este último voto se dispuso lo siguiente:

... los procedimientos de contratación y los tipos contractuales son un instrumento para prestar o brindar el servicio público y, sobre todo, para la satisfacción de las necesidades generales o colectivas que justifican su creación y existencia, por lo que no son un fin en sí

mismos. Las administraciones públicas se pueden ver compelidas a contratar servicios profesionales, por diversas razones tales como la inopia de personal con conocimientos profesionales, técnicos o científicos especializados dentro los cuerpos administrativos, la satisfacción de necesidades de carácter transitorio o la prestación de servicios accesorios o complementarios al giro principal. La autonomía administrativa consagrada en el ordinal 188 de la Constitución Política, entendida como la potestad de disponer libremente, sin sujeción a ningún otro ente público, de los recursos humanos, materiales y financieros por parte de un ente público menor –llámese institución autónoma o semiautónoma- para el cumplimiento de sus cometidos y fines, es un valladar jurídico que impide obligarles a contratar nuevos funcionarios o servidores públicos, puesto que, cada ente público puede tener razones fundadas para no querer o no poder vincularlos a su organización administrativa, como puede ser no contar con el recurso humano preparado, ser imposible su preparación o muy cuantiosa su contratación como funcionarios públicos a medio o tiempo completo, sobre todo, si se trata del desempeño de funciones especializadas y no administrativas u operativas ordinarias. El Derecho de la Constitución no impide que las administraciones públicas contraten servicios profesionales para el cumplimiento de las funciones que les encarga el ordenamiento jurídico, la única condición que surge de la aplicación del principio de razonabilidad es que tales servicios no puedan ser prestados por los funcionarios o servidores de planta u ordinarios. Consecuentemente, no resulta válido sostener que los servicios profesionales se contratan para que le sean prestados a la organización administrativa y no a los usuarios de un servicio público.

Así entonces, es admisible constitucionalmente, y no implica violación alguna al régimen único de empleo público, la potestad del Estado para contratar servicios técnicos o profesionales, siempre y cuando:

-Tales servicios no puedan ser prestados por los funcionarios o servidores de planta u ordinarios.

-Se acuda para ello a uno de los mecanismos de contratación administrativa.

-Se entienda que se trata de una contratación temporal, sin relación de subordinación.

4. Los trabajadores de las empresas estatales ¿relación de empleo privado?

Sobre el régimen de los trabajadores de las empresas estatales, los artículos 111º y 112º² de la Ley General de Administración Pública son los que establecen el marco jurídico aplicable.

El párrafo tercero del artículo 111º establece que *“los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común”*. Por lo tanto, quedan fuera del concepto de servidores públicos. Así, los trabajadores de las empresas estatales no son considerados servidores públicos, ni están sujetos al régimen de empleo público o al estatuto de servicio civil. En consecuencia, su relación laboral se regirá por el Derecho Privado.

Lo anterior se ratifica en el párrafo segundo del artículo 112º cuando se dice que las relaciones de servicio con los empleados que no participan de la gestión pública se regirán por el derecho laboral o mercantil.

Sin embargo, este mismo artículo es claro al disponer dos graduaciones, *primero* que para efectos penales sí se considerarán servidores públicos y *segundo* que podrán serles aplicadas disposiciones de Derecho Público a efectos de garantizar la legalidad y moralidad administrativas.

2 Artículo 111.-

1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.
2. A este efecto considéranse equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.
3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común.

Artículo 112.-

1. El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos.
2. Las relaciones de servicios con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, de conformidad con el párrafo 3º, del artículo III [sic], se regirán por el derecho laboral o mercantil, según los casos.
3. Sin embargo, se aplicarán también a estos últimos las disposiciones legales o reglamentarias de derecho público que resulten necesarias para garantizar la legalidad y moralidad administrativa, conforme lo determine por Decreto el Poder Ejecutivo.
4. Para efectos penales, dichos servidores se reputarán como públicos.

Estas disposiciones sobre el régimen del empleo se comprenden mejor con la discusión parlamentaria que se dio en ese momento. Al respecto se dijo que:

... nosotros no vemos la necesidad de que a un ... empleado de una institución autónoma que es una empresa estatal que funciona como una entidad comercial común, se le den las ventajas o se le impongan los deberes de un servidor público ... nosotros sostenemos que esos empleados de esas entidades deben ser considerados trabajadores comunes y no funcionarios públicos, ¿por qué?, porque si no hay una serie de estatutos y reglamentaciones que se les aplica directa o supletoriamente que vienen a entorpecer la marcha de esos servicios en perjuicio del ente público ... encontraríamos que se crea una serie de entorpecimientos tremendos para empresas que tienen que funcionar en condiciones de competencia iguales a las de la empresa privada ... Entonces queríamos preservar ese régimen privado, laboral o mercantil de la empresa estatal que tiene un giro mercantil igual al de los particulares. (Ortiz Ortiz en Quirós: 1996: 210).

En síntesis, pareciera que la Ley es clara al disponer que las relaciones de empleo en las empresas estatales se regirán por el Derecho Privado. Lo cual es ratificado por la Jurisprudencia de la Sala Constitucional, con una modulación, a lo interno de las empresas estatales, según se dirá.

La Jurisprudencia Constitucional (SCV 2006-14416 y 2018-00231) ha reconocido que existen dos grandes categorías de empleados que prestan sus servicios al Estado:

- *Por un lado*, los que tienen la condición de "*funcionario público*", "*servidor público*", o de "*empleado público*": definidos como aquellos que en el desempeño de sus funciones realizan la gestión pública del Estado, a los que en -consecuencia- les es aplicable el régimen de empleo público, con todos los principios y características que derivan de lo dispuesto en los numerales 191 y 192 de la Constitución Política.
- *Por otro lado*, los que laboran para empresas o servicios económicos del Estado, encargados de gestiones sometidas al derecho común: aquellos obreros, trabajadores y empleados que si bien laboran para el Estado, no tienen la condición de funcionarios o servidores públicos por no participar en la gestión pública de la administración, toda vez que son contratados por empresas públicas o de servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común conforme al ejercicio de su capacidad

de derecho privado, en virtud de lo cual su régimen de empleo se rige con las normas del derecho común, esto es, la legislación ordinaria laboral.

Sin embargo, esta no fue siempre una posición unánime. La Sala Segunda mantuvo la tesis de que Recope S.A. es una empresa pública pero que sus servidores son públicos³ fundamentándose en un estudio que hiciera al respecto el Magistrado Álvaro Fernández Silva, quien luego de analizar pormenorizadamente las Leyes y la jurisprudencia del momento, determinó que Recope, inicialmente empresa privada, desde que fue adquirida por el Estado supera la aplicación del Derecho Privado para pasar a ser una empresa estatal regulada por el Derecho Público. Tesis que esta Sala mantuvo a pesar de que en 1994⁴ esa misma Sala había establecido el criterio de que el régimen de empleo de este tipo de empresas estatales se regía por el ámbito de autonomía de la voluntad (el Derecho Privado).

Esta posición de la Sala Segunda fue cambiada en el año 2002⁵ a raíz de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del año 2000, la cual determinó el régimen mixto del régimen de empleo en Recope⁶ distinguiendo el régimen privado de los

3 Resoluciones de la Sala Segunda n° 08 de 14:20 hrs del 10 de enero de 1996, n° 155 de 15:20 hrs del 22 de mayo de 1996 y n°292 de 10 hrs del 19 de noviembre de 1997, que en lo conducente establecieron: *“Así las cosas, la Sala, avala la tesis del estudio rendido por el Magistrado Alvaro Fernández Silva, que otorga naturaleza jurídica de empresa estatal, a la Refinadora Costarricense de Petróleo, Sociedad Anónima, a la que se le ubica, institucionalmente dentro del Sector Público no financiero, calificando a sus empleados y a sus funcionarios, para todos los efectos, como servidores públicos.”*

4 Sala Segunda n°370 de las 15 hrs del 11 de noviembre de 1994 que dispuso: *“Precisamente la empresa demandada Minera Nacional está organizada como Sociedad Anónima y, aunque su carácter de empresa estatal es innegable, el régimen jurídico que le es aplicable es de Derecho Privado. La Sala estima que ... no existe un procedimiento determinado por el Código de Trabajo para llegar a la terminación de la relación laboral y, de ahí que, al encontrarnos dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, el despido se puede dar sin trámite previo, correspondiéndole únicamente, a la vía judicial, la revisión de la justeza o no del mismo.”*

5 Sala Segunda n° 146 de 14 hrs del 09 de abril del 2002 cuando establece: *“a priori, que la relación del actor con R.E.C.O.P.E., se regiría entonces por el Derecho Laboral; pues, el régimen de empleo operante es de naturaleza privada; dado que se trata de una empresa estatal, encargada de gestiones sometidas al derecho común conforme con el ejercicio de su capacidad de Derecho Privado... No obstante, esa misma Sala, ha hecho referencia, en forma específica, a la naturaleza jurídica de R.E.C.O.P.E., concluyendo que el régimen jurídico de los empleados es **mixto**, en el tanto en que se aplica la legislación laboral común, **siempre y cuando no se desplacen consideraciones de orden superior, propias del Derecho Público**. En ese sentido, resulta de vital importancia citar lo dispuesto, por ese Tribunal Constitucional, en su Voto n° 7.730, dictado a las 14:47 horas, del 30 de agosto del año 2.000.”*

6 Véase SCV 00-7730, 01-244, 01-12953, que al respecto dispusieron: *“El carácter mixto -de Derecho Público y Derecho Privado- del régimen jurídico de RECOPE, se extiende también por las razones acotadas a las normas que rigen las relaciones entre la Refinadora y sus empleados, a pesar de lo que podría interpretarse de la lectura de los artículos 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública.”* Véase también para el caso del INS, la resolución no.2000-06973.

empleados que no participan de la gestión pública, del régimen público de la clase gerencial.

Según la jurisprudencia de la Sala Constitucional (SCV 2000-7730, 2001-244 y 2001-12953), los trabajadores de las empresas estatales tienen un régimen mixto en cuanto a su régimen laboral:

-El régimen privado para todos aquellos trabajadores que no realizan gestión pública, sino que realizan actividades de gestión privada.

-El régimen público para la clase gerencial, por el hecho de realizar gestión pública.

Esta es la posición que la jurisprudencia de la Sala Constitucional mantiene hasta la fecha y ha sido seguida por el resto de los tribunales⁷.

Sobre este régimen mixto de los empleados, no se hace distinción en cuanto al tipo de organización de la empresa estatal. Así se puede concluir que, sea ésta organizada bajo una forma pública o bajo una forma privada, en ambos casos el régimen es mixto.

Por supuesto, de esa distinción jurisprudencial de la Sala Constitucional, se derivarán varias consecuencias, que serán analizadas en el apartado siguiente, referidas a las siguientes preguntas: ¿están cobijados los empleados de las empresas estatales que se rigen por el Derecho privado, por el principio del debido proceso en caso de despido?, ¿cuáles trabajadores del Estado pueden celebrar convenciones colectivas?. La primera pregunta la intentaremos contestar de inmediato, la segunda pregunta en el apartado C.

En cuanto al debido proceso como requisito para despedir a un trabajador de una empresa estatal que no realiza gestión pública, y por tanto, sometido al régimen de Derecho privado, ha habido sentencias contradictorias, siendo que unas han considerado que sí es necesario seguir un debido proceso de previo al despido, y otras han considerado que no es necesario.

⁷ Véase resolución de la Sala Primera n°653-F-04 de 11:40 hrs del 05 de agosto del 2004 que dice: *"la jurisprudencia emanada de las Salas Primera, Segunda y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, cuanto los precedentes del Tribunal Contencioso Administrativo, al analizar la naturaleza jurídica de RECOPE, son contestes al afirmar que se trata de una empresa estatal nacional, con un régimen jurídico mixto (Derecho Privado-Derecho Público). Sobre el particular, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el voto número 6627 de las 9 horas 03 minutos del 28 de julio del 2000."*

Así por ejemplo, nos encontramos con una sentencia de 1994 de la Sala Constitucional donde se consideró que, a pesar de tratarse de una empresa estatal organizada como sociedad anónima, estaba sujeta a disposiciones de Derecho Público y por tanto para el despido de una trabajadora debió seguir un debido proceso⁸.

Pero por otro lado, ese mismo año, una resolución de la Sala Segunda, respecto de otro caso, estableció todo lo contrario, es decir que no era necesario seguir un debido proceso para procederse al despido, puesto que las empresas estatales actúan dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad (Sala Segunda n° 370 de 15 hrs del 11 de noviembre de 1994 Minera Nacional S.A.). Se transcribe a continuación un extracto de dicho razonamiento, pues nos parece que contiene una riqueza de análisis mayor que la resolución anterior de la Sala Constitucional:

I.- Recurre la sociedad demandada [...] el que Minera Nacional Sociedad Anónima no siguió el procedimiento administrativo para dar fin a la relación laboral...

II.- Extraña el Tribunal Superior de Trabajo la existencia de un proceso administrativo previo, indispensable y obligatorio para arribar al despido, posición que no es compartida por esta Sala, dado que nos encontramos ante una empresa estatal, sujeta a un régimen de Derecho Privado. El Estado contemporáneo en respuesta a las necesidades sociales de la población, se ha visto obligado al enfrentamiento de ciertas actividades empresariales, para lo cual, los moldes del Derecho Público, resultan excesivamente rígidos e inapropiados. Ha asumido estructuras de organización típicas del derecho mercantil, donde, en forma preponderante, rige el Derecho Privado, que le permite agilidad y versatilidad para enfrentar los retos particulares de su gestión.

III.- La exclusión de estas formas particulares de entes descentralizados, del Derecho Público, se extrae del análisis de los tres primeros artículos de la Ley General de Administración Pública n° 6227 del 28 de abril de 1978, donde, se establece que la

8 (SCV 1994-01549) Corporación de la Zona Franca de Exportación S.A. que dispuso: *“no cabe duda de que la Corporación recurrida se encuentra sujeta a esas disposiciones de Derecho Público, ya que, a pesar de la ambigua calificación de empresa privada del Estado que le otorga el artículo 2 ... resulta evidente que se trata de una empresa estatal ... Así pues, la Junta Directiva de la Corporación violó el debido proceso a la recurrente ... violación a su derecho al debido proceso, el cual implica, la sujeción de los procedimientos a las normas constitucionales en sí mismas, como a las de otro rango que desarrollen ese derecho constitucional...”*

Administración Pública estará constituida por el conjunto de entes y órganos que ejecutan funciones típicamente administrativas [...] Consecuentemente, quedarían excluidas las empresas del Estado (entes descentralizados con forma de Derecho Privado) y los entes no estatales con forma jurídica de Derecho Público, como son, por ejemplo, los colegios profesionales. Todos estos entes tendrán su particular régimen y, en el caso de las empresas del Estado, el mismo es de índole privado, en vista de las exigencias de su giro [...]

IV.- Precisamente la empresa demandada Minera Nacional está organizada como Sociedad Anónima y, aunque su carácter de empresa estatal es innegable, el régimen jurídico que le es aplicable es de Derecho Privado. [...] En nuestro medio, no existe un procedimiento determinado por el Código de Trabajo para llegar a la terminación de la relación laboral y, de ahí que, **al encontrarnos dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, el despido se puede dar sin trámite previo**, correspondiéndole únicamente, a la vía judicial, la revisión de la justeza o no del mismo. (Subrayado no corresponde al original)

Por lo tanto, inicialmente no existió claridad sobre este tema. Sin embargo, actualmente es reiterado el criterio de la Sala Constitucional en el sentido de que, un trabajador de una empresa estatal sometido al Derecho privado, no requiere previo a su despido, seguir debido proceso alguno. Tal como se observa se indica en el voto siguiente (SCV 2010-010713, que se ratifica en SCV 2014-001686, 2014-002686, 2016-017418, 2016-018847, 2016-005950):

... dado que el Instituto Nacional de Seguros actúa en ejercicio de su **capacidad de derecho privado, los principios generales de la estabilidad en el empleo no le son aplicables a sus funcionarios** – salvo a quienes ocupan puestos gerenciales o de fiscalización superior – razón por la cual pueden ser removidos de sus puestos sin justa causa, con responsabilidad patronal, es decir, sin alegarse en su contra la comisión de alguna falta y con el pago de la indemnización que proceda. (Subrayado no corresponde al original).

Nuestra posición es que, ciertamente, los trabajadores de las empresas estatales, sometidos al régimen de Derecho Privado, podrían ser despedidos, sin necesidad de previo procedimiento. Claro está, salvo que exista en un caso concreto, una norma especial atinente a la empresa estatal en particular, que diga lo contrario, o que se trate de un despido sin responsabilidad patronal, según se explica a

continuación. Tal como se desprende de lo resuelto en el caso Baena Ricardo vs Panamá, 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque se trate de trabajadores de las empresas estatales (donde opera el libre nombramiento y remoción), cuando la destitución opera dentro del marco de una sanción administrativa (entendemos nosotros que cuando haya una remoción sin responsabilidad patronal), siempre debe haber de previo un debido proceso:

130. Los directores generales y las juntas directivas de **las empresas estatales** no son jueces o tribunales en un sentido estricto; sin embargo, en el presente caso las decisiones adoptadas por ellos afectaron derechos de los trabajadores, por lo que resultaba indispensable que dichas autoridades cumplieran con lo estipulado en el artículo 8 de la Convención.

131. Pese a que el Estado alegó que en Panamá no existía carrera administrativa al momento de los hechos del caso (diciembre de 1990) y que, en consecuencia, regía la discrecionalidad administrativa con base en la cual **se permitía el libre nombramiento y remoción de los funcionarios públicos**, este Tribunal considera que **en cualquier circunstancia en que se imponga una sanción administrativa a un trabajador debe resguardarse el debido proceso legal**. Al respecto es importante distinguir entre las facultades discrecionales de que podrían disponer los gobiernos para remover personal en función estricta de las necesidades del servicio público, y las atribuciones relacionadas con el poder sancionatorio, porque estas últimas sólo pueden ser ejercidas con sujeción al debido proceso.

132. En el caso en estudio, el acto administrativo sancionatorio es el contenido en la nota de despido entregada a los 270 trabajadores de las siguientes instituciones estatales: Autoridad Portuaria Nacional, Empresa Estatal de Cemento Bayano, Instituto Nacional de Telecomunicaciones, Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables, Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación, Ministerio de Obras Públicas y Ministerio de Educación. (Subrayado no corresponde al original)

En este orden de ideas, es congruente la jurisprudencia al no haberle reconocido a los trabajadores de Correos de Costa Rica S.A. el derecho al salario escolar, establecido únicamente para los funcionarios públicos, en razón de que el

régimen laboral vigente para estos empleados ya no lo es el Estatuto de Servicio Civil (SCV 2001-002301). Siendo entonces, que en el caso específico de esta empresa estatal las disposiciones contenidas en el art.192 de la Constitución Política – referida al régimen de empleo público- no alcanzan más a los funcionarios contratados por la empresa Correos de CR S.A. (SCV 1998-006599).

Asimismo, el procedimiento para reestructuración de las instituciones públicas establecido en la LGAP, no es aplicable a las empresas estatales, aunque sí lo sean sus principios (SCV 1998-003071) pues tal y como lo ha dicho la jurisprudencia constitucional la empresa estatal puede darse su propia organización, y no le son aplicables los procedimientos de la LGAP (SCV 1991-01743).

Por otro lado, a pesar de todo lo dicho, debe recordarse lo dicho supra, pese a que las relaciones de empleo de los trabajadores de las empresas estatales se rigen por el Derecho privado, en tratándose de obligaciones y responsabilidad atinente a la prevención, detección y sanción de la corrupción en la función pública, este tipo de trabajadores sí están incluidos dentro del concepto de servidores públicos.

B. Características del empleo público: idoneidad y estabilidad.

Del artículo 192 Constitucional, la jurisprudencia constitucional ha derivado dos características especiales del empleo público: la idoneidad comprobada (1) y la estabilidad (2). Cada una de ellas las examinaremos por separado, particularmente en cuanto a esta última, resaltamos la cuestión de los alcances del debido proceso constitucional en casos de despido y la estabilidad impropia de los funcionarios interinos, que tanta jurisprudencia ha generado.

1. La Idoneidad comprobada.

Nuestra Constitución Política recoge una serie de principios básicos rectores del empleo público, entre los que se encuentran la escogencia por idoneidad. Así entonces, para el ingreso al empleo público debe demostrarse que la persona tiene idoneidad para el puesto.

El *principio de idoneidad comprobada* asegura que el Estado tenga a su disposición recursos humanos de la mejor calidad y condición moral, técnica y científica, a efectos de hacerlo eficiente para el cumplimiento de sus objetivos y para

lograr la adecuada prestación de los servicios públicos. Idoneidad significa, reunir las condiciones necesarias que facultan a una persona para desempeñarse óptimamente en el trabajo público, es decir, poseer los méritos que la función demande (SCV 2012-017013).

Conforme se observa entonces, según lo dispuesto en los artículos 191 y 192 de la Constitución Política, los servidores públicos serán nombrados a base de **idoneidad comprobada**, lo cual supone, entonces, la verificación objetiva de sus cualidades. Esto quiere decir, que el servidor público debe reunir determinadas características y cualidades razonables, las cuales deben estar establecidas y reguladas por ley.

El principio de **idoneidad comprobada**, según lo ha indicado la Sala Constitucional, está estrechamente ligado con el **derecho de acceso a los cargos públicos**. La relación es que, para el acceso se requiere comprobar la idoneidad, es decir, la idoneidad opera como una limitación válida al derecho de acceso a los cargos públicos.

En cuanto a este derecho, se ha indicado que además de nuestra Constitución, es reconocido y garantizado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 23⁹. Entendiéndose, entonces, que la idoneidad opera como una limitación al derecho de acceso a los cargos públicos, pues tal derecho no es irrestricto, sino que se deben cumplir los requisitos necesarios para acceder a ese tipo de puestos (entre ellos, la idoneidad)¹⁰. De esta forma, la demostración de la idoneidad es un requisito sine qua non para el ingreso al régimen de empleo público y es constitucional que en el ordenamiento jurídico disponga que para poder ingresar al Servicio Civil se debe de cumplir con una serie de requisitos. Ello no constituye una limitación a los artículos 56 y 57 constitucionales, sino, que se busca garantizar que la prestación del servicio público esté conforme a lo dispuesto por los numerales 191 y 192 de la Constitución Política así como el principio de igualdad (SCV 2012-00267).

9 Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

¹⁰ Ver al respecto SCV 1996-005530.

Para ejemplificar, con un caso concreto, la exigencia de requisitos para el ingreso a cargos públicos, que van más allá de lo razonable, y por tanto, más allá de la idoneidad, se puede mencionar el caso resuelto mediante el SCV 2013-001593, que resolvió con lugar, una acción de inconstitucionalidad presentada en contra de un Reglamento de la CCSS donde se exigía como requisito para ser incluido en el Registro de Elegibles, tener acumulados 180 días de nombramiento en la CCSS como mínimo. Al respecto, la Sala consideró que, una norma tal vulnera el derecho de los habitantes de la República de tener acceso, en condiciones de igualdad, a los cargos públicos y los artículos 191 y 192 de la Constitución Política de Costa Rica. Se indica al respecto:

... no todos los habitantes de la República pueden tener acceso a los puestos de la CCSS, sino únicamente aquellos que hayan tenido la “ventaja”, “suerte” o “casualidad” de que un funcionario de esa institución con poder de nombramiento los designen en algún cargo por un periodo no inferior a 180 días. Desde la perspectiva de la mayoría de este Tribunal, este tipo de normas lo que fomenta en la Administración Pública es el “amiguismo”; amén de que constituye una forma muy sutil para excluir a un importante número de personas que podrían ser las más idóneas, las que no cuentan con un “padrino” en la institución que les permita ejercer un cargo en ella y, de esa forma, quedar dentro de la lista de elegibles. Para muchos habitantes de la República el citado requisito es imposible de cumplir, salvo que se cuente con el beneplácito de un funcionario de la CCSS que tiene poder de nombramiento. Por otra parte, la norma no es justa, razonable ni proporcionada, pues la antigüedad podría ser en otra institución pública o en una empresa privada, donde la persona ha desempeñado las labores similares o idénticas a las que corresponden a los puestos de la CCSS. No estamos ante un caso donde las labores de la CCSS son exclusivas, ya que es una verdad de Perogrullo que las labores de secretariado, administrativas, técnicas, médicas, etc., que se desarrollan en la CCSS, en nada difieren de otras que se prestan en otras instituciones o empresas privadas. Dicho en pocas palabras, los puestos de la CCSS no tiene una particularidad tan especial que impida asimilarlos a otros que se prestan en otras entidades públicas o empresas privadas, salvo las excepciones de rigor. **El impedir que otras personas que tienen experiencia similar a los funcionarios de la CCSS puedan estar dentro del registro de elegibles lesiona el principio de idoneidad comprobada**, pues la entidad aseguradora, por esa vía, se priva de nombrar las personas más capacitadas en los respectivos cargos

luego de un proceso en el que se respete la igualdad... (Subrayado original)

De allí que se pueda concluir que, cualquier consideración de la antigüedad por encima de la idoneidad (la cual se puede tomar en cuenta para participar, pero no para sustituir la idoneidad¹¹), nombramientos por antigüedad sin concurso¹², o el paso del tiempo para formar parte de una terna¹³, serían inconstitucionales.

Ahora bien, sobre la forma de medir la idoneidad, se ha indicado que su verdadero fundamento es la medición de aspectos académicos y de experiencia profesional. En este sentido, las pruebas psicométricas que se llevan a cabo en los distintos procesos concursales que realiza la Administración, que en realidad no tienen que ver con aspectos académicos o experiencia, tienen por tanto un carácter eminentemente complementario y no pueden, de ninguna forma, convertirse en un requisito de exclusión previa dentro de los citados concursos (SCV 2012-001764).

11 (SCV 2009-006455): “...El derecho a ocupar un cargo público no se adquiere con el simple transcurso del tiempo o por haber ocupado otros similares por cierto período, sino por tener la idoneidad comprobada para desempeñarlo conforme a lo dispuesto por el artículo 192 constitucional. A lo más que tiene derecho el servidor –en esas condiciones– es a que se le tome en cuenta para participar, con arreglo a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, en los concursos convocados para llenar la plaza que le interesa, claro está, siempre y cuando reúna los requisitos exigidos para ello y cuente con la condición de ser elegible...”

12 Ver al respecto (SCV 2012-015254, 2012-004982, 2013-004656) (“es el principio de idoneidad comprobada y, precisamente, para determinarla se deben ponderar, no solo y, exclusivamente, los años de servicio, sino también, entre otros, el record académico, profesional y laboral (...) esta normativa, del todo, no prevé la realización de un concurso público de antecedentes -mecanismo por excelencia para demostrar la idoneidad- sino que se limita a autorizar a asignar plazas en propiedad a determinados funcionarios que cumplan los requisitos de antigüedad allí dispuestos (...). Dicha situación, sin duda alguna, es lesiva del derecho de acceso a los cargos públicos o a la función pública en condiciones de igualdad. Si bien es cierto el fin último de este tipo de procedimientos -poner coto a los prolongados interinazgos de la institución- es justificado, no así el medio empleado, por cuanto, se está obviando el mecanismo legítimo para realizar los nombramientos en propiedad y, además, se está obstaculizando el principio de libre concurrencia.”) (SCV 2011-014624).

13 (SCV 2013-005151): “...La mayoría de esta Sala estima que las normas cuestionadas resultan inconstitucionales porque son contrarias al principio de idoneidad comprobada, derivado de los artículos 191 y 192 de la Constitución Política. (...) colocar a una persona en una terna sin tomar en consideración su calificación en el registro de elegibles, atenta abiertamente contra el principio de idoneidad. El derecho a formar parte de una terna, en virtud de dicho principio, surge cuando la persona ha demostrado tener la calificación requerida para poder conformarla. Tal calificación no se puede suponer por el mero transcurso del tiempo en que un funcionario ha ostentado un puesto, sino que debe derivarse de diversas pruebas y aspectos, en lo que la experiencia en el puesto constituye tan solo un elemento más. Si un funcionario integra una terna con independencia de la calificación obtenida, se produce, además, el efecto perverso de tener que desplazar a otro funcionario a pesar de que hubiese obtenido la calificación necesaria para conformar tal terna. Semejante situación, amén de lesionar el principio de idoneidad, vulnera el derecho a la igualdad estipulado en el numeral 33 de la Constitución Política, toda vez que se da un trato discriminatorio injustificado al permitir que una terna sea integrada por un grupo de funcionarios con la nota requerida y uno que no la tiene...”

Así entonces, *¿cómo se comprueba tal idoneidad?* La Sala Constitucional ha establecido que, la idoneidad debe comprobarse no solo a través de aspectos meramente académicos, sino además, un análisis y calificación de varios elementos, factores o condiciones de diversa índole, como por ejemplo experiencia laboral y profesional, y demás atestados, aspectos psicológicos, de estabilidad, que valorados en conjunto determinen que una persona es la más idónea para desempeñar el puesto. De esta forma, el análisis no debe centrarse, únicamente, en aspectos académicos, sino en un conjunto de cualidades (SCV 2012-008223). Con la salvedad indicada de que, la medición principal es de aspectos académicos y de experiencia, siendo las pruebas psicométricas un factor a considerar, pero como complementario.

Para la mejor comprobación de la “*idoneidad*”, se ha admitido, no sólo la posibilidad de aplicar medidas como inhabilitación (SCV 2012-00267), sino además, el despido en periodo de prueba sin observar reglas del debido proceso (SCV 2011-014359¹⁴) y la admisibilidad de disposiciones normativas para evitar el nepotismo, como lo sería prohibir el nombramiento de familiares dentro de un mismo departamento (SCV 2012-005979).

Finalmente, un tema conexo a la idoneidad es el mencionado **derecho de acceso a los cargos públicos**, según se dijo, y la costumbre de no sacar a concurso las plazas y mantener durante años a los funcionarios en situación de interinazgo. Al respecto, lo primero que se debe indicar es que, el empleo público debe ser de regulación legal, justamente porque, existe un principio de reserva legal en esta materia (SCV 2019-012230). Así lo ha indicado la Sala Constitucional en el voto mencionado, cuando indica además que:

IV.- SOBRE EL PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO. El artículo 192 constitucional dispone que la regulación del derecho fundamental de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones y cargos públicos está reservado a la ley. Este Tribunal ha señalado que la regulación legal del derecho incluye no solo los requisitos de admisión, sino las condiciones de permanencia, así como las causas de remoción, las prohibiciones e incompatibilidades. El derecho de acceder a los cargos públicos o a la

14 “Este Tribunal ha sostenido reiteradamente que la decisión de despedir a un servidor dentro del período de prueba es de carácter discrecional, y se puede disponer el despido de estimarse que el servidor no es idóneo para desempeñar el puesto, sin que para la adopción de tal determinación sea necesario observar las reglas propias del debido proceso. Y es que la finalidad del período de prueba es justamente garantizar al patrono la eficacia e idoneidad del servidor en el desempeño de las funciones encomendadas.”

función pública es entonces, un derecho de configuración legal. Por ello, es válido que el legislador establezca determinados requisitos en tanto estos respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad constitucionalmente previstos.

Así entonces, solamente por medio de norma legal se pueden establecer requisitos de admisión, requisitos de permanencia, causas de remoción, prohibiciones e incompatibilidades.

En cuanto al **acceso a la función pública**, la Jurisprudencia Constitucional ha indicado que debe existir un adecuado balance que garantice todos los siguientes principios (SCV 2012-015024):

- Principio de igualdad.
- Mérito y capacidad.
- La transparencia de los procesos selectivos. Las garantías de imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, para asegurar su independencia en el ejercicio de las potestades. Límites a la composición de los órganos de selección.
- Agilidad en los procesos de selección, sin menoscabo de la objetividad de la selección.

Siendo el **concurso**, el medio para lograr esa selección objetiva. La Sala lo ha definido, en el voto mencionado supra, como *“el mecanismo por excelencia para proveer cargos de carrera administrativa”*. Siendo el interés público, y no la discrecionalidad, el que debe prevalecer en la selección, como claramente lo dice la Sala:

... la Constitución no atribuye al nominador poder discrecional alguno para su nombramiento. Frente al concurso, la administración carece de libertad para adoptar una solución diferente o privilegiar otra alternativa que considere más apropiada para el interés público. Por el contrario, se parte de la premisa de que el interés público en este caso se sirve mejor acatando el resultado del concurso. (...) No escapa al juicio de esta Sala que las pruebas realizadas y el concurso mismo pueden adolecer de imperfecciones y de fallas, pero eso no autoriza la sustitución del sistema de carrera por el de libre nombramiento y remoción, ni la prevalencia de la voluntad del nominador.

Por otro lado, en cuanto a la **participación de los interinos en los concursos internos**, la Jurisprudencia de la Sala Constitucional indica que, estos no pueden ser excluidos de participar, bajo esta justificación:

... dicho mecanismo expresamente impide a los funcionarios interinos participar en los concursos internos que se lleven a cabo (...) Tal exclusión es, en criterio de este Tribunal, abierta y groseramente lesiva de los derechos fundamentales de la categoría de los trabajadores interinos; pues si la función de los concursos es elegir y nombrar al candidato que mejores méritos y calidades reúna para el puesto, excluir automáticamente a funcionarios únicamente por la modalidad de su nombramiento obstaculiza la consecución de dicho objetivo. En otras palabras, el derecho a participar no se debe limitar en función de la naturaleza del nombramiento; sino que tiene derecho también el funcionario interino a que se le tome en cuenta para participar, con arreglo a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, en los concursos convocados para llenar la plaza que le interesa, claro está, siempre y cuando reúna los requisitos exigidos para ello y cuente con la condición de elegible. (SCV 2012-015024)

Sobre la **obligatoriedad de abrir concursos y su relación con el derecho de acceso a cargos públicos**, se debe indicar que, anteriormente la Sala Constitucional estaba declarando con lugar recursos de amparo al respecto (SCV 2016-00821, reiterada por 2016-003921, 2016-4504, 2016-4678, 2016-6429), obligando a la Dirección General de Servicio Civil a mantener un sistema de reclutamiento abierto y permanente, pues durante muchos años no efectuó concursos externos pese a la necesidad de llenar algunas plazas vacantes, provocando que muchos nombramientos se hicieran con base en registros desactualizados de elegibles. Sin embargo, a partir de SCV 2017-006360 (ratificada por otras, como la SCV 2017-010083) se cambió de criterio, para considerar, a partir de entonces que, la ausencia de concursos no viola el derecho de acceso a cargos públicos pues, el interesado debe realizar alguna solicitud ante la autoridad recurrida para participar en algún concurso para optar por alguna plaza del Servicio Civil.

2. Significado de la estabilidad (debido proceso en casos de sanciones disciplinarias).

La Sala Constitucional dejó sentadas las bases de los alcances de la “*estabilidad*” de los servidores del Estado (SCV 1990-01119). Allí se indica que el

artículo 192 de la Constitución Política dispone que los servidores públicos *"solo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos"*. Razón por la cual, la estabilidad es una garantía que algunos llaman de inamovilidad, pero que es más bien una estabilidad en el empleo. Ello por cuanto, no es que no se pueda despedir a un trabajador dentro del Servicio Civil, por lo tanto, no es inamovible, sino que para hacerse, debe haber un debido proceso, conforme se explicará.

La estabilidad así entendida opera como una garantía, que consiste en asegurar al servidor la permanencia en el puesto, hasta tanto no haya causales de despido justificado que exprese la *"legislación de trabajo"* (las cuales van más allá de las del artículo 81 del Código de Trabajo, según lo indica la misma jurisprudencia constitucional mencionada). Es decir, la estabilidad impide la remoción arbitraria o injustificada. Pero en ningún modo significa una imposibilidad total de remover al funcionario.

Este concepto de estabilidad laboral, también es recogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien en la resolución del Caso Lagos del Campo vs Perú del 2017, indicó que es un derecho a que, en caso de despido, este se realice bajo causas justificadas, previo proceso y el poder recurrir tal decisión:

150. Cabe precisar que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.

Por otro lado, a diferencia de lo indicado supra para los trabajadores de las empresas estatales sometidos al régimen de empleo privado, en estos casos, los empleados sometidos al régimen de empleo público, ven garantizada su estabilidad en el puesto, por medio de derechos tales como el debido proceso constitucional.

Conforme a este derecho, la Sala Constitucional venía realizando tres precisiones que resultan relevantes:

-Los supuestos de hecho para aplicar el debido proceso en el empleo público,

- La distinción entre debido proceso constitucional y debido proceso legal, y
- Los principios o alcances del debido proceso constitucional.

Sin embargo, dicha postura de la Sala sufrió recientemente una modulación, según se dirá más adelante.

La jurisprudencia constitucional venía indicando lo siguiente:

- Necesidad de seguir un debido proceso en caso de sanciones al empleado público: El debido proceso constitucional tiene aplicación en gran cantidad de supuestos, más allá del empleo público. En este caso, la Jurisprudencia constitucional ha indicado que, de previo a aplicar sanciones disciplinarias al empleado público, en cuenta el despido, debía mediar un debido proceso. Ahora bien, dos cuestiones se imponen: ¿siempre de previo a la imposición de una sanción disciplinaria se debe seguir un debido proceso, incluso en faltas de mera constatación?, ¿y en los casos de faltas de mera constatación qué tan grave debe ser tal sanción para requerir el debido proceso?

Al respecto, recordemos primero los conceptos de sanción disciplinaria, potestad sancionadora del Estado y derecho administrativo disciplinario. Una **sanción disciplinaria** es aquella que se impone a un funcionario público cuando transgrede una obligación administrativa o un deber, es decir, cuando comete una falta de servicio o de comportamiento, quebrantando las reglas de la función pública. El fundamento para imponer este tipo de sanciones es la **potestad sancionadora o disciplinaria** del Estado, cuyo fin es asegurar la observancia de las normas de subordinación y, en general, del exacto cumplimiento de todos los deberes de la función pública, por ello más que para castigar, se imponen para corregir, e incluso educar al infractor. Así, el **derecho disciplinario administrativo** presupone una relación de subordinación entre el sujeto sometido a la disciplina y el órgano que la establece o aplica.

Sobre las preguntas anteriores, la Jurisprudencia de la Sala Constitucional venía indicando lo siguiente: Para comprobar la falta cometida -y posteriormente imponer una sanción disciplinaria- se requiere de previo seguir un debido proceso. A contrario sensu, si no se requiere comprobar la falta, por ser de las denominadas "*faltas de mera constatación*", resulta innecesario seguir de previo el debido proceso. Salvo, claro está, que la sanción a esa falta se hiciera constar en el expediente personal del funcionario (SCV 2016-010323) o implicare una suspensión del trabajador por más de ocho días o un despido (SCV 2016-002736. Reiterada por 2016-001598 y 2020-001380). En vista de lo anterior, sólo se debe seguir un debido proceso, de previo a la imposición de una sanción disciplinaria, si se requiere

comprobar la falta. Pues en caso contrario, si se trata de faltas de mera constatación, no es necesario seguir de previo un debido proceso, salvo que, la sanción fuese gravosa, es decir, que se haga constar en el expediente personal o si es mayor a ocho días de suspensión o despido.

- En sede constitucional sólo se protege el debido proceso constitucional, no el legal: El debido proceso tiene una dimensión constitucional y otra legal, siendo que solo la primera es garantizada por la jurisdicción constitucional. Esta distinción la ha realizado reiterada jurisprudencia constitucional indicando que, no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación al derecho constitucional al debido proceso. Así entonces, la Jurisdicción Constitucional no conoce todos los vicios "*in procedendo*" o vicios de legalidad del debido proceso. Sino que conoce únicamente de las infracciones a los elementos esenciales del debido proceso (SCV 1998-02109, reiterada en múltiples sentencias más, tales como SCV 2019-001882).

Por consiguiente, a la Jurisdicción Constitucional no le compete pronunciarse, por ejemplo, sobre la admisibilidad, pertinencia, suficiencia y correcta valoración de la prueba que se pretenda evacuar o se rechace admitir en algún procedimiento, ni tampoco sobre la legalidad y procedencia de las resoluciones que se dictaron durante la tramitación o la competencia del órgano que la adoptó; pues ello hace referencia a una eventual irregularidad procesal que no se traduce de manera directa en una lesión o amenaza de lesión al derecho de defensa o al debido proceso constitucional. Correspondiéndole, según la misma Sala Constitucional, únicamente aquellos defectos procesales que impliquen indefensión, o que se relacionen con las cinco etapas básicas de todo proceso, según se ve a continuación.

- Del derecho fundamental al debido proceso se derivan varios principios: Del derecho al debido proceso se derivan varios principios que tienen relación con las cinco etapas básicas de todo proceso, tales como: el derecho de intimación de cargos, el derecho de acceso al expediente (salvo que el asunto esté todavía en etapa de investigación preliminar según se indica en SCV 2012-010169 y 2019-001882), el derecho de ejercer su defensa, la obligación de fundamentar las resoluciones, el derecho de impugnar la resolución final. Igualmente, otros derechos constitucionales implicados, ya no tanto por la forma (procedimiento), sino por el fondo (sustanciales) serían el principio de interdicción de la arbitrariedad, el principio de buena fe y los principios de proporcionalidad, razonabilidad y racionalidad de la sanción. Finalmente es de obligado respeto el principio de tipicidad, que exige que tanto la conducta

como la sanción estén previamente delimitadas, tal como se explica a continuación.

Sin embargo, pese a todo lo dicho, a partir de SCV 2017-017948 de las 09:15 horas del 08 de noviembre del 2017 (reiterado por 2019-005925 y 2019-004231), la Sala Constitucional pondera su criterio anterior, y determina que, debido a la promulgación de la Reforma Procesal Laboral, Ley N° 9343 de 25 de enero de 2016, vigente desde el 25 de julio de 2017, los asuntos relacionados con la imposición de sanciones a los funcionarios públicos ya no serían de conocimiento constitucional. Entendiéndose lo siguiente.

Para la tutela del debido proceso de las personas servidoras del Estado, con goce de estabilidad en el empleo, con motivo de despido o de cualquier otra medida disciplinaria, los reclamos deben plantearse, ya no en la vía constitucional sino en la laboral. Ello bajo el argumento de que ahora, se cuenta con un proceso sumarísimo (cauce procesal expedito y célere) a cargo de una jurisdicción plenaria y universal. En otras palabras, la tutela del debido proceso en casos de despido o sanciones disciplinarias de los empleados públicos, cobijados por la estabilidad, serán de conocimiento de la jurisdicción laboral (o dependiendo de la pretensión, de la jurisdicción contencioso-administrativa) y no de la jurisdicción constitucional. Así se entiende cuando en dicho voto se indicó lo siguiente:

Iguales razones caben aplicar para las personas servidoras del Estado, respecto del procedimiento ante el Tribunal de Servicio Civil que les garantiza el ordenamiento jurídico, así como **las demás personas trabajadoras del Sector Público para la tutela del debido proceso** o fueros semejantes a que tengan derecho de acuerdo con el ordenamiento constitucional o legal. En fin, **el proceso sumarísimo será de aplicación, tanto del sector público** como del privado, en virtud de un fuero especial, **con goce de estabilidad en el empleo** o de procedimientos especiales para su tutela, **con motivo del despido o de cualquier otra medida disciplinaria o discriminatoria**, por violación de fueros especiales de protección o de procedimientos, autorizaciones y formalidades a que tienen derecho, las mujeres en estado de embarazo o periodo de lactancia, las personas trabajadoras adolescentes, las personas cubiertas por el artículo 367, del Código de Trabajo, las personas denunciantes de hostigamiento sexual, las personas trabajadoras indicadas en el artículo 620, y en fin, de quienes gocen de algún fuero semejante mediante ley, normas especiales o instrumentos colectivos de trabajo. Esta nueva legislación incorpora, en el ordenamiento jurídico, una

serie de novedosos mecanismos procesales: como plazos más cortos para la realización de los actos procesales, una tutela jurisdiccional más eficaz, asistencia legal gratuita, implementa la oralidad en los procedimientos; y, como consecuencia, incluye los sub-principios de concentración, inmediación y celeridad, tasa de forma expresa las situaciones en las que cabe ejercer los medios de impugnación, entre otros institutos, todo lo cual tiende a la realización de una eficaz tutela judicial en materia laboral, como garantía de protección de los derechos laborales constitucionales, dadas las nuevas características de simplicidad, celeridad y prontitud de los procesos laborales, lo que constituye una mayor garantía para la efectiva protección de las situaciones jurídicas sustanciales que involucren aspectos laborales y en las que, para su debida tutela, se requiera recabar elementos probatorios o zanjar cuestiones de mera legalidad. De modo, que **las pretensiones deducidas en este recurso de amparo, son propias de ser conocidas a través de los nuevos mecanismos procesales que prevé la citada Reforma Procesal Laboral o, en su caso, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo**, de conformidad con lo resuelto por esta Sala en la Sentencia N° 2008-002545 de las 8:55 horas del 22 de febrero de 2008, motivo por el cual, lo procedente es rechazar de plano el recurso y remitir a la parte interesada a la jurisdicción competente, para que sea allí donde reciba, en forma plena, la tutela judicial que pretende. (Resaltado no corresponde al original).

De forma tal que, todos los amparos que se están planteando, posterior a dicho cambio de criterio, están siendo rechazados de plano. Lo cual pudiera interpretarse como una desmejora de la tutela constitucional, pues aunque la estabilidad es una garantía establecida expresamente en el texto de la Constitución Política, ahora su defensa, no se hará en la Sala Constitucional, sino en sede laboral. Sede no especializada en materia constitucional, donde se conocerán de todas las sanciones y despidos de trabajadores, públicos y privados, aunque los trabajadores públicos tienen un régimen diferente (de Derecho público) y donde además, por estar involucrados, en muchas ocasiones, actos y resoluciones administrativas (de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa), probablemente existirán conflictos de competencia, y dudas del afectado, respecto de la jurisdicción a la cual debe acudir.

3. La “*estabilidad impropia*” de los funcionarios interinos.

En materia de funcionarios públicos interinos, la Sala Constitucional ha reiterado en múltiples ocasiones que tales funcionarios gozan de estabilidad impropia. Lo que significa, *por un lado*, que no gozan de la estabilidad laboral que tienen los funcionarios nombrados en propiedad; pero, *por otro lado*, siempre gozan de cierta estabilidad, en el sentido de que no pueden ser sustituidos por otro funcionario interino. Lo anterior, por cuanto gozan de una especie de un derecho al puesto, oponible a cualquier otro servidor interino, pero no frente al titular. Así se ha indicado que es un derecho de permanecer en el puesto en el cual la Administración les nombró, hasta que suceda o sobrevenga un hecho que impida o no permita, válidamente, que puedan seguir desempeñándolo, como lo sería, el regreso del titular a la plaza.

Otras consecuencias de ello son las siguientes:

- El hecho de que al funcionario se le hubiese nombrado interinamente para desempeñar un cargo, no tiene la virtud de constituir derecho adquirido o derecho subjetivo alguno a su favor que obligue a la Administración a nombrarlo en propiedad, o a prorrogar su nombramiento en esa plaza en forma indefinida ni a que por el simple transcurso del tiempo se le nombre en propiedad.
- El derecho de ocupar un cargo público no se adquiere con el transcurso del tiempo o por haber ocupado plazas similares por cierto período, sino por tener la idoneidad comprobada para desempeñarlo conforme lo dispuesto por el artículo 192 Constitucional.
- Aunque el artículo 56 constitucional le garantiza a los ciudadanos su derecho a escoger el trabajo que más les agrade o convenga a sus intereses, ello no significa que el Estado les debe proporcionar o mantenerlos en el cargo que han venido desempeñando.

A partir de la reiterada jurisprudencia constitucional¹⁵, se indica que, las únicas causales de remoción de interinos serían:

- cuando sustituye a otra persona por un determinado plazo y éste se cumple,
- cuando el titular de la plaza que ocupa el funcionario interino regresa a ella,
- cuando el servidor ascendido interinamente no supera con éxito el período de prueba establecido por la ley,

15 Ver al respecto, SCV 2019-024992, 2012-003996 y 2002-008544, entre otras.

- cuando la plaza ocupada por el interino está vacante y es sacada a concurso para ser asignada en propiedad, asignándosele a otra persona o por traslado o ascenso en propiedad de otro funcionario,
- en casos calificados como aquellos donde se está frente a un proceso de reestructuración que implica la eliminación de plazas, con el respectivo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para hacerlo,
- cuando el interino ha sido nombrado sin reunir los requisitos. Pues en estos casos, es posible sustituir a un interino por otro más idóneo o mejor calificado, pues prevalece el criterio constitucional de la "*idoneidad comprobada*".

Finalmente, un criterio reciente (SCV 2019-016833) indica que el servidor interino que es ascendido de forma temporal a otro puesto, pierde el derecho al interinazgo anterior. Indica la Sala que, al haber aceptado el nombramiento en ascenso, se creó una cadena de nombramientos y un derecho subjetivo para el funcionario que fue nombrado en su sustitución. Ahora bien, dado el caso en que el primer funcionario ascendido renunciara a su nombramiento, no necesariamente tiene derecho a volver a su puesto interino anterior, pues ello implicaría para la Administración retrotraer los efectos de su renuncia a las demás personas nombradas por la cadena, lo que sería subordinar el interés general de la Administración al interés particular del renunciante. Así entonces, en aras de siempre respetar y hacer prevalecer el principio de idoneidad, la Sala Constitucional hace la siguiente salvedad, los funcionarios que se encuentren en este supuesto pueden volver a la plaza que venían ocupando en forma interina, cuando a criterio de la Administración, estos servidores sean más idóneos o se encuentran mejor calificados que aquellos que los sustituyeron luego de que ascendieran. De lo contrario, perderían su derecho al interinazgo anterior.

C. Convenciones Colectivas y Derecho de Huelga en el sector público.

Se procede a continuación a tratar los temas de convenciones colectivas (1) y las huelgas (2) en el sector público, porque ello supone una relación directa con el tema del empleo público y las particularidades de su régimen jurídico. Pero únicamente en cuanto al aspecto subjetivo, es decir, para contestar las preguntas siguientes: ¿pueden (todos) los funcionarios públicos celebrar convenciones colectivas?, ¿pueden (todos) los funcionarios públicos ejercer el derecho a huelga?. Nos concentramos en estas dos preguntas porque el resto de temas se enmarcan más dentro del ámbito legal y no del constitucional.

1. Las Convenciones Colectivas en el sector público costarricense.

La Sala Constitucional ha sido clara al indicar que, no se pueda tolerar la negociación colectiva en el sector público, de conformidad con los artículos 191 y 192 constitucionales (SCV 2007-001144). Quedando la negociación colectiva en el sector público, únicamente para el caso de los obreros, trabajadores o empleados, que no participan de la gestión pública. Que son básicamente, los trabajadores de las empresas estatales.

Si se observa con atención la norma constitucional referida al derecho a la celebrar convenciones colectivas¹⁶, es claro que dicha norma no hace distinción alguna entre trabajadores del sector público y del sector privado. Así entonces, ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha establecido la prohibición de las convenciones colectivas en el sector público, con la única excepción de los trabajadores de las empresas estatales, según se dijo. Al respecto, para contrastar lo establecido por la mayoría de la Sala, resulta relevante resaltar lo indicado en el voto salvado del Magistrado Cruz, quien al respecto consideró que todos los trabajadores del sector público podrían celebrar convenciones colectivas. Con fundamento en lo siguiente:

... Sin duda alguna debe señalarse que **la Constitución no prevé una prohibición expresa en relación a la celebración de convenciones colectivas en el sector público**; sólo señala algunas limitaciones respecto del ejercicio de la huelga en servicios públicos, dejando a la ley su definición. La existencia de la libertad sindical y de la negociación colectiva no depende, según el derecho de la constitución, de la existencia de una relación laboral, sino que sólo requiere la existencia de los sindicatos. Nuestra regulación constitucional sobre empleo público tuvo una finalidad más específica: estabilidad en el empleo público y la eficiencia en el servicio público mediante la profesionalización y los procesos de selección de personal. Nunca se abordó una discusión particular sobre los derechos colectivos de los funcionarios públicos. Su definición se circunscribió al capítulo de las garantías sociales. (...) Tomando la esencia de los argumentos que ya había expresado el magistrado Carlos Arguedas en un asunto similar, en el voto 2000-

16 **Artículo 62.-** 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.

4453, **estimo que en el sector público, sin distinciones, pueden celebrarse convenciones colectivas**, sin desconocer, algunas limitaciones, pero no la supresión total como se asume en el voto de mayoría... (SCV 2013-014499).

Así entonces, la Sala Constitucional distinguió el tipo de trabajadores del Estado en dos, aquellos que realizan gestión pública de aquellos que no (porque realizan gestión privada). Admitiéndose el derecho de negociación colectiva, únicamente para estos últimos. Así ha dicho que los trabajadores que no participan de la gestión pública (que son básicamente los trabajadores de las empresas estatales, aunque se admite también su existencia en otras instituciones públicas, según se verá): *primero* pueden acudir a los procedimientos de resolución de los conflictos colectivos de carácter económico y social previsto en el Código de Trabajo (SCV 1994-003053) y el derecho de acudir al arbitraje bajo ciertas limitaciones (SCV 1992-001696) y *segundo* pueden celebrar convenciones colectivas (SCV 2000-004453) también bajo ciertas limitaciones¹⁷.

El resto de empleados de instituciones públicas, que sí son considerados servidores públicos, tienen ciertas restricciones en cuanto a estos derechos ya que, por ejemplo, *primero* la solución de conflictos colectivos de trabajo, por la vía de la conciliación y arbitraje, es inadmisibles al declararse nulos los laudos en el sector público (SCV 1992-001696); *segundo* como no pueden negociar sus condiciones de empleo y están sometidos a un estatuto especial, no pueden celebrar convenciones colectivas. Siendo inconstitucional la celebración de convenciones colectivas que se celebren en el sector público cuando se trate de personal regido por una relación estatutaria (SCV 2000-004453).

En cuanto al ***procedimiento*** para la celebración de convenciones colectivas en el sector público, la Constitución Política es omisa, siendo materia regulada por ley. Al respecto, ver la reforma al Código de Trabajo, artículos 696 y siguientes.

Sobre el ***uso abusivo del derecho de celebrar convenciones colectivas*** se puede citar la resolución SCV 2000-007730, como una de las primeras sentencias, donde se declararon inconstitucionales varias cláusulas de la convención colectiva de RECOPE por considerar que algunas de ellas violaban los principios de

17 Algunas de estas limitaciones son, sea las cláusulas irrazonables y desproporcionadas, pero tampoco, por la vía de negociación colectiva o arbitraje puede la empresa estatal “*dispensarse o excepcionarse de leyes, reglamentos o directrices gubernamentales vigentes, ni modificar o derogar leyes que otorgan o regulan competencias de los entes públicos, atribuidas en razón de la jerarquía normativa o de las especiales condiciones de la Administración Pública con relación a sus trabajadores.*” (SCV 2000-7730)

razonabilidad y proporcionalidad de las normas, de legalidad y de igualdad, y de los deberes de la función pública.

Así por ejemplo, el artículo 112 de la Convención Colectiva de RECOPE (anulado por esta sentencia) establecía una especie de *bono asistencial* que operaba como un premio para aquellos funcionarios que cumplieran con el deber de asistir al trabajo. El Tribunal Constitucional anuló dicho artículo por cuanto consideró que no es razonable se conceda un bono por cumplir con un deber, pues la asistencia al trabajo es una condición exigida y *“remunerar extraordinariamente el deber de asistencia al trabajo, es un evidente exceso, injustificado, que soluciona una premisa que no es aceptable dentro de los parámetros de constitucionalidad: evitar que los trabajadores se ausenten. Estos de hacerlo, incurrirán en responsabilidad laboral y el patrono está llamado a aplicar el régimen disciplinario.”*

Con argumentos similares, relacionados con el buen uso de los fondos públicos y la desproporcionalidad de ciertas erogaciones, se han presentado con posterioridad varias acciones de inconstitucionalidad en contra de cláusulas de convenciones colectivas en empresas estatales tales como el JAPDEVA¹⁸, INS¹⁹, otras cláusulas de RECOPE²⁰, Banco Nacional²¹, CNFL²², Banco Popular²³, el Estatuto de Personal del ICE²⁴. Estando todavía pendientes de conocer muchos otros expedientes de acciones de inconstitucionalidad en contra de convenciones colectivas²⁵. De las acciones de inconstitucionalidad ya resueltas se observa la declaratoria de inconstitucionalidad, en general, de los siguientes temas (SCV 2018-008882):

18 SCV 2005-006858, y 2006-006729.

19 SCV 2006-007261 y 2006-017437.

20 SCV 2006-007966 y 2008-003936.

21 SCV 2007-001145.

22 SCV 2006-017441 y 2006-005738.

23 SCV 2006-017438.

24 SCV 2006-017746 y expediente 17-003314-0007-CO.

25 Expedientes 16-012591 contra la Convención Colectiva de la Municipalidad de Orotina, 16-016564 contra la Convención Colectiva de la Municipalidad de Mora, 18-008175 contra Convención Colectiva del Banco Popular, 18-009538 contra Convención Colectiva de RECOPE, 18-015847 contra Convención Colectiva de la Municipalidad de Santa Ana, 18-016484 contra la Convención Colectiva de la Municipalidad de Cañas, 18-012476 contra la Convención Colectiva del Banco de Costa Rica, entre otros.

- Inconstitucionalidad de las normas que posibilitan el pago del derecho de cesantía sin número de años. La Sala estableció el límite de 12 años para dicho pago.
- Inconstitucionalidad de las normas que posibilitan el pago del derecho de cesantía en el supuesto de renuncia del trabajador. La Sala admite solamente dicho pago cuando se trata de despido con responsabilidad patronal.
- Inconstitucionalidad de las normas que establecen “*beneficios*” para los trabajadores, que no están relacionados con la relación de empleo, tales como: becas a hijos de trabajadores, transporte a hijos, contribución económica de la institución para financiar actividades sociales o deportivas, etc.

Un aspecto relevante a resaltar sobre esta temática es que, existan Convenciones Colectivas en instituciones públicas, que no son empresas estatales. Tales como Municipalidades. En estos casos, cuando así se ha impugnado mediante acciones de inconstitucionalidad, lo que la Sala Constitucional ha indicado es que, en tales casos, las convenciones colectivas existentes se aplican solo a los trabajadores que no desempeñan función pública (SCV 2013-014499). Así se dijo en tal voto:

En conclusión, las convenciones colectivas no están del todo prohibidas en el sector público, sino que están permitidas únicamente en el caso de los trabajadores que no desempeñan gestión pública, es decir, aquellos cobijados en los artículos 3, 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública. Siendo, la determinación en cada caso concreto de cuáles trabajadores están cobijados en dichas normas, una cuestión ajena a esta jurisdicción constitucional y que corresponde a los operadores del derecho.

(...) La aplicación de una Convención Colectiva en general a todos los trabajadores de la Municipalidad, es inconstitucional por las razones esbozadas, por lo tanto, procede interpretarse que dichas convenciones se aplican únicamente a aquellos trabajadores que no desempeñan gestión pública. No correspondiéndole a esta Sala Constitucional determinar a cuáles trabajadores de la Municipalidad de Heredia sí y cuáles no, les sería aplicables dichas convenciones colectivas, cuestión que quedará a determinarse en el ámbito de la legalidad. Lo anterior, en el mismo sentido en que se dijo mediante la resolución 2000-09690 de las 15:01 horas del 01 de noviembre del 2000:

“... Una misma convención colectiva en el sector público, puede ser, a la vez, constitucional para quienes tienen una relación de trabajo regulada por el Derecho Común, e inconstitucional, para quienes la tienen regulada por el Derecho Público. ¿Quiénes forman parte de uno y otro sector? Eso lo decidirá la propia administración o en su caso el juez ...” (resolución n°2000-09690).

Finalmente, un tema relevante de mencionar es, la **competencia de la Sala Constitucional** para seguir conociendo de acciones de inconstitucionalidad en contra de convenciones colectivas. La cuestión se plantea, principalmente luego de la reforma procesal laboral, que en su artículo 713 establece lo siguiente:

ARTÍCULO 713.- Lo dispuesto en una convención colectiva firmada con arreglo a las normas de este título solamente podrá ser anulado cuando en vía judicial se declare una nulidad evidente y manifiesta, de acuerdo con la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, de 2 de mayo de 1978, o por medio del proceso de lesividad, atendido a cuestiones de forma en la formación de la voluntad de las partes o cuando se hubieran violado normas legales o reglamentarias de carácter prohibitivo.

Algunos intervinientes en las acciones de inconstitucionalidad presentadas en contra de convenciones colectivas argumentaron ante la Sala Constitucional, su incompetencia, en razón de dicha norma, que parece dejar solo dos caminos para anular una norma de una convención colectiva (procedimiento de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, o un proceso de lesividad). Al respecto, mediante el voto SCV 2018-008882 se resolvió este punto de la siguiente manera:

... este Tribunal mantiene competencia, en cuanto órgano de control de constitucionalidad, para revisar y eventualmente anular cláusulas de convenciones colectivas vigentes en instituciones públicas. El mandato del artículo 713 del Código de Trabajo mencionado, no puede tener la virtud de desactivar la obligación de las autoridades públicas de someterse a los criterios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad que impone el Derecho de la Constitución, los cuales, si bien les permiten un margen de discrecionalidad, les impone a la vez la prohibición de transgredir sus límites, bajo sanción de nulidad, por lesión a la Constitución Política. De igual manera, tampoco podría dicha norma oponerse válidamente a la competencia revisora de la Sala, cuyo sustento es el artículo 10 Constitucional y opera justamente respecto de los actos de las

autoridades públicas para declarar, en caso necesario, su nulidad por ser disconformes con el Derecho de la Constitución, tal como se explicó.

En síntesis, habiendo contestado a la pregunta planteada (¿pueden (todos) los funcionarios públicos celebrar convenciones colectivas?) en el sentido de que únicamente pueden celebrar convenciones colectivas en el sector público aquellos trabajadores que no desempeñan gestión pública, como lo son básicamente los trabajadores de las empresas estatales, o trabajadores que desempeñan gestión privada en municipalidades. Se procede a continuación al examen del derecho de huelga en el sector público.

2. El Derecho de Huelga en el sector público costarricense.

En cuanto al derecho de huelga en el sector público debe indicarse que ha habido un cambio importante. Una era la situación con anterioridad a la aprobación de la Ley para brindar seguridad jurídica sobre la huelga y sus procedimientos (Ley n° 9808), y otra la situación con posterioridad a su aprobación.

Ello por cuanto, sobre el derecho a la huelga en el sector público, la distinción no se ha hecho respecto de los trabajadores sujetos al empleo público y los trabajadores de las empresas estatales -como se hizo en el tema de las convenciones colectivas- sino que la distinción obedece a la prestación de servicios públicos y si estos son considerados esenciales.

La Constitución reconoce el derecho a la huelga como un derecho fundamental (artículo 61 de la Constitución Política²⁶) sin hacer distinción entre trabajadores del sector público o del sector privado. La única restricción proviene de la misma norma en la parte que indica *“salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de estos haga la ley y conforme a las regulaciones que la ley establezca”*.

Veamos la situación antes, y la situación después de aprobada la Ley n°9808.

²⁶ **Artículo 61.**-Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia.

Situación antes de aprobarse la Ley n°9808

Del artículo 375 del Código de Trabajo²⁷ y su interpretación por la jurisprudencia constitucional (SCV 1998-01314), se entendía que, no se estaba prohibiendo el derecho de huelga en todos los servicios públicos sino que, a criterio de la ley, podía sujetarse a ciertas limitaciones.

Entonces, el derecho de huelga se ve limitado cuando está presente la prestación de un servicio público. Precisándose, por jurisprudencia constitucional lo siguiente:

- En casos de servicios públicos esenciales (SCV 2011-017212²⁸) la huelga está prohibida. Prohibición que significa que debe prestarse un “servicio mínimo” (más allá de ello, sí podían acudir a huelga): son aquellos por su naturaleza o por el impacto social que tienen, no es posible suspenderlos, discontinuarlos o paralizarlos sin causar daño significativo, grave e inmediato a ciertos bienes jurídicos, como por ejemplo la vida, seguridad o salud; lineamientos que responden a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

27 **Artículo 375.-** No será permitida la huelga en los servicios públicos. Las diferencias que en éstos ocurran entre patronos y trabajadores, así como en todos los demás casos en que se prohíbe la huelga, se someterán obligatoriamente al conocimiento y resolución de los Tribunales de Trabajo.

28 “En 1983, la Comisión de Expertos de la OIT **definió los servicios esenciales como** aquellos “cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población”. Tal criterio fue adoptado luego por el Comité de Libertad Sindical, para el cual lo determinante es la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población (Véanse Recopilación de 1996, párrafo 540; 320.º informe, caso núm. 1989, párrafo 324; 324.º informe, caso núm. 2060, párrafo 517; 329.º informe, caso núm. 2195, párrafo 737; 332.º informe, caso núm. 2252, párrafo 883; 336.º informe, caso núm. 2383, párrafo 766; 338.º informe, caso núm. 2326, párrafo 446 y caso núm. 2329, párrafo 1275.) **Este concepto no es absoluto, puesto que un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial** cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance y de ese modo pone en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población. (Véanse Recopilación de 1996, párrafo 541; 320.º informe, caso núm. 1963, párrafo 229; 321.º informe, caso núm. 2066, párrafo 340; 330.º informe, caso núm. 2212, párrafo 749; 335.º informe, caso núm. 2305, párrafo 505 y 338.º informe, caso núm. 2373, párrafo 382.) De manera concreta y en lo que interesa a este caso, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT **considera como servicio esencial, entre otros, el sector hospitalario** (véanse Recopilación de 1996, párrafo 544; 300 informe, caso núm. 1818, párrafo 366; 306.º informe, caso núm. 1882, párrafo 427; 308.º informe, caso núm. 1897, párrafo 477; 324.º informe, caso núm. 2060, párrafo 517, caso núm. 2077, párrafo 551; 329.º informe, caso núm. 2174, párrafo 795; 330.º informe, caso núm. 2166, párrafo 292 y 338.º informe, caso núm. 2399, párrafo 1171). El Comité de Libertad Sindical ha aclarado que en los servicios esenciales algunas categorías de empleados, por ejemplo obreros y los jardineros, no deberían verse privados del derecho de huelga. (Véase 333.º informe, caso núm. 2277, párrafo 274 y 338.º informe, caso núm. 2403, párrafo 601), criterio que esta Sala recoge en el sentido que **en el servicio hospitalario, la prohibición de la huelga afecta únicamente a aquellos funcionarios públicos y trabajadores cuya suspensión de labores implique que el usuario no pueda recibir la prestación del servicio de salud**”. (resaltado no corresponde al original).

- En casos de servicios públicos no esenciales (SCV 2018-001115): son todos los demás servicios públicos, y en donde, no existe por tanto, limitación para ejercer el derecho de huelga.

Sobre el derecho de huelga en los servicios públicos, existen en Derecho Comparado, tres posibilidades: la prohibición absoluta, la permisibilidad absoluta, y un sistema mixto como el nuestro. Para la Sala, el numeral 61 de la norma fundamental no podía interpretarse en el sentido de que exista una prohibición total para el ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos. Por el contrario, corresponde a la ley determinar los casos en que procede establecer dicha prohibición, tarea que debe responder a criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Por lo demás, esa limitación al ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos es únicamente para aquellos calificados como esenciales. En síntesis, la Sala mantenía el criterio de que, se reconoce el derecho de huelga, pero por otra, admite la posibilidad de imponer ciertas limitaciones tratándose de servicios públicos, limitaciones que:

- solamente pueden ser impuestas por ley.
- que no pueden interpretarse como una prohibición absoluta.
- que se refiere únicamente a los servicios públicos esenciales.
- siendo que, en los servicios públicos esenciales, la prohibición no lo es para todo tipo de trabajadores, debiendo garantizarse un “servicio mínimo”.

Situación luego de aprobarse la Ley n°9808 (SCV 2019-020596)

A finales del año 2019, se tramitó en la Asamblea Legislativa el proyecto de “Ley para brindar seguridad jurídica sobre la huelga y sus procedimientos”, expediente legislativo N° 21.049. Dicho proyecto fue en consulta facultativa de constitucionalidad, y la Sala lo resolvió mediante el voto SCV 2019-020596. Luego, ese proyecto de ley se convirtió en Ley de la República, n°9808.

Sobre el tema de la huelga en el sector público y la aprobación de dicha ley, es mucho lo que se puede analizar y discutir. Sin embargo, para mantenernos en la línea de esta pequeña exposición, nos mantenemos en el examen de la pregunta planteada supra: ¿pueden (todos) los funcionarios públicos ejercer el derecho a huelga?

La respuesta varía respecto de la situación anterior, básicamente porque se establece una clasificación de “servicios públicos esenciales” mucho más amplia. Así se desprende de la modificación al numeral 376 del Código de Trabajo que establece

que, son servicios públicos esenciales, y por tanto, estará prohibida absolutamente la huelga en servicios como:

- a) Servicios de salud, en todos sus niveles de atención.
- b) Servicios de seguridad pública.
- c) Controladores aéreos y control migratorio.
- d) Servicios de transporte ferroviario, marítimo, carga y descarga en muelles y atracaderos de medicamentos, suministros o equipo médico y bienes perecederos.
- e) Bomberos
- f) Servicios de suministro de agua potable, alcantarillado sanitario y tratamiento de aguas residuales.
- g) Servicios de suministro de energía eléctrica y telecomunicaciones.
- h) Servicios indispensables para la importación, el transporte, la distribución y el suministro de combustible.
- i) Servicio de comedores escolares, así como los servicios de protección, cuidado y/o albergue, de niñez y adolescencia y adultos mayores, personas con discapacidad o en estado de vulnerabilidad.

Luego, se establece otra categoría denominada “*servicios de importancia trascendental*”, en esos se permite la huelga pero debiendo garantizarse una prestación de servicios mínimos, pudiendo durar la huelga, como máximo, 10 días naturales. Son así definidos:

- a) La recolección y el tratamiento de desechos y residuos.
- b) Los servicios que desempeñen los trabajadores ocupados en labores de carga y descarga en muelles y atracaderos.
- c) La anotación y el levantamiento de impedimentos de salida del país, así como los permisos de salida del país para personas menores de edad.
- d) Los procesos de preparación para la celebración de elecciones nacionales, cantonales, referéndum, plebiscitos o consultas populares, en los plazos indispensables para no impedir su celebración.
- e) Los servicios bancarios de depósito y retiro de dineros.
- f) Los servicios de administración de justicia.
- g) Los servicios de aduanas y los servicios de atención a pasajeros y sus pertenencias en puertos, aeropuertos y puestos fronterizos.

Una tercera clasificación es “*servicios de carácter estratégico para la nación*”, y son definidos así los servicios de educación pública (artículo 376 quinquies del Código de Trabajo). En estos casos, la huelga está sujeta a ciertas limitaciones, una

de ellas es que se podrá ejercer por un máximo de 21 días naturales consecutivos o 10 días naturales discontinuos.

Toda esta clasificación legal fue avalada por la Sala Constitucional en el mencionado voto que resolvió la consulta, bajo el argumento de que *“por mandato constitucional goza el legislador de una amplia libertad de configuración para definir qué entiende por servicio público y cuáles son las limitaciones al ejercicio de la huelga en este.”* Nótese además entonces que, ahora, la opción del legislador fue una prohibición absoluta del derecho de huelga en los servicios públicos denominados esenciales. Lo cual también avaló la Sala, cuando dijo: *“esta Sala considera que el Legislador, en el ejercicio de su libertad de configuración, puede establecer la prohibición absoluta y general de la huelga en los servicios públicos esenciales, siempre que esto no violente el principio constitucional de razonabilidad y proporcionalidad.”*

En síntesis, frente a la pregunta planteada (¿pueden (todos) los funcionarios públicos ejercer el derecho de huelga?), la respuesta sería la siguiente:

-Antes de la ley n°9808, todos los funcionarios públicos podían ejercer el derecho de huelga, con la única limitación de los funcionarios de las entidades que prestaban servicios públicos esenciales (vida, seguridad, salud), en cuyo caso, NO es que tenían prohibido ir a huelga, sino que para hacerlo debían sujetarse a ciertas restricciones, como lo era, la prestación de un *“servicio mínimo”*.

-Con posterioridad a la aprobación de la ley n°9808, los funcionarios públicos están sujetos a las siguientes restricciones para acudir a huelga. Los funcionarios de entidades que prestan servicios públicos clasificados como esenciales tienen una prohibición absoluta de acudir a huelga. Los funcionarios de entidades que prestan *“servicios de importancia trascendental”*, pueden ir a huelga pero debiendo garantizar una prestación de servicios mínimos, y durar, como máximo, 10 días naturales en huelga. Luego, los servicios de educación pública (definidos como *“servicios de carácter estratégico para la nación”*), pueden acudir a huelga, por un máximo de 21 días naturales consecutivos o 10 días naturales discontinuos. Luego, más allá de esta clasificación, se dan algunas otras restricciones, referidas a la huelga política, la huelga contra políticas públicas, la reiteración de huelga, etc. Lo cual hace que la pregunta, en vez de ser: ¿cuáles funcionarios públicos no pueden ir a huelga? Sea: ¿cuáles funcionarios públicos pueden ir a huelga? Ciertamente, serán muchos menos que la situación de antes de aprobarse esta ley.

Síntesis Conclusiva.

De todo este capítulo podemos extraer que en efecto, el régimen de empleo de los servidores públicos se rige por un marco normativo distinto del Derecho privado, y propio del Derecho público. Lo cual impone que, en principio, todos los trabajadores del sector público estén sometidos a un solo estatuto, debiendo demostrar su idoneidad para ingresar, siendo que, una vez ingresados, se les dota de estabilidad en el puesto, a efectos de que no opere un libre despido, sino que, se deba seguir un procedimiento previo para aplicarles cualquier tipo de sanción disciplinaria. Además, en cuanto a derechos asociados a la libertad sindical, tienen limitaciones en beneficio del interés público por cuanto, no pueden celebrar convenciones colectivas (salvo los empleados que no participan de la gestión pública) y pueden ir a huelga, bajo una serie de limitaciones (dependiendo del servicio en cuestión y del tiempo máximo en que pueden ir).

Estos alcances y limitaciones del empleo público están consagrados en el Derecho de la Constitución, encontrándose que en efecto, el empleo público en Costa Rica tiene bases constitucionales. Las cuales no se pueden socavar, ni siquiera por ley, pues hacerlo implicaría su posible declaratoria de inconstitucionalidad.

Bibliografía.

Normativa:

Constitución Política de Costa Rica

Ley General de la Administración Pública

Estatuto de Servicio Civil

Código de Trabajo de Costa Rica

Jurisprudencia:

Sala Constitucional resolución n° 1990-01119.

Sala Constitucional resolución n° 1991-01743.

Sala Constitucional resolución n° 1992-001696.

Sala Constitucional resolución n° 1994-003053.

Sala Constitucional resolución n° 1994-01549.

Sala Constitucional resolución n° 1996-005530.

Sala Constitucional resolución n° 1998-003071.

Sala Constitucional resolución n° 1998-001314.

Sala Constitucional resolución n° 1998-006599.

Sala Constitucional resolución n° 1998-02109.

Sala Constitucional resolución n° 2000-004453.

Sala Constitucional resolución n° 2000-007730.

Sala Constitucional resolución n° 2001-002301.

Sala Constitucional resolución n° 2001-12953.

Sala Constitucional resolución n° 2001-00244.

Sala Constitucional resolución n° 2002-008544.

Sala Constitucional resolución n° 2003-006321.

Sala Constitucional resolución n° 2004-013367.

Sala Constitucional resolución n° 2006-14416.

Sala Constitucional resolución n° 2007-001144.

Sala Constitucional resolución n° 2009-006455.

Sala Constitucional resolución n° 2010-010713.

Sala Constitucional resolución n° 2011-014359.

Sala Constitucional resolución n° 2011-014624.

Sala Constitucional resolución n° 2011-017212.

Sala Constitucional resolución n° 2012-001764.

Sala Constitucional resolución n° 2012-00267.

Sala Constitucional resolución n° 2012-003996.

Sala Constitucional resolución n° 2012-004982.

Sala Constitucional resolución n° 2012-005979.

Sala Constitucional resolución n° 2012-008223.

Sala Constitucional resolución n° 2012-010169.

Sala Constitucional resolución n° 2012-015024.

Sala Constitucional resolución n° 2012-015254.

Sala Constitucional resolución n° 2012-017013.

Sala Constitucional resolución n° 2013-001593.

Sala Constitucional resolución n° 2013-004656.

Sala Constitucional resolución n° 2013-005151.

Sala Constitucional resolución n° 2013-014499.

Sala Constitucional resolución n° 2014-001686.

Sala Constitucional resolución n° 2014-002686.

Sala Constitucional resolución n° 2016-001598.

Sala Constitucional resolución n° 2016-002736.

Sala Constitucional resolución n° 2016-003921.

Sala Constitucional resolución n° 2016-004504.

Sala Constitucional resolución n° 2016-004678.

Sala Constitucional resolución n° 2016-005950.

Sala Constitucional resolución n° 2016-006429.

Sala Constitucional resolución n° 2016-010323.

Sala Constitucional resolución n° 2016-017418.

Sala Constitucional resolución n° 2016-018847.

Sala Constitucional resolución n° 2017-006360.

Sala Constitucional resolución n° 2017-008043.

Sala Constitucional resolución n° 2017-010083.

Sala Constitucional resolución n° 2017-017948.

Sala Constitucional resolución n° 2018-00231.

Sala Constitucional resolución n° 2018-01115.

Sala Constitucional resolución n° 2018-008882.

Sala Constitucional resolución n° 2019-001882.

Sala Constitucional resolución n° 2019-004231.

Sala Constitucional resolución n° 2019-005925.

Sala Constitucional resolución n° 2019-012230.

Sala Constitucional resolución n° 2019-016833.

Sala Constitucional resolución n° 2019-020596.

Sala Constitucional resolución n° 2019-024992.

Sala Constitucional resolución n° 2020-001380.

Sala Segunda resolución n° 370 de las 15 hrs del 11 de noviembre de 1994.

Sala Segunda resolución n° 08 de 14:20 hrs del 10 de enero de 1996.

Sala Segunda resolución n° 155 de 15:20 hrs del 22 de mayo de 1996.

Sala Segunda resolución n° 292 de 10 hrs del 19 de noviembre de 1997.

Sala Segunda resolución n° 146 de 14 hrs del 09 de abril del 2002.

Sala Primera resolución n° 653-F-04 de 11:40 hrs del 05 de agosto del 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos agosto 31, 2017. Caso, Lagos del Campo vs Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos febrero 02, 2001. Caso Baena Ricardo vs Panamá.

Libros y revistas:

HERNANDEZ Rodríguez, Magally (2014). *“Bases constitucionales del régimen administrativo en Costa Rica: La Constitución como control de la actividad administrativa”*. Editorial Jurídica Continental. 2014.

HERNANDEZ Rodríguez, Magally (2008). “Las empresas estatales en Costa Rica”. Obra Colectiva *“Apuntes de Derecho Administrativo”*. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 2008.

HERNANDEZ Rodríguez, Magally (2007). *“Fisuras, desafíos y mutaciones del Estado de Derecho y el Derecho Público”*. Editorial de la Universidad de Costa Rica. 2007.

ROMERO Pérez, Jorge Enrique (1998). “Empleo público”. Revista de Ciencias Jurídicas n°86, 1998.

QUIROS Coronado, Roberto (1996). Ley General de la Administración Pública, concordada y anotada con el debate legislativo y la jurisprudencia constitucional. Editorial Aselex S.A., San José, 1996.

La debida tipificación del delito de desaparición forzada de personas: una deuda pendiente del Estado costarricense

Mario Alberto Serrano Zamora *

Resumen:

El Estado de Costa Rica tiene una deuda pendiente de tipificar, en forma debida, la desaparición forzada de personas en su legislación penal interna. La regulación vigente de ese crimen de *lesa* humanidad contenida en el artículo 386 del Código Penal no cumple con las disposiciones y los estándares del Estatuto de Roma, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El proyecto de ley N° 20.187 que está en la Asamblea Legislativa hace más de tres años, busca modificar algunos delitos contra los derechos humanos, entre ellos, la desaparición forzada de personas; sin embargo, su texto presenta falencias y omisiones sustanciales, que deben ser revisadas para ajustar su redacción a la legalidad internacional mencionada. De esta forma, el incumplimiento de las obligaciones de Costa Rica en esta materia podría comprometer, seriamente, su responsabilidad internacional como Estado.

* El autor es abogado, máster en Derechos Humanos por la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica, máster en Criminología con Énfasis en Seguridad Humana por la Universidad para la Cooperación Internacional, Costa Rica y máster en Sociología Jurídico Penal por la Universidad de Barcelona, España. Cuenta con especialización en administración de proyectos del Instituto Tecnológico de Costa Rica, estudios profundizados del procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por la Universidad Chile, formación complementaria en derechos humanos y el Sistema Interamericano por el IIDH, así como formación en Gobierno Abierto por la CEPAL y la OEA. Actualmente, es defensor público supervisor en la Defensa Pública de Costa Rica, donde también ha ocupado el puesto de defensor en materia penal. Es profesor universitario de derecho penal y derecho procesal penal, así como integrante de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.

Palabras clave:

Derechos humanos. Crímenes de *lesa* humanidad. Desaparición forzada de personas. Legalidad internacional. Reforma penal. Dosimetría penal. Principio de legalidad criminal. Ley penal en blanco.

Abstract:

The State of Costa Rica has a pending debt to classify, in due form, the forced disappearance of people in its domestic criminal legislation. The current regulation of this crime against humanity contained in article 386 of the Penal Code does not comply with the provisions and standards of the Rome Statute, the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. The bill N° 20.187, which has been in the Legislative Assembly for more than three years, seeks to modify some crimes against human rights; however, its text presents substantial shortcomings and omissions, which must be revised to adjust its wording to the aforementioned international legality. In this way, non-compliance with Costa Rica's obligation in this matter could seriously jeopardize its international responsibility as a State.

Keywords:

Humans rights. Crimes against humanity. Forced disappearance of people. International legality. Penal reform. Criminal dosimetry. Principle of criminal legality. Blank criminal law.

SUMARIO: 1.- Algunos antecedentes y precisiones relevantes a modo introductorio. 2.- Las reformas penales en Costa Rica con la ratificación del Estatuto de Roma. 2.1.- El delito de crímenes de *lesa* humanidad y el principio de legalidad. 2.2.- El delito de desaparición forzada de personas en Costa Rica como ley penal en blanco. 2.3.- La dosimetría penal del delito de crímenes de *lesa* humanidad en Costa Rica. 3.- La desaparición forzada de personas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3.1.- Elementos de la desaparición forzada. 3.2. Características esenciales de la desaparición forzada. 3.2.1.- Una violación de derechos múltiple y compleja. 3.2.2.- Carácter continuo, pluriofensivo y permanente de la violación. 3.2.3.- Gravedad particular de la desaparición forzada. 3.3.- Derechos vulnerados por la desaparición forzada de personas. 3.3.1.- Derecho a la libertad personal. 3.3.2.- Derecho a la integridad personal. 3.3.3.- Derecho a la vida. 3.4.- Deberes del Estado. 3.4.1.- Deber de adecuar la normativa interna. 4.- Análisis de derecho comparado del delito de desaparición forzada: los casos de Argentina, Colombia, Guatemala y México. 4.1.- Argentina. 4.2.- Colombia. 4.3.- Guatemala. 4.4.- México. 5.- Proyecto de ley tramitado en la Asamblea Legislativa de Costa Rica bajo expediente N° 20.187: “*Modificación de la Ley N° 4573, Código Penal, para la implementación de los crímenes contemplados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, incluidas las Enmiendas de Kampala*”. 6.- Propuesta de *lege ferenda* y otras consideraciones relevantes. 7.- Algunas reflexiones finales. 8.- Bibliografía.

1.- Algunos antecedentes y precisiones relevantes a modo introductorio.

La “*Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional*” adoptó el Estatuto de Roma¹ (en adelante el Estatuto) el 17 de julio de 1998, y dio lugar al nacimiento de una jurisdicción universal, permanente e independiente a cargo de una Corte Penal Internacional (“*la Corte*” o “*CPI*”), a la que le corresponde el juzgamiento de los crímenes más graves de trascendencia internacional, según el artículo primero de dicho Estatuto.

1 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998). ONU. Recuperado de: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

Costa Rica firmó el Estatuto el día 7 de octubre de 1998 y, por su parte, la Asamblea Legislativa lo aprobó mediante Ley N° 8083 del 7 de febrero de 2001, que entró en vigencia el 20 de marzo de 2001². Costa Rica se convirtió en el Estado Parte número 33 en ratificar este instrumento internacional en fecha 7 de junio de 2001, con el depósito de su aprobación mediante la Ley N° 8083 antes referida.

El Estatuto de Roma entró en vigor el 1 de julio de 2002, por lo que, a partir de ese momento, el establecimiento de una Corte Penal Internacional representó un avance histórico para la protección universal de los derechos humanos. De acuerdo con los artículos 5, 6, 7 y 8 del Estatuto, la Corte es competente para juzgar el crimen de genocidio, los crímenes de *lesa* humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, este último en atención a las Enmiendas de Kampala al Estatuto de Roma del año 2010³.

El artículo 7 del Estatuto define los crímenes de *lesa* humanidad como actos de diversa índole cometidos en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Uno de esos actos es la desaparición forzada de personas, que está definido en el artículo 7.2.i), y por la cual se entiende:

... la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

Costa Rica no ha incorporado, a la fecha, una regulación adecuada del delito de desaparición forzada en su legislación penal, lo que podría comprometer seriamente su responsabilidad internacional como Estado, ya que el artículo 1 del Estatuto es claro en señalar que la actuación de la CPI tiene un carácter complementario, lo que le impone a cada Estado Parte la obligación de contar con una regulación penal suficiente y apropiada para ajustarse a los lineamientos de ese instrumento.

2 Ley de Aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (Ley N° 8083, 2001). Costa Rica. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=46014&nValor3=48536&strTipM=TC.

3 Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión. (Resolución RC/Res.6, 2010). ONU. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8015.pdf>.

Será oportuno reflexionar acerca de los retos de Costa Rica en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), para que la regulación penal de este crimen se ajuste, además, a las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP)⁴. Esta labor debe observar el control de convencionalidad⁵, como un instrumento para que el país pueda cumplir las obligaciones internacionales de respeto y garantía⁶ de los derechos humanos, así como el deber de ajustar la normativa interna⁷.

Así las cosas, el presente trabajo tiene como propósito determinar si el Estado costarricense ha actuado con la debida diligencia en regular, en su normativa penal interna, el crimen de desaparición forzada de personas conforme a las exigencias del Estatuto de Roma, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y los estándares de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o si, por el contrario, su inercia y omisiones en esta materia están poniendo en juego su responsabilidad internacional como Estado.

4 Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Ratificada por Costa Rica el 6 de febrero de 1996. Recuperado de: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>.

5 La Sala Constitucional de Costa Rica concibe este mecanismo como: “[...] *una construcción pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyo propósito fundamental es lograr la supremacía convencional en todos los ordenamientos jurídicos nacionales o locales del denominado parámetro de convencionalidad, conformado por las declaraciones y convenciones en la materia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, las sentencias vertidas por esa Corte regional y sus opiniones consultivas [...]*.” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 4491-2013, 03 de abril de 2013.

6 El artículo 1.1 CADH dispone al respecto que: Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

7 El artículo 2 CADH establece: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

2.- Las reformas penales en Costa Rica con la ratificación del Estatuto de Roma.

Con la ratificación del Estatuto de Roma, Costa Rica reformó su legislación penal mediante Ley N° 8272, denominada “*Represión penal como castigo por los crímenes de guerra y de lesa humanidad*” del 25 de abril de 2002, que entró a regir el 22 de mayo de 2002⁸. Esta ley adicionó los artículos 378 y 379 al título XVII del Código Penal⁹ (en lo sucesivo “*CP*”), que penalizaron los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, en el tanto el delito de genocidio estaba tipificado con anterioridad.

Debido a modificaciones posteriores al Código Penal, el delito de crímenes de *lesa humanidad* pasó a ocupar el numeral 386. La redacción de este tipo penal dice:

Se impondrá prisión de diez a veinticinco años a quien cometa u ordene cometer, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, actos que puedan calificarse como crímenes de lesa humanidad, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacionales de los cuales Costa Rica sea parte, relativos a la protección de los derechos humanos, y del Estatuto de Roma.

En tal sentido, si bien Costa Rica tipificó desde el año 2002 estos crímenes que comprenden actos como la desaparición forzada, es importante confrontar la redacción de este delito con algunos principios generales del derecho penal: tipicidad, legalidad y las leyes penales en blanco; sin dejar de lado una referencia a la dosimetría contemplada en esta norma, conforme al principio de proporcionalidad y la gravedad de estos crímenes en el orden internacional.

2.1.- El delito de crímenes de *lesa humanidad* y el principio de legalidad.

El Estatuto de Roma aborda los principios generales del derecho penal en su Parte III. En concreto, el artículo 22 regula el principio de legalidad criminal “*Nullum crimen sine lege*”, así como la prohibición de analogía y de interpretación extensiva

8 Para referencia de la Ley N° 8272 y su entrada en vigencia puede consultarse: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=48576&nValor3=51767¶m2=1&strTipM=TC&lResultado=2&strSim=simp.

9 Código Penal. (Ley N° 4573, 1970). San José, Costa Rica: IJSA.

en materia penal¹⁰. Además, el numeral 23 norma el principio de legalidad penal “*Nulla poena sine lege*”, ya que quien sea declarado culpable por la Corte, únicamente podrá ser penado de conformidad con su Estatuto.

Por su parte, el Código Penal de Costa Rica contiene el principio de legalidad en el artículo 1, al disponer que nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquella no haya establecido previamente. Asimismo, el artículo 2 CP establece la prohibición de imponer sanción alguna mediante la aplicación analógica de la ley penal.

Con base en lo anterior, los principios generales mencionados son relevantes tanto en el orden penal internacional como en el nacional, de modo tal que, si bien es necesaria y obligatoria la persecución, juzgamiento y sanción de los crímenes contra los derechos humanos por su particular gravedad, esta labor no puede inobservar las garantías mínimas consagradas a cualquier persona sometida a un proceso penal.

La Sala Constitucional¹¹ analizó la importancia de los principios fundamentales del debido proceso como límites infranqueables de un Estado democrático frente a su potestad punitiva. En tal sentido, en la resolución 3441-2004 sostuvo lo siguiente:

En una sociedad democrática como en la que vivimos los costarricenses, por opción de nuestro pueblo y de los constituyentes que lo representaron, **no es posible en modo alguno, relegar a un segundo plano el respeto de los principios esenciales del debido proceso, por más loable y respetable que sea la intención que se persiga**, más específicamente; una democracia se diferencia de un régimen autoritario en el hecho de que en ésta el fin no justifica los medios. Estos últimos siempre deben ser lícitos y deben atender al respeto de los derechos fundamentales de la persona humana. **El**

10 El artículo 22 del Estatuto de Roma señala: 1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. Recuperado de: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

11 Sobre el valor de sus pronunciamientos, el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dice: La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1= NRTC&nValor1= 1&nValor2= 38533&nValor3= 87797&strTipM=TC.

principio de legalidad criminal constituye una garantía en un Estado democrático e implica que sólo las acciones que se encuentren contenidas en una ley, debidamente tipificadas, pueden ser sancionadas, y siempre y cuando esté de por medio la lesión o puesta en peligro de bienes fundamentales; esta es casualmente la circunstancia diferenciadora de un derecho penal democrático y uno autoritario, en este los tipos penales o no existen o no tienen una función de garantía, en aquél, el tipo cumple una función de garantía, a efecto de que el ciudadano pueda conocer sin lugar a duda cuáles son las acciones que si comete hacen posible se le imponga una pena. (Lo destacado en negrita no pertenece al texto original)

Así las cosas, este tribunal destaca la necesidad de tipificar debidamente las acciones constitutivas de delito, como parte del principio de legalidad criminal, lo que exige que las normas penales estén estructuradas con precisión y claridad. De esta forma, no se traslada a la persona juzgadora la tarea de determinar cuáles acciones son punibles, en el caso de tipos penales que no cumplen con una rigurosa precisión de la conducta, sino que su enunciación responde a términos muy amplios, ambiguos o generales¹².

La referencia a principios generales del derecho penal y al debido proceso es esencial, si se considera la forma de redacción del delito de desaparición forzada vigente, ya que la técnica legislativa utilizada es la de una ley penal en blanco, en el tanto remite, para completar el tipo, a las prescripciones de los tratados internacionales relativos a la protección de los derechos humanos y al Estatuto de Roma.

Si bien las leyes penales en blanco se utilizan para completar la descripción típica de una conducta, la interrogante que surge es si esa técnica resulta ser la más adecuada para la tipificación de los crímenes contra los derechos humanos. La legislación penal internacional es complementaria de la nacional, por lo tanto, el Estatuto de Roma y la misma CIDFP –según el carácter general de ambos instrumentos-, deben ser regulados de forma clara y precisa en las legislaciones penales internas. Esto permitirá definir una doble vía de protección; tanto para garantizar el respeto de los derechos y garantías de las personas imputadas por esos

¹² Para mayor abundamiento del principio de legalidad criminal puede consultarse la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto N° 10543-2001, 17 de octubre de 2001.

delitos, como para asegurarle a las víctimas una respuesta eficaz y oportuna ante estas graves violaciones de los derechos humanos.

2.2.- El delito de desaparición forzada de personas en Costa Rica como ley penal en blanco.

La doctrina dominante es conteste en admitir la ley en blanco como parte de la estructura de una norma de carácter penal. El tratadista Jiménez de Asúa señala que Carlos Binding propuso por primera vez esta expresión (*Blankettstrafgesetze*), para referirse a aquellas leyes en las que está determinada la sanción, pero el precepto (acto punible) aparece formulado solo como una prohibición genérica, por lo que deberá ser definido por un reglamento o por una orden de la autoridad, incluso por una ley presente o futura. Según Binding, lo que viene a caracterizar la ley penal en blanco es que el precepto se torna en una especie de letra firmada en blanco, cuyo contenido se llena con las más distintas normas¹³.

Por su parte, el autor argentino Carlos Creus sostiene que la ley penal en blanco legisla específicamente sobre la sanción (pena), y que la conformación de las acciones prohibidas para la aplicación de esa sanción la deja librada a otras disposiciones a las cuales remite. Creus afirma, con referencia a Maurach, que en la ley penal en blanco no es que el precepto esté ausente como tal, sino que se encuentra meramente enunciado en ella, y que para cumplir con el requisito de la tipicidad y, por ende, el principio de legalidad, hay que recurrir a otra norma que actúa como complemento de la ley penal en blanco, de modo que esa disposición complementaria es la que, en definitiva, formula el tipo penal¹⁴.

El artículo 386 CP tipifica los crímenes de *lesa* humanidad, de modo que si se recurre al Estatuto de Roma por remisión directa de ese artículo, este instrumento internacional establece que la desaparición forzada de personas es un acto constitutivo de crímenes de esta naturaleza, según la integración de los artículos 7.1.i) y 7.2.i) de ese Estatuto. Por lo anterior, puede concluirse que en Costa Rica la desaparición forzada está tipificada como una ley penal en blanco, que utiliza como norma complementaria del precepto el Estatuto.

13 Jiménez de Asúa, L (2002). *Introducción al Derecho Penal*. Vol. 1. México: Editorial Jurídica Universitaria, p. 217.

14 Creus, C. (1992). *Derecho penal. Parte general*. 3ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 72.

La relación anterior de normas para complementar el precepto del delito de desaparición forzada –y, en su caso, de todos los demás crímenes definidos en el Estatuto de Roma- no deja de ser una tarea compleja por la particularidad y gravedad de estos hechos. Además, el numeral 386 CP remite a otros tratados internacionales relativos a la protección de los derechos humanos para la determinación de esos delitos, sin que la norma enuncie a cuáles tratados hace referencia¹⁵, lo que podría volver aún más complicado y desgastante el juzgamiento de estos hechos.

Un aspecto que pudo pasarse por alto tiene que ver con la vigencia del delito bajo estudio. Este comenzó a regir el 22 de mayo de 2002 y, por su parte, el Estatuto de Roma entró en vigor el 01 de julio de 2002; es decir, que transcurrió el plazo de un mes y diez días en que esa ley penal costarricense estaba vigente, pero contrariamente el Estatuto aún no lo estaba, debido a las disposiciones propias de este instrumento para su vigencia internacional.

De haber ocurrido una desaparición forzada en Costa Rica no hubiera podido juzgarse, ya que al ser el artículo 386 CP una ley penal en blanco, la norma complementaria –el Estatuto- no estaba vigente en el lapso indicado, de modo que al no completarse debidamente la acción prohibida, esa conducta habría sido atípica y la regulación del artículo 386 CP inaplicable por clara violación al principio de legalidad criminal¹⁶. Asimismo, la CPI tampoco hubiera podido conocer de esos hechos de conformidad con las disposiciones de competencia del artículo 11 del Estatuto, lo que hubiera dado lugar a una peligrosa impunidad en detrimento de los derechos humanos.

15 Uno de estos tratados a considerar podría ser la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas que entró en vigor en Costa Rica el 6 de febrero de 1996 y, en el SIDH, el 28 de marzo de ese mismo año; sin embargo, ante la falta de la mención expresa a este instrumento, la regulación del delito de desaparición forzada se torna imprecisa e insuficiente.

16 Cuando la Ley N° 8272 era apenas un proyecto de ley tramitado bajo el expediente N° 14.386, la Asamblea Legislativa le solicitó criterio técnico-jurídico a la Procuraduría General de la República (PGR). Este órgano se pronunció mediante la opinión O.J. 015-2002 del 26 de febrero de 2002, y desde ese momento advirtió los inconvenientes de la vigencia el tiempo de los nuevos delitos por su formulación de ley penal en blanco. Al respecto señaló: “[...] *de entrar en vigencia la ley propuesta conforme se dispone en el artículo [...], y tratándose de una ley en blanco como se señaló supra, es indispensable para que se respeten los principios de tipicidad y legalidad, la plena vigencia de la norma complementaria, en este caso el Estatuto de Roma; de lo contrario, la norma imperfecta o en blanco [...] sería además, en el estricto sentido de la palabra, incompleta, y en consecuencia la conducta que se pretende sancionar atípica, violentándose el principio de legalidad, lo cual en última instancia mantendría el actual status de impunidad para tales conductas, frustrándose en parte los objetivos propuestos.*”

Es importante aclarar que si bien no se discute la validez de la ley penal en blanco -lo que incluso ha sido legitimado por la misma Sala Constitucional¹⁷- pareciera ser que la Asamblea Legislativa se ha inclinado por recurrir a esta técnica como una salida fácil y rápida, con el fin de saldar las obligaciones derivadas de la ratificación del Estatuto de Roma y de otros instrumentos internacionales de derechos humanos (CIDFP).

Así las cosas, la ley penal en blanco pareciera no ser la alternativa más adecuada para la tipificación de los crímenes más graves contra los derechos humanos. Por el contrario, el respeto a los principios generales del derecho penal y al debido proceso deben ser el norte para que Costa Rica cuente con una legislación adecuada, completa y suficiente de esos delitos. Solo en última instancia, de ser insuficiente la legislación nacional, debería recurrirse a la CPI para juzgar a las personas responsables de estos hechos, en atención a la complementariedad¹⁸ que caracteriza a esta jurisdicción internacional.

17 En la misma opinión O.J. 015-2002, la PGR cita un extracto de la resolución N° 2996-1992 de la Sala Constitucional que da cuenta de la validez de la ley penal en blanco, en el siguiente sentido: "*En derecho penal se acepta como válida la técnica legislativa que permite la utilización de la leyes penales en blanco o necesidades de complemento, sea aquellas en que el presupuesto no se consigna completo o específico en la propia ley, pues debe recurrirse a otra de igual o distinto rango para completarla.*"

18 Respecto al principio de complementariedad, en la opinión O.J. 015-2002, la PGR indicó que sobre ese tema la Sala Constitucional se pronunció en el voto N° 9685-2000, con ocasión de una consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa y referida, precisamente, al proyecto de ley de aprobación del Estatuto de Roma. Concretamente la PGR resaltó este extracto de la resolución de la Sala: "*Según se desprende del Estatuto de Roma, será el último recurso al cual se acudirá para sancionar crímenes que traspasan los umbrales de gravedad y que, tal y como se indicó, se fundamenta en el principio de complementariedad por cuanto no nace con la intención de sustituir a las jurisdicciones nacionales, sino más bien, de complementarlas y, en ese sentido, solo actuará cuando las jurisdicciones nacionales competentes no puedan o no quieran ejercer su obligación de investigar o juzgar a los presuntos criminales de los delitos establecidos en el Estatuto, con lo cual, pretende acabar con la impunidad de delitos. De este modo, la persecución de los delitos se haría entonces a través de dos vías: una nacional cuya competencia es propia de cada Estado y la otra mediante la Corte Penal Internacional cuya competencia, en todo caso, se decidirá de conformidad con las reglas que para ello se establecen en el propio Estatuto.*"

2.3.- La dosimetría¹⁹ penal del delito de crímenes de *lesa* humanidad en Costa Rica.

Los crímenes de *lesa* humanidad están reprimidos con pena de prisión de 10 a 25 años en la legislación penal costarricense. Por su parte, el artículo 77 del Estatuto de Roma, en el apartado de penas aplicables, establece que la Corte puede imponer penas como la reclusión hasta por 30 años o, en su caso, la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, por lo que la respuesta punitiva para este delito es más severa en el Estatuto de Roma que en el Código Penal costarricense.

Ahora bien, Costa Rica no tiene contemplada en su legislación la cadena perpetua como sí la regula el Estatuto en ciertos supuestos, ya que la pena máxima que podría imponerse en este país es de 50 años de prisión (art. 51 CP); sin embargo, debe considerarse que en el caso particular de ciertos delitos como el homicidio calificado (art. 112 CP), el extremo mayor de la escala penal es de 35 años de prisión y, respecto al delito de secuestro extorsivo con resultado muerte (art. 215 in fine CP), la sanción máxima por ese hecho podría ser de hasta 50 años de prisión.

Por su parte, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas impone a los Estados Partes la obligación de sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como su tentativa de comisión (art. I.b). El artículo III de la misma Convención establece un parámetro orientador de la sanción, ya que, al momento de tipificar este crimen, los Estados Partes deben establecer una pena apropiada, que tenga en cuenta su extrema gravedad.

De esta forma, no se pone en entredicho la importancia de la protección penal del bien jurídico vida en el delito de homicidio calificado y secuestro extorsivo, sino que cabría replantearse cuál debería ser la respuesta punitiva proporcional a los crímenes de *lesa* humanidad –en particular de la desaparición forzada de personas– en atención a su carácter permanente, pluriofensivo y los graves daños y secuelas que produce en las víctimas y sus familiares.

19 En términos generales, se entenderá por dosimetría penal la aplicación del principio de proporcionalidad a las penas con que el órgano legislativo sanciona los delitos establecidos en la ley penal. En ese sentido, según Mir Puig sostiene que: “[...] un Estado democrático debe exigir, además, que la importancia de las normas apoyadas por penas proporcionadas no se determine a espaldas de la trascendencia social efectiva de dichas normas. Se sigue de ello que un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la ‘nocividad social’ del ataque al bien jurídico”. Mir Puig, S (1998). *Derecho Penal. Parte General*. 5ª edición, Barcelona: TECFOTO. S.L., p. 100 y 101.

Las características antes señaladas, así como los elementos y los derechos violentados por la desaparición forzada de personas serán abordados de seguido en el marco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “*la Corte Interamericana*” o “*Corte IDH*”). Este análisis podría aportar algunos criterios importantes para una adecuada tipificación y sanción del delito bajo estudio; máxime si se considera que desde hace varios años existe un proyecto de ley para reformar el delito de crímenes de *lesa* humanidad y otros más, que debe ser mejorado técnicamente en su redacción y que, además, requiere de un mayor compromiso político de Costa Rica para su pronta aprobación.

3.- La desaparición forzada de personas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La desaparición forzada de personas es una violación de derechos humanos que ha demandado la emisión de no pocos pronunciamientos de la Corte Interamericana, a través de los cuales se han establecido ciertas características especiales que la definen, como que se trata de una violación grave, múltiple, continua, autónoma y compleja de derechos humanos y que, por su propia naturaleza, ha sido necesario establecer parámetros probatorios particulares para su comprobación.

Desde su primer pronunciamiento en el caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* del 29 de julio de 1988²⁰, la Corte IDH ha conocido múltiples asuntos que ponen de manifiesto graves prácticas estatales de desaparición forzada de personas en América. Por lo anterior, se analizarán algunas sentencias de este tribunal que integran un importante acervo de jurisprudencia para la protección de los derechos humanos de las víctimas y sus familiares en el SIDH. Entre los aspectos de interés a resaltar están los elementos, características esenciales, principales derechos humanos que se violentan a través de estos actos y las obligaciones internacionales que emanan para los Estados en esta materia.

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos (s/f). Cuadernillo de Jurisprudencia N°6: Desaparición Forzada. San José, Costa Rica, p. 8.

3.1.- Elementos de la desaparición forzada.

En la sentencia Radilla Pacheco vs México del 23 de noviembre de 2009²¹, la Corte IDH indicó que el artículo III CIDFP²² y otros instrumentos internacionales, señalan como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada.

Esta posición fue reafirmada en el caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala del 20 de noviembre de 2012²³, al indicar que la caracterización de la desaparición forzada ha sido abordada por la Corte IDH incluso desde antes de la definición contemplada en la CIDFP, y que es consistente con otras definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales, la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos, decisiones del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como decisiones de altos tribunales nacionales.

3.2. Características esenciales de la desaparición forzada.

En cuanto a las características esenciales de este crimen internacional pueden citarse las siguientes: violación de derechos múltiple y compleja; carácter continuo, pluriofensivo y permanente de la violación y gravedad particular de la desaparición forzada.

21 *Ibíd*em, p. 4.

22 En esta sentencia por error la Corte IDH indicó que los elementos de la desaparición forzada están en el artículo III CIDFP, cuando lo correcto es que están en la definición del artículo II CIDFP. Este error fue corregido posteriormente por la Corte IDH en la sentencia del caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs Guatemala del 20 de noviembre de 2012 al afirmar que: “193. [...] *Esta Corte realizó dicha caracterización de la desaparición forzada incluso con anterioridad a la definición contenida en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada* [...]” Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp1.pdf

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos (s/f). Cuadernillo de Jurisprudencia N°6: Desaparición Forzada. San José, Costa Rica, p. 6.

3.2.1.- Una violación de derechos múltiple y compleja.

El carácter múltiple y complejo de esta violación de derechos ha sido analizado desde la primera sentencia de la Corte IDH, -caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras ya citado- al disponer que:

150. El fenómeno de las desapariciones constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral. En el mismo sentido: **Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 158.**

155. La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar...

Según la Corte IDH, la complejidad de este tipo de violaciones requiere llevar a cabo un análisis integral de los hechos, que permita determinar sus efectos en el tiempo y dimensionar integralmente sus consecuencias. Esto queda claro en el caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú de 26 de noviembre de 2013²⁴, cuando expresa que:

116. [e]l análisis de la desaparición forzada debe abarcar la totalidad del conjunto de los hechos que se presentan a consideración del Tribunal en el presente caso. Sólo de este modo el análisis legal de la desaparición forzada es consecuente con la compleja violación a derechos humanos que ésta conlleva, con su carácter continuado o permanente y con la necesidad de considerar el contexto en que ocurrieron los hechos, a fin de analizar sus efectos prolongados en el tiempo y enfocar integralmente sus consecuencias, teniendo en cuenta el *corpus juris* de protección tanto interamericano como internacional.

²⁴Ibidem, p. 12.

3.2.2.- Carácter continuo, pluriofensivo y permanente de la violación.

En el marco del SIDH, el máximo Tribunal toma como referencia la CIDFP para establecer el carácter continuo y pluriofensivo de esta violación. En tal sentido, en el caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá del 12 de agosto de 2008²⁵, se afirma que:

... la Corte ha entendido que al analizar una presunta desaparición forzada el Tribunal debe tener en cuenta su naturaleza continua, así como su carácter pluriofensivo. El carácter continuo y pluriofensivo de la desaparición forzada de personas se ve reflejado en los artículos II y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas...

Respecto al carácter permanente de estos actos, en el caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) del 24 de noviembre de 2010²⁶, se establece que la violación se extiende durante todo el tiempo en el cual el hecho continúa. En tal sentido, la Corte IDH dice:

17. [...] en su jurisprudencia constante este Tribunal ha establecido que los actos de carácter continuo o permanente se extienden durante todo el tiempo en el cual el hecho continúa, manteniéndose su falta de conformidad con la obligación internacional. En concordancia con lo anterior, la Corte recuerda que el carácter continuo o permanente de la desaparición forzada de personas ha sido reconocido de manera reiterada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el cual el acto de desaparición y su ejecución inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos no hayan sido esclarecidos...

3.2.3.- Gravedad particular de la desaparición forzada.

La gravedad de la desaparición forzada ha sido remarcada a lo largo de este trabajo, debido a la congruencia que debe existir entre esta y la sanción en el orden penal interno. La Corte IDH se ha pronunciado sobre este tema en diferentes

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos (s/f). *Cuadernillo de Jurisprudencia N°6: Desaparición Forzada*. San José, Costa Rica, p. 9.

26 *Ibidem*, p. 16.

sentencias, como en el caso Blake Vs. Guatemala del 24 de enero de 1998²⁷, en el que destacó lo siguiente:

66. La desaparición forzada o involuntaria constituye una de las más graves y crueles violaciones de los derechos humanos, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además, le coloca en un estado de completa indefensión, acarreando otros delitos conexos. De ahí la importancia de que el Estado tome todas las medidas necesarias para evitar dichos hechos, los investigue y sancione a los responsables y además informe a los familiares el paradero del desaparecido y los indemnice en su caso.

En esta resolución la Corte Interamericana reconoce ese carácter grave y cruel que reviste la desaparición forzada, ya que no solo importa una privación arbitraria de la libertad, sino que, además, vulnera derechos humanos indiscutibles como la vida, la integridad personal y la personalidad jurídica, protegidos en la CADH y otros instrumentos tanto del SIDH como del Sistema Universal de Naciones Unidas.

3.3.- Derechos vulnerados por la desaparición forzada de personas.

La Corte IDH ha desarrollado ampliamente los derechos convencionales violentados a causa de la desaparición forzada de personas. En este apartado se analizarán los siguientes: derecho a la vida, a la libertad personal y a la integridad personal.

3.3.1.- Derecho a la libertad personal.

La Corte Interamericana afirma que la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple de derechos que inicia, precisamente, con una privación de libertad, que contraviene claramente el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7 CADH. Sobre este aspecto, se pronunció en la sentencia

²⁷ *Ibidem*, p. 17.

del caso Contreras y otros Vs. El Salvador del 31 de agosto de 2011²⁸, en el que señaló que:

84. [...] la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple que inicia con una privación de libertad, cualquiera que fuere su forma, contraria al artículo 7 de la Convención Americana. En el presente caso, la Corte constató que agentes estatales sustrajeron y retuvieron ilegalmente a los niños y niñas, separándolos y removiéndolos de la esfera de custodia de sus padres o familiares [...], lo cual implicó una afectación a su libertad, en el más amplio sentido del artículo 7.1 de la Convención.

Por su parte, en el caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia, el Estado argumentaba, como parte de su descargo, que la ausencia de noticias sobre el paradero de un sujeto no es suficiente para presumir la privación de libertad. No obstante, la Corte IDH fue categórica en señalar que cualquier forma de privación de libertad satisface el primer elemento para la configuración del ilícito internacional de desaparición forzada, y así lo expuso en esta sentencia:

232. [...] Al respecto, es importante resaltar que resulta indistinta la manera que adquiere la privación de la libertad a los fines de la caracterización de una desaparición forzada, es decir, cualquier forma de privación de libertad satisface este primer requisito. Sobre este punto, el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias de Personas de Naciones Unidas ha aclarado que “la desaparición forzada puede iniciarse con una detención ilegal o con un arresto o detención inicialmente legal. Es decir que la protección de la víctima contra la desaparición forzada debe resultar efectiva contra la privación de libertad, cualquiera que sea la forma que ésta revista, y no limitarse a los casos de privación ilegal de libertad”²⁹.

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos (s/f). *Cuadernillo de Jurisprudencia N°6: Desaparición Forzada*. San José, Costa Rica, p. 22.

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del caso Rodríguez Vega y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia, 14 de noviembre de 2014, p. 23-24.

3.3.2.- Derecho a la integridad personal.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha sido categórica y reiterada en reconocer que el crimen bajo estudio es violatorio del derecho a la integridad personal en todas sus dimensiones. Así lo expuso en la sentencia del Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia, del 27 de noviembre de 2008³⁰, cuando dijo:

58. Respecto del artículo 5 de la Convención, este Tribunal ha sostenido que la desaparición forzada es violatoria del derecho a la integridad personal porque “el solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, representa un tratamiento cruel e inhumano [...] en contradicción con los párrafos 1 y 2 del citado artículo”. Resulta evidente que en una desaparición forzada la víctima de ésta vea vulnerada su integridad personal en todas sus dimensiones.

La Corte Interamericana ha establecido algunos estándares probatorios particulares basados en las características de la desaparición forzada. En tal sentido, a pesar de no contarse con pruebas para tener por acreditados actos que lesionen la integridad física, psíquica y moral de personas antes de su ejecución o desaparición, este Tribunal ha sustentado sus fallos sobre la base de inferencias razonables -según el contexto de los hechos- para calificar esos actos como contrarios al derecho a la integridad personal (artículos 5.1 y 5.2 CADH). Un ejemplo de esto es la sentencia del caso La Cantuta Vs. Perú, del 29 de noviembre de 2006³¹, que dispuso lo siguiente:

113. [...] es evidente que por las circunstancias en que fueron detenidas y trasladadas a un lugar indefinido antes de ser ejecutadas o desaparecidas, las presuntas víctimas fueron colocadas en una situación de vulnerabilidad y desprotección que afectaba su integridad física, psíquica y moral. **Ciertamente no existe prueba de los actos específicos a que fueron sometidas cada una de esas personas antes de ser ejecutadas o desaparecidas. No obstante, el propio *modus operandi* de los hechos del caso en el contexto de ese tipo de prácticas sistemáticas [...], sumado a las faltas a los deberes de investigación [...], permiten inferir que esas personas experimentaron profundos sentimientos de miedo, angustia e**

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos (s/f). *Cuadernillo de Jurisprudencia N°6: Desaparición Forzada*. San José, Costa Rica, p. 25.

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos (s/f). *Cuadernillo de Jurisprudencia N°6: Desaparición Forzada*. San José, Costa Rica, p. 24.

indefensión. En la menos grave de las situaciones, fueron sometidos a actos crueles, inhumanos o degradantes al presenciar los actos perpetrados contra otras personas, su ocultamiento o sus ejecuciones, lo cual les hizo prever su fatal destino. De tal manera, es coherente calificar los actos contrarios a la integridad personal de las 10 víctimas ejecutadas o desaparecidas en los términos de los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención. (La negrita no pertenece el texto original)

3.3.3.- Derecho a la vida.

En la sentencia del Caso Castillo Páez Vs. Perú del 3 de noviembre de 1997³², la Corte IDH concluye –a modo de inferencia razonable- que la desaparición forzada viola el derecho a la vida establecido en el artículo 4 CADH, cuando después de transcurridos varios años se desconozca el paradero de la víctima. El Estado del Perú argumentó –como parte de su descargo- que ante la indeterminación del paradero del señor Castillo Páez no podía establecerse su muerte, en el tanto faltaría su cuerpo para la configuración del delito, conforme a la doctrina penal contemporánea. El Tribunal sostuvo que ese argumento era inadmisibles en el ámbito de protección de la CADH, ya que en estos casos los autores de la desaparición forzada procuran su absoluta impunidad, al borrar toda huella o rastro de la desaparición. La sentencia expresó lo siguiente:

71. La Corte considera demostrada la violación del artículo 4 de la Convención que protege el derecho a la vida, ya que el señor Castillo Páez fue detenido arbitrariamente por agentes de la Policía del Perú; que dicha detención fue negada por las mismas autoridades, las cuales, por el contrario, lo ocultaron para que no fuese localizado, y que desde entonces se desconoce su paradero por lo que se puede concluir que, debido al tiempo transcurrido desde el 21 de octubre de 1990 a la fecha, la víctima ha sido privada de la vida [...]

73. No puede admitirse el argumento del Estado en el sentido de que la situación misma de la indeterminación del paradero de una persona, no implica que hubiese sido privada de su vida, ya que “faltaría... el cuerpo del delito”, como lo exige, según él, la doctrina penal contemporánea. Es inaceptable este razonamiento puesto que

³² *Ibidem*, p. 27.

bastaría que los autores de una desaparición forzada ocultasen o destruyesen el cadáver de la víctima, lo que es frecuente en estos casos, para que se produjera la impunidad absoluta de los infractores, quienes en estas situaciones pretenden borrar toda huella de la desaparición.

Este mismo criterio ha sido expuesto en diversas sentencias, como el Caso Gelman Vs. Uruguay, en el que se reafirma que la desaparición forzada importa una brutal violación del derecho a la vida, y que tiene como práctica frecuente el ocultamiento del cadáver de la víctima para borrar toda huella material del crimen y procurar la impunidad de sus autores. En ese sentido, la sentencia señala:

96. Si bien no hay información categórica acerca de lo ocurrido a María Claudia García con posterioridad a la sustracción de su hija, la práctica de desapariciones ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención³³.

3.4.- Deberes del Estado.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana también ha dimensionado el alcance de los deberes del Estado en los casos de desaparición forzada de personas. De esta forma, ha fijado estándares importantes relacionados con las obligaciones de garantía, prevención, investigación y sanción de las personas responsables de este ilícito internacional. Para los efectos de este trabajo, se analizará, básicamente, el alcance que la Corte IDH le ha dado a la obligación de adecuar la legislación nacional a los estándares normativos internacionales.

3.4.1.- Deber de adecuar la normativa interna.

El control de convencionalidad tiene como propósito básico lograr la supremacía convencional en todos los ordenamientos jurídicos nacionales o locales,

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (s/f). *Cuadernillo de Jurisprudencia N°6: Desaparición Forzada*. San José, Costa Rica, p. 28.

lo que impone a los Estados Partes, entre otras cosas, la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos establecidos en la CADH.

El deber de adecuar la normativa interna está regulado en el artículo 2 CADH, de tal forma que, en el caso de la desaparición forzada de personas, los Estados Partes deben tomar las medidas legislativas para tipificar en su derecho penal interno este crimen o, en su caso, llevar a cabo las reformas penales necesarias para ajustar este delito a los estándares y parámetros establecidos en el SIDH y el *corpus iuris* internacional.

En la sentencia del Caso Gómez Palomino Vs. Perú del 22 de noviembre del 2005³⁴, el tribunal estableció los lineamientos para la tipificación del delito de desaparición forzada, al señalar que esta debe hacerse tomando en consideración el artículo II CIDFP, donde se encuentran los elementos que debe contener este tipo penal. Así mismo, sostuvo que la existencia en el orden penal interno de delitos como plagio o secuestro, tortura, homicidio, entre otros, no es suficiente para regular el carácter grave, múltiple y continuado de la desaparición forzada. En este sentido, la sentencia referida señala que:

92. [...] En atención al carácter particularmente grave de la desaparición forzada de personas, no es suficiente la protección que pueda dar la normativa penal existente relativa a plagio o secuestro, tortura, homicidio, entre otras. La desaparición forzada de personas es un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino viola la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreando otros delitos conexos.

96. Esto implica que los Estados deben tipificar el delito de desaparición forzada. Esta tipificación debe hacerse tomando en consideración el artículo II de la citada Convención, donde se encuentran los elementos que debe contener el tipo penal en el ordenamiento jurídico interno.

103. La desaparición forzada se caracteriza por la negativa de reconocer la privación de libertad o dar información sobre la suerte

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos (s/f). *Cuadernillo de Jurisprudencia N°6: Desaparición Forzada*. San José, Costa Rica, p. 60.

o el paradero de las personas y por no dejar huellas o evidencias. Este elemento debe estar presente en la tipificación del delito, porque ello permite distinguirlo de otros con los que usualmente se la relaciona, como el plagio o secuestro y homicidio, con el propósito de que puedan ser aplicados los criterios probatorios adecuados e impuestas las penas que consideren la extrema gravedad de este delito a todos aquellos implicados en el mismo.

La Corte IDH se decanta por una regulación probatoria diferenciada como estándar, tomando en cuenta que este crimen se caracteriza, entre otras cosas, por la negativa de reconocer la privación de libertad de las víctimas y por no dejar rastros o evidencias de su paradero final.

Esta posición no parece estar exenta de generar tensiones y controversias entre los Estados Partes, tal y como sucedió en el Caso Castillo Páez Vs. Perú, en el que ese estado alegaba que la falta del cuerpo de la víctima en la desaparición forzada no permitía establecer su muerte, para los efectos de la tipificación de un delito o ilícito internacional, según la doctrina penal contemporánea.

Otro aspecto que la Corte IDH también ha advertido es la disparidad que existe entre los estándares del Derecho Internacional y la tipificación de este delito a nivel interno. Esto se puso de manifiesto en la sentencia del Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay del 22 de septiembre de 2006³⁵, cuando dijo que:

92. [...] el Estado se obligó a tipificar las conductas de tortura y desaparición forzada de personas de manera consonante con las definiciones allí contenidas. No obstante, el Tribunal considera que si bien los tipos penales vigentes en el Código Penal paraguayo sobre tortura y “desaparición forzosa” permitirían la penalización de ciertas conductas que constituyen actos de esa naturaleza, un análisis de los mismos permite observar que el Estado las tipificó de manera menos comprehensiva que la normativa internacional aplicable. El Derecho Internacional establece un estándar mínimo acerca de una correcta tipificación de esta clase de conductas y los elementos mínimos que la misma debe observar, en el entendido de que la persecución penal es una vía fundamental para prevenir futuras violaciones de derechos humanos. Es decir, que los Estados pueden adoptar una mayor severidad en el tipo específico para efectos de una mejor persecución penal de esos delitos, en función de lo que

35 Corte Interamericana de Derechos Humanos (s/f). *Cuadernillo de Jurisprudencia N°6: Desaparición Forzada*. San José, Costa Rica, p. 61.

consideren una mayor o mejor tutela de los bienes jurídicos protegidos, a condición de que al hacerlo no vulneren esas otras normas a las que están obligados. Además, la sustracción de elementos que se consideran irreductibles en la fórmula persecutoria establecida a nivel internacional, así como la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados bajo el Derecho Internacional a prevenir, erradicar y sancionar.

Con base en lo expuesto, las tensiones y discusiones dogmático penales que puedan surgir en el derecho interno por no establecer parámetros probatorios diferenciados para la desaparición forzada, la inobservancia de los estándares mínimos en la figura penal ya existente, la ausencia de una respuesta sancionatoria proporcional a la gravedad de estas conductas o, en su caso, la no tipificación del todo de ese crimen, son aspectos que los Estados Partes deben considerar seriamente, para no incurrir en responsabilidad internacional por inobservancia del artículo 2 CADH.

Según el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), los propios Estados han consentido el carácter vinculante de las obligaciones derivadas de la CADH y de los demás tratados del *corpus iuris* interamericano, por lo que estos se constituyen en agentes responsables del cumplimiento de los deberes involucrados. Además, afirma que solo a través de su implementación es que el ordenamiento jurídico interno guardará coherencia con los instrumentos citados y asegurará la eficacia de las normas contenidas en aquellos, evitando contradicciones u omisiones que puedan generar la correspondiente responsabilidad internacional o la reincidencia del Estado en la violación de derechos humanos³⁶.

Una vez analizado lo anterior, es importante revisar la legislación penal de algunos Estados de América, para establecer si este delito está tipificado y, de ser así, si la regulación se ajusta a los estándares mínimos admitidos por la Corte Interamericana en su jurisprudencia. Esto se llevará a cabo mediante un análisis de derecho comparado, lo cual puede ser de relevancia para Costa Rica, ya que en la Asamblea Legislativa hay un proyecto de ley para tipificar la desaparición forzada de personas y otros delitos contra los derechos humanos.

³⁶ Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2015). *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*. San José, C.R.: IIDH, p. 41.

4.- Análisis de derecho comparado del delito de desaparición forzada: los casos de Argentina, Colombia, Guatemala y México.

Algunos Estados de América Latina han sido conscientes de la necesidad de tipificar en sus legislaciones penales el delito de desaparición forzada. Por ello, se analizarán los casos de Argentina, Colombia, Guatemala y México -por la repercusión particular que ha tenido este crimen en esos países- con el propósito de confrontar sus regulaciones internas con los estándares dictados por la Corte IDH y la propia legalidad internacional en esta materia. Se pretende analizar si el derecho penal de esos países se erige como un mecanismo eficaz de tutela de los bienes jurídicos en juego, con el fin de prevenir, erradicar y sancionar la desaparición forzada de personas de nuestro continente.

4.1.- Argentina.

La Ley 26.679³⁷ de la Nación Argentina incorporó el artículo 142 ter al Código Penal, que tipifica la desaparición forzada como parte de los delitos contra la libertad. El artículo dice literalmente:

Se impondrá prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, al funcionario público o a la persona o miembro de un grupo de personas que, actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.

La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre.

37 Ley N° 26.679, sancionada el 13 de abril de 2011 y promulgada el 5 de mayo de 2011. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/resaltaranexos/180000-184999/181888/norma.htm>.

La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida.

La formulación de este tipo penal recoge los elementos definidos por la Corte IDH para este crimen; sin embargo, la redacción del primer párrafo impresiona compleja y muy amplia. El sujeto activo puede ser un funcionario público, cualquier persona o un miembro de un grupo de personas, pero en cualquier caso debe contar con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado; de lo contrario, la conducta no encuadraría en este delito, lo cual es un portillo peligroso para la impunidad, ya que hechos de esta naturaleza pueden ser cometidos por una persona o grupo de ellas sin vinculación de ningún tipo con el Estado.

La acción típica consiste en privar de la libertad, de cualquier forma, a una o más personas, sin dar información o reconocer la privación de libertad o no informar el paradero de la persona. En este punto es importante señalar que el artículo 7.2.i del Estatuto de Roma, dentro de la definición de la desaparición forzada de personas, establece como uno de sus elementos la intención de dejar a las víctimas fuera del amparo de la ley por un período prolongado, aspecto que no fue incorporado en el tipo penal argentino, de modo que esta regulación es omisa respecto a un elemento esencial contemplado en el Estatuto de Roma.

En cuanto a la sanción de este delito, contempla pena de prisión de 10 a 25 años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada. Esta conducta delictiva también sanciona severamente con prisión perpetua ciertas circunstancias agravantes, como si la víctima muere, fuere una mujer embarazada, una persona menor de 18 años, una persona mayor de 70 años, una persona con discapacidad o si la víctima es una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre, de modo que en esos supuestos la legislación argentina reconoce una especial gravedad de ese delito, al considerar como respuesta una pena tan severa como la cadena perpetua.

4.2.- Colombia.

El tipo penal de la desaparición forzada fue establecido en Colombia en el año 2000, debido a la presión de los familiares de víctimas y de organizaciones de Derechos Humanos. Este delito está regulado en el título III del Código Penal de Colombia, "*Delitos contra la libertad individual y otras garantías*", que dice lo siguiente:

ARTICULO 165. DESAPARICION FORZADA³⁸. Aparte tachado INEXEQUIBLE. Inciso CONDICIONALMENTE exequible. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:

~~El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley~~³⁹ someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de trescientos veinte (320) a quinientos cuarenta (540) meses, multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1333.33) a cuatro mil quinientos (4500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de ciento sesenta (160) a trescientos sesenta (360) meses.

A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

Según la norma anterior, el sujeto activo puede ser un particular, un servidor público o un particular que actúa bajo la determinación o la aquiescencia de un servidor público, la acción típica es someter a otra persona (sujeto pasivo) a cualquier forma de privación de libertad y, además, conforme a la interpretación dada por la Corte Constitucional de ese país, basta la falta de información sobre el paradero de la persona para la configuración del delito. Esta conducta está sancionada con tres tipos diferentes de penas: interdicción de derechos y funciones públicas, multa y prisión. En este último caso, el extremo menor de la pena es de 320 meses (26,7 años) de prisión, mientras que el extremo mayor es de 540 meses (45 años) de privación de libertad, lo que representa una respuesta punitiva considerablemente alta.

Por su parte, el artículo 166 del Código Penal de Colombia contiene circunstancias de agravación punitiva para este delito, como que la conducta se

38 Código Penal de Colombia. Ley 599 de 2000. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Consultada en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr005.html.

39 El aparte tachado fue declarado inexecutable (inconstitucional) por la Corte Constitucional de Colombia mediante sentencia C-317-02 de 2 de mayo de 2002. El resto del inciso se declara EXEQUIBLE (constitucional) '*bajo el entendido que no es necesario el requerimiento para dar información o de la negativa a reconocer la privación de libertad, sino que basta la falta de información sobre el paradero de la persona*'. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr005.html.

cometa por quien ejerza autoridad o jurisdicción, se cometa en una persona con discapacidad que le impida valerse por sí misma; en un menor de dieciocho años, un mayor de sesenta o una mujer embarazada, se cometa utilizando bienes del Estado; se someta a la víctima a tratos crueles, inhumanos o degradantes durante el tiempo en que permanezca desaparecida; cuando por causa o con ocasión de la desaparición forzada le sobrevenga a la víctima la muerte o sufra lesiones físicas o psíquicas, cuando se cometa cualquier acción sobre el cadáver de la víctima para evitar su identificación posterior o para causar daños a terceros, entre otros. En estos supuestos, las penas indicadas en el artículo anterior aumentan de forma significativa, lo que se observa concretamente respecto a la pena de prisión, ya que el extremo menor pasa a 480 meses (40 años) y el extremo mayor aumenta a 600 meses (50 años).

La regulación del delito de desaparición forzada en Colombia presenta algunas particularidades importantes. El tipo penal data del año 2000 y con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad presentada contra ese delito, la Corte Constitucional declaró, mediante sentencia C-317-2002 de 2 de mayo de 2002, que la expresión “*perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley*” era inconstitucional, ya que reducía significativamente el sentido y alcance de la protección general contenida en el artículo 12 de la Carta Política⁴⁰.

A partir de la sentencia constitucional mencionada, el alcance del tipo penal se torna más amplio que la propia regulación contenida en instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH, en el tanto cualquier particular puede cometer este delito sin necesidad de pertenecer a un grupo armado al margen de la ley. Otro aspecto a resaltar es que, a partir del 1 de enero de 2005, se dio

40 Al respecto, sobre la mayor protección de la Carta Política de Colombia que la legislación internacional, en la sentencia C-317-2002 la Corte Constitucional señaló: “...el artículo 12 Superior que, como ya quedó dicho, consagra una protección más amplia que la regulada en los instrumentos internacionales, según los cuales la desaparición forzada sólo puede ser cometida por un agente estatal, una organización política o un particular con la autorización, tolerancia o aquiescencia de estos, resultando de esta manera la consagración constitucional más garantista que la legislación internacional, lo cual es perfectamente posible y le permite a Colombia colocarse a la vanguardia en materia de responsabilidad ante los organismos encargados de la protección de los derechos humanos, toda vez que conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos citada anteriormente la simple omisión de los Estados de prevenir la desaparición forzada cometida por particulares o de controlar a los grupos armados irregulares que ejecutan dichos actos, implica que el Estado respectivo no ha cumplido con su obligación de prevenir y castigar a los responsables de tales actos siendo, en consecuencia, merecedor de las condignas sanciones.

Así mismo valga recordar que la determinación del constituyente plasmada en el artículo 12 Superior recogió la realidad de nuestro país donde no siempre el sujeto activo o partícipe de la desaparición forzada es un servidor público o un particular que actúa bajo su protección o aquiescencia, pues también existen personas o grupos de personas que pueden cometer este delito como por ejemplo los grupos de limpieza social, la delincuencia común, los grupos de autodefensa o paramilitares, los narcotraficantes, la guerrilla, etc.” Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-317-02.htm>.

aumento de penas en el Código Penal mediante el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, de modo que para la desaparición forzada el extremo mayor del tipo simple pasó a 45 años de prisión y, en el caso de circunstancias de agravación, el extremo mayor pasó a 50 años de prisión, lo que es un claro indicativo de la especial gravedad que el legislador colombiano le ha dado a este delito.

4.3.- Guatemala.

El autor Mario Polanco señala que, en el contexto latinoamericano, fue en Guatemala donde empezó a utilizarse la desaparición forzada como un método represivo utilizado por los gobiernos terroristas para el sometimiento de la población, lo cual inició con el golpe de estado de Enrique Peralta Azurdia en 1963, que llevó a la detención ilegal y tortura de opositores⁴¹. En razón de esta importante referencia es que se considera Guatemala, como parte de la región centroamericana, para analizar su regulación en torno a este delito.

El título IV del Código Penal de Guatemala regula los delitos contra la libertad y la seguridad de la persona. En concreto, el capítulo 1 contempla los delitos contra la libertad individual, dentro de los que está la desaparición forzada en el artículo 201 TER⁴² que establece:

Comete el delito de desaparición forzada quien, por orden, con la autorización o apoyo de autoridades del Estado, privare en cualquier forma de la libertad a una o más personas, por motivos políticos, ocultando su paradero, negándose a revelar su destino o reconocer su detención, así como el funcionario o empleado público, pertenezca o no a los cuerpos de seguridad del Estado, que ordene, autorice, apoye o dé la aquiescencia para tales acciones.

Constituye delito de desaparición forzada, la privación de la libertad de una o más personas, aunque no medie móvil político, cuando se cometa por elementos de los cuerpos de seguridad del Estado, estando en ejercicio de su cargo, cuando actúen arbitrariamente o con abuso o exceso de fuerza. Igualmente, cometen delito de desaparición

41 Polanco, M. (2007). *La desaparición forzada en Guatemala (necesidad de esclarecimiento e investigación)*. Ciudad de Guatemala: Grupo de Apoyo Mutuo -GAM-, p. 5.

42 El artículo 241 TER del Código Penal de Guatemala fue adicionado por el Artículo 1 del Decreto 33-96 del Congreso de la República. Rescatado de: http://ww2.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnálisisDocumentaciónJudicial/cds/CDs%20compilaciones/Compilacion%20Leyes%20Penales/expedientes/01_CodigoPenal.pdf.

forzada, los miembros o integrantes de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o con cualquier otro fin delictivo, cuando cometan plagio o secuestro, participando como miembros o colaboradores de dichos grupos o bandas.

El delito se considera permanente en tanto no se libere a la víctima. El reo de desaparición forzada será sancionado con prisión de veinticinco a cuarenta años. Se impondrá la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, cuando con motivo u ocasión de la desaparición forzada, la víctima resultare con lesiones graves o gravísimas, trauma psíquico o psicológico permanente o falleciere.

Este delito se caracteriza por una redacción amplia y compleja, y pareciera no ajustarse a los elementos propios de la legalidad internacional analizada y a los estándares establecidos por la Corte IDH. Según el primer párrafo, el sujeto activo puede ser una persona particular que debe actuar por orden o autorización de autoridades estatales. También se penalizan a las personas funcionarias o empleadas públicas que ordenen, autoricen, apoyen o den la aquiescencia para privar a una persona de su libertad de cualquier forma.

Un elemento objetivo que forma parte de este tipo penal es que la privación de libertad debe obedecer a motivos políticos, por lo que, si esa motivación no existe, la conducta no encuadraría en este delito, lo que abre un portillo peligroso para la impunidad, aunque los hechos puedan juzgarse eventualmente bajo otros tipos penales en ese país.

Según el párrafo segundo, el móvil político no es necesario si la privación de libertad es cometida por elementos de los cuerpos de seguridad del Estado en ejercicio de su cargo, aunque se requiere que esa actuación sea arbitraria o con abuso o exceso de poder. Esta redacción pareciera que no encuentra consonancia con el Estatuto de Roma y la CIDFP, ya que la aprehensión, detención o secuestro de personas por agentes estatales puede ser ejecutada de cualquier forma, por lo que calificar la actuación estatal limita el alcance de protección de la norma, ya que deja por fuera supuestos en los que, si bien la actuación estatal es legítima, la desaparición forzada puede estar claramente configurada.

Un aspecto a resaltar es que en Guatemala este delito puede ser cometido por miembros o integrantes de grupos o bandas organizadas, aunque establece para ello la existencia de fines terroristas, insurgentes, subversivos o con cualquier otro fin delictivo; sin embargo, la regulación es imprecisa, ya que no define los elementos requeridos para la existencia del delito en estos casos. Además, es importante

destacar que se considera un delito de carácter permanente en tanto no se libere a la víctima, lo que se ajusta a los estándares de la legalidad internacional.

Finalmente, llama la atención que, si con motivo de este delito la víctima resulta con lesiones graves, gravísimas, trauma psíquico o psicológico permanente o fallece, el autor puede ser condenado a pena de muerte, lo que no es consecuente con el principio de razonabilidad del derecho penal y, además, no se ajusta a las regulaciones establecidas en la CADH⁴³.

4.4.- México.

El 17 de noviembre de 2017 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la *“Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas”*⁴⁴. El artículo 27 de la ley mencionada tipifica el delito de desaparición forzada de personas, el cual establece:

Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público o el particular que, con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, prive de la libertad en cualquier forma a una persona, seguida de la abstención o negativa a reconocer dicha privación de la libertad o a proporcionar la información sobre la misma o su suerte, destino o paradero.

Por su parte, el artículo 28 tipifica otra conducta delictiva relacionada con la desaparición forzada que señala:

43 Al respecto el autor Mario Polanco señala: *“El Artículo 201 ter deberá ser reformado para su aplicación efectiva, debido a que viola el numeral 2 del Artículo 4 de la convención interamericana de derechos humanos, cuando establece que no se extenderá (la pena de muerte) a delitos a los cuales no se aplique actualmente (25 de mayo de 1978), debido a que la tipificación se hizo 17 años después de haber sido ratificada la convención por el Estado guatemalteco. En el Código Penal se establece que el reo de desaparición forzada será sancionado con prisión de veinticinco a cuarenta años. Se impondrá la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, cuando con motivo u ocasión de la desaparición forzada, la víctima resultare con lesiones graves o gravísimas, trauma psíquico o psicológico permanente o falleciere. Esperamos que no haya habido mala voluntad de los legisladores al aprobar el Artículo de tal forma que violenta una figura de carácter constitucional (...).”* Polanco, M. (2007). *La desaparición forzada en Guatemala (necesidad de esclarecimiento e investigación)*. Ciudad de Guatemala: Grupo de Apoyo Mutuo –GAM-, p. 81-82.

44 Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas. Recuperado de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGMDFP_171117.pdf.

Al servidor público, o el particular que con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, oculte o se niegue a proporcionar información sobre la privación de la libertad de una persona o sobre el paradero de una persona detenida, u oculte a una persona detenida en cualquier forma se le impondrá la pena prevista en el artículo 30.

En ambos delitos el sujeto activo es un servidor público o un particular que cuente con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público. En el primer caso, la acción típica es privar de la libertad en cualquier forma a una persona, junto con el elemento de no reconocer la privación de libertad o proporcionar información sobre el destino de la persona; mientras que, en el segundo de los delitos, existe la privación de libertad de una persona, y lo que se penaliza es ocultar o negarse a proporcionar información sobre esa privación de libertad o el paradero de la persona detenida, así como ocultar en cualquier forma a una persona detenida. Según el artículo 30, ambos delitos se sancionan de la misma forma:

Se impondrá pena de cuarenta a sesenta años de prisión, y de diez mil a veinte mil días multa a las personas que incurran en las conductas previstas en los artículos 27 y 28.

Adicionalmente, cuando el responsable tenga el carácter de servidor público, se impondrá la destitución e inhabilitación, según corresponda, para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión pública, hasta dos veces el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta, a partir de que se cumpla con la pena de prisión.

Anteriormente, el Código Penal Federal sancionaba este delito con una pena de 5 a 40 años de prisión⁴⁵, y con la nueva ley el extremo menor pasó a 40 años y el extremo mayor a 60 años de prisión, lo que representa un cambio importante en la respuesta punitiva para este delito en México. El artículo 30 contempla otra pena adicional de multa que no regulaba el Código Penal Federal. Si el autor del delito es un servidor público se le impondrá, además, la destitución e inhabilitación de cualquier cargo, empleo o comisión pública.

45 El artículo 215-B del Código Penal Federal –ahora derogado– decía: A quien cometa el delito de desaparición forzada de personas se le impondrá una pena de cinco a cuarenta años de prisión. Recuperado de: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/235549/Co_digo_Penal_Federal_22_06_2017.pdf.

Es importante resaltar que en la ley bajo análisis existe un capítulo cuarto llamado “*De la desaparición cometida por particulares.*” En tal sentido, el artículo 34 dispone:

Incorre en el delito de desaparición cometida por particulares quien prive de la libertad a una persona con la finalidad de ocultar a la víctima o su suerte o paradero. A quien cometa este delito se le impondrá pena de veinticinco a cincuenta años de prisión y de cuatro mil a ocho mil días multa.

Según este tipo penal, la legislación mexicana ha ampliado la protección contra la desaparición forzada de personas -como ocurre de igual forma en el caso de Colombia- ya que este delito también puede ser cometido por un particular, en cuyo caso, tanto la pena de prisión como de multa son más bajas que las reguladas en el artículo 30, en el que se sanciona la participación de servidores públicos en la comisión del delito.

5.- Proyecto de ley tramitado en la Asamblea Legislativa de Costa Rica bajo expediente N° 20.187: “*Modificación de la Ley N° 4573, Código Penal, para la implementación de los crímenes contemplados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, incluidas las Enmiendas de Kampala*”.

Este proyecto fue presentado para su trámite el 6 de diciembre del 2016⁴⁶ y su objetivo es tipificar el delito de agresión en el Código Penal, así como realizar algunas modificaciones para ajustar los actuales delitos de genocidio (artículo 382), crímenes de *lesa* humanidad (386) y crímenes de guerra (artículo 385) a los parámetros del Estatuto de Roma y las Enmiendas de Kampala.

La Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa emitió el Dictamen Afirmativo Unánime de ese proyecto el 08 de agosto de 2017. En el apartado II, sobre el objetivo de esa iniciativa indica:

... Ciertamente, Costa Rica no ha sido indiferente ante estos hechos. En su condición de país reconocido internacionalmente por el respeto de los derechos humanos promovió y es miembro fundador de la

46 Este proyecto de ley fue presentado en esa fecha por el diputado Ronny Monge Salas. El 7 de junio del 2017 fue publicado en la Imprenta Nacional, en la Gaceta N° 107, alcance 127. Dictamen Afirmativo Unánime del 08 de agosto de 2017, Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Sociales, p. 12.

Corte Penal Internacional, pues entiende que las responsabilidades personales por violaciones graves de los derechos humanos como genocidio, crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad no deben quedar impunes.

Esta referencia es consecuente con la tradición democrática de Costa Rica y de respeto de los derechos humanos; sin embargo, llama la atención que más de tres años después, este proyecto aún no es ley de la República, por lo que esta omisión compromete seriamente la responsabilidad internacional del país en esta materia.

Como ya se indicó, el proyecto de ley contempla varias modificaciones al Código Penal, aunque el análisis se centrará en la reforma al artículo 386 "*Crímenes de lesa humanidad*", cuyo texto señala:

Se impondrá prisión de veinticinco años a treinta y cinco años a quien cometa u ordene cometer, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque cualquiera de los actos siguientes:

1. Homicidio;
2. Exterminio; comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida que afecten la supervivencia, incluida la privación del acceso a alimentos, medicinas u otros bienes considerados indispensables, encaminados a causar la destrucción de parte de una población;
3. Esclavitud; quien ejerza los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;
4. Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
5. Tortura;
6. Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada;
7. Persecución, entendida como la privación intencional, generalizada o sistemática de derechos fundamentales, en razón de la identidad del grupo o de la colectividad, de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género;
8. La desaparición forzada de personas comprenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por el Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la

intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado. El delito de desaparición forzada será considerado un delito permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima;

El juez podrá considerar como atenuantes del delito de desaparición forzada de personas las siguientes circunstancias:

- a) Que la víctima sea puesta en libertad indemne en un plazo menor a diez días.
- b) Que se informe o actúe para posibilitar o facilitar la aparición con vida del desaparecido.

9. Deportación o traslado forzoso de la población, entendido como el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

10. El crimen de apartheid: son actos violatorios de los derechos humanos cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas sobre uno o más grupos étnicos, con la intención de mantener ese régimen.

De la lectura anterior puede concluirse que la redacción propuesta al artículo 386 CP es prácticamente una transcripción literal del artículo 7 del Estatuto de Roma. Si bien es importante tomar como referencia este Estatuto y la propia CIDFP, debe recordarse que esos instrumentos tienen un carácter general, por lo que cada estado debe ajustar esas regulaciones generales mediante reformas penales internas claras y precisas, en observancia a los principios generales del derecho penal ya analizados.

El Informe Interdisciplinario de este proyecto de ley, fechado 5 de abril de 2018⁴⁷, precisamente expone esas falencias del proyecto. Aunque reconoce que debe existir cierta similitud entre los contenidos del Estatuto de Roma y la reforma penal, es categórico al señalar que:

... la copia de un instrumento internacional para su aplicación en la legislación interna es una inadecuada técnica legislativa. Por su naturaleza, un instrumento internacional debe contener normas de muy amplio espectro, con el fin de facilitar su aplicación en los diversos países para los que esté vigente, y que así no haya problemas con la adaptación al sistema normativo. Pero entratándose de

47 Asamblea Legislativa de Costa Rica. Informe Interdisciplinario del expediente N° 20.187. Elaborado por el Departamento de Servicios Técnicos, el Departamento de Servicios Parlamentarios y la Comisión de Redacción, fechado 5 de abril de 2018, p. 10.

legislación interna, con (sic) la que propone el proyecto de ley en estudio, las exigencias son otras y el deber de individualización es mayor, especialmente si se trata de tipos penales. Nos encontramos ante tipos abiertos, lo que compromete el cumplimiento del principio de legalidad criminal.

Efectivamente, estos tipos contienen elementos indeterminados que se prestan a diversas interpretaciones [...], lo que otorga un muy amplio margen de discrecionalidad a la persona juzgadora al definir la conducta sancionada, en detrimento de la garantía de la persona administrada...

De este modo, el texto del proyecto de ley no contiene una adecuada técnica legislativa, ya que, en el caso de la desaparición forzada, la formulación del tipo penal es amplia y ambigua, puesto que no se precisa la conducta prohibida conforme al principio de legalidad criminal, la legalidad internacional y los lineamientos de la Sala Constitucional y la Corte IDH.

El Informe Interdisciplinario citado establece que la redacción propuesta del artículo 386 CP contiene muchos elementos abiertos y la utilización recurrente de sustantivos como exterminio, tortura, persecución, desaparición forzada, entre otros, que posteriormente son definidos. Al respecto, el Informe nuevamente indica que esta práctica:

... no es una técnica legislativa que brinde una adecuada descripción de la conducta delictiva y más bien corresponde a un texto de doctrina. Si el Principio de Legalidad exige que las conductas punibles estén descritas con claridad, la forma gramatical que debe utilizarse son los verbos, no así los sustantivos que estarían sujetos a una definición posterior⁴⁸.

La redacción del inciso 8 describe, básicamente, el concepto de desaparición forzada que aparece en el Estatuto de Roma, pero no contiene una tipificación precisa para ese delito; es decir, no existe una acción prohibida clara (verbo típico y sus elementos), que permita enlazar la consecuencia (pena) al sujeto activo que incurra en esta infracción penal.

Este artículo 386 contiene 10 actos diferentes de crímenes: homicidio, exterminio, esclavitud, encarcelación, tortura, violación (y otros), persecución,

48 Asamblea Legislativa de Costa Rica. Informe Interdisciplinario del expediente N° 20.187. Elaborado por el Departamento de Servicios Técnicos, el Departamento de Servicios Parlamentarios y la Comisión de Redacción, fechado 5 de abril de 2018, p. 6.

desaparición forzada, deportación o traslado forzoso de la población y el crimen de apartheid.

Estos actos deben ser cometidos “*como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*”, por lo que, de no cumplirse este modo de comisión establecido en el párrafo inicial del artículo propuesto, las conductas serían atípicas, es decir, que no podría establecerse la responsabilidad penal de quienes hayan participado en estas acciones graves.

Si bien esta forma de comisión que exige la redacción propuesta contempla lo establecido en el artículo 7.1 del Estatuto de Roma, en el caso particular de la desaparición forzada es necesario hacer algunas precisiones importantes. En el SIDH se cuenta con un instrumento vinculante para Costa Rica que es la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas.

Esta Convención no solo les impone a los Estados la obligación de penalizar y sancionar este acto (artículo I), sino que en la definición del artículo II no contempla que la desaparición forzada deba darse como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Esto debe ser considerado seriamente en este proyecto de ley, para que la tipificación de este delito se ajuste a los parámetros y especificidades de la CIDFP y los lineamientos dados por la Corte IDH.

Debe resaltarse que el proyecto considera la desaparición forzada como un delito permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima, lo que es acorde al artículo III CIDFP. Así mismo, la pena para sancionar este delito sería de 25 a 35 años de prisión, lo que representa un incremento de los extremos actuales que van de 10 a 25 años de prisión. Aun así, cabe preguntarse si la nueva escala penal resulta proporcional para responder a la gravedad que caracteriza este crimen según el mismo artículo III CIDFP, máxime que en la legislación penal costarricense se contempla una pena de hasta 50 años de prisión en caso de que una persona muera como parte de un secuestro extorsivo (artículo 215 in fine CP).

Ahora bien, por un lado la regulación vigente del artículo 386 CP es propia de un tipo penal en blanco, con los inconvenientes analizados en el apartado 2.2; por el otro, la formulación propuesta en el inciso 8 no cumple con los estándares necesarios, por lo que este proyecto de ley, lejos de significar un avance importante para la protección de los derechos humanos, se proyecta como una iniciativa inconstitucional o que, en caso de ser aprobada, podría dar pie a la impunidad por hechos sumamente graves ante la imprecisión técnica de la conducta que se quiere reprimir.

Por lo anterior, es necesario que los diputados y diputadas de la Asamblea Legislativa revisen a profundidad este proyecto de ley, para que los delitos sean descritos de forma clara y precisa, con el propósito de que Costa Rica cumpla a cabalidad las obligaciones internacionales asumidas en esta materia y, además, cuente con una legislación interna que se oriente a la protección efectiva de los derechos humanos.

6.- Propuesta de *lege ferenda* y otras consideraciones relevantes.

Si bien existe el proyecto de ley N° 20.187 en la corriente legislativa, lo cierto es que todas las tipificaciones de los crímenes de *lesa* humanidad deben ser revisadas y mejoradas, al igual que en el caso de los delitos de genocidio, crimen de agresión y los crímenes de guerra.

No hay duda de que la desaparición forzada constituye uno de los actos definidos en los crímenes de *lesa* humanidad; sin embargo, es necesario que Costa Rica regule ese delito de manera autónoma, es decir, que no se ubique en el artículo 386 CP, sino que esté como una norma diferenciada en el título de los delitos contra los derechos humanos, con el fin de contar con una tipificación específica y clara que responda a la particular gravedad de estos actos. Debe recordarse, además, que en el SIDH existe la CIDFP, debido al impacto que han tenido estos actos en la región latinoamericana por muchas décadas, lo que reafirma, aún más, la necesidad de que exista una regulación penal específica en este caso.

Conforme a lo dicho, resulta oportuno recurrir al derecho comparado y, particularmente, a la regulación del delito de desaparición forzada de personas en Colombia, que se caracteriza por contener una descripción simple y clara de la conducta; además, conforme al criterio de la Corte Constitucional de ese país, el tipo penal busca la mayor protección posible para las víctimas de estas graves violaciones.

La norma propuesta para el caso de Costa Rica es la siguiente:

Desaparición Forzada de Personas

Quien someta a otra persona a privación de libertad, cualquiera que fuere su forma, seguida de la falta de información sobre su paradero para sustraerla del amparo de la ley, será sancionado con prisión de 20 a 35 años.

Si la conducta descrita en el párrafo anterior es realizada por una persona funcionaria pública o por un particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquella, la pena será de 25 a 40 años de prisión. A la persona funcionaria pública se le impondrá, además, la inhabilitación para el ejercicio de cargos y empleos públicos de diez a veinticinco años.

Circunstancias agravantes de la desaparición forzada de personas

En el caso del delito indicado en el artículo anterior, la pena será de 35 a 50 años de prisión:

- 1) Si se comete en una persona con discapacidad que le impida valerse por sí misma;
- 2) Si se comete en una persona menor de dieciocho años o mayor de sesenta y cinco años, o en una persona embarazada;
- 3) Si se comete por una persona funcionaria pública que ejerza autoridad o un puesto de jefatura;
- 4) Si se comete utilizando bienes del Estado;
- 5) Si se somete a la víctima a tratos crueles, inhumanos o degradantes durante el tiempo en que permanezca desaparecida;
- 6) Si a causa o con ocasión de la desaparición forzada le sobrevenga a la víctima lesiones físicas, psíquicas o la muerte;
- 7) Cuando se cometa cualquier acción sobre el cadáver de la víctima para evitar su identificación posterior.

A la persona funcionaria pública se le impondrá en estos casos, además, la inhabilitación para el ejercicio de cargos y empleos públicos de veinticinco a cuarenta años.

Como se indicó, esta es una mera propuesta de *lege ferenda* que pretende aportar algunos elementos para la correcta formulación del tipo penal de desaparición forzada de personas, que se ajuste a la legalidad internacional analizada y constituya un verdadero mecanismo de protección de los derechos humanos en Costa Rica.

Ahora bien, con el propósito de ampliar el ámbito de protección de los delitos contra los derechos humanos, es importante que el proyecto de ley N° 20.187 incorpore una modificación al artículo 7 CP, que regula la aplicación de la ley costarricense a hechos cometidos fuera del territorio nacional (delitos internacionales). Esta norma señala que, con independencia de las disposiciones

vigentes en el lugar de la comisión del hecho punible y la nacionalidad del autor, Costa Rica tiene competencia para sancionar una serie de delitos considerados internacionales, entre los que están mencionados, concretamente, los actos de genocidio; mas no los crímenes de *lesa* humanidad (desaparición forzada), los crímenes de guerra ni el crimen de agresión, que aún no está tipificado en el Código Penal.

En el mismo artículo 7 CP se indica que se penará a quienes cometan otros hechos punibles contra los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario, previstos en los tratados suscritos por Costa Rica. Aunque puede interpretarse que los delitos no mencionados estarían contenidos en esa regulación general, resulta pertinente la recomendación expuesta en el Informe Jurídico AL-DEST-IJU-328-2017⁴⁹ del proyecto de ley, para incluir expresamente en esta norma los tres crímenes restantes, con el propósito de asegurar que la legislación costarricense sea competente para juzgar y sancionar estas graves violaciones a los derechos humanos, con independencia del lugar donde sean cometidos.

7.- Algunas reflexiones finales.

Una conclusión categórica a la que puede arribarse de este trabajo es que Costa Rica tiene una deuda pendiente de tipificar, en forma debida, el delito de desaparición forzada; aunque, para ir más allá, es necesaria una revisión integral de los delitos contra los derechos humanos vigentes, conforme a los parámetros del control de convencionalidad.

Si bien existe el proyecto de ley N° 20.187 en la corriente legislativa, no solo se advierte inercia y falta de voluntad política para su impulso, sino que, además, la reforma propuesta presenta serias falencias e imprecisiones técnicas que deben ser corregidas, con el objeto de que las modificaciones penales se ajusten al Estatuto de Roma, a la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas y a los estándares definidos por la Corte IDH.

Algunos de esos estándares no están exentos de generar tensiones entre los Estados del SIDH, como la regulación probatoria más flexible y diferenciada que la Corte IDH considera necesaria para el juzgamiento del delito de desaparición forzada, en atención a las características particulares de este crimen. Este estándar

49 Asamblea Legislativa de Costa Rica. Departamento de Estudios, Referencias y Servicios Técnicos. Informe Jurídico AL-DEST-IJU-328-2017 del expediente N° 20.187, fechado 13 de octubre de 2017, p. 6-7.

parece contraponerse a la doctrina penal contemporánea como se alegó en el caso Castillo Páez Vs. Perú, por lo que es necesario un debate constructivo para encontrar un punto de encuentro entre la jurisprudencia de la Corte IDH y las legislaciones penales internas de los Estados.

La desaparición forzada de personas es una violación grave, múltiple, continua, autónoma y compleja de derechos humanos, que afecta seriamente a América Latina desde hace varias décadas. En el caso de Costa Rica, la regulación actual de este crimen, como ley penal en blanco, no constituye un mecanismo suficiente e idóneo para la protección de los derechos humanos.

Precisamente por su carácter autónomo, la desaparición forzada debe tipificarse en una norma diferenciada y no dentro de los crímenes de *lesa humanidad*, lo que así se plantea en la propuesta de *lege ferenda*, que toma como base la regulación del Código Penal de Colombia, debido a su claridad, precisión y amplio ámbito de protección.

Un aspecto importante a considerar es que las penas deben responder a la extrema gravedad de este delito, según el artículo III CIDFP y la jurisprudencia de la Corte IDH, por lo que en la formulación de *lege ferenda* se establecen sanciones proporcionales que responden a las características de esta grave violación de derechos humanos.

En materia del derecho internacional los propios Estados han consentido el carácter vinculante de las obligaciones que contraen, por lo que estos mismos se constituyen en agentes responsables del cumplimiento de los deberes involucrados. En tal sentido, hasta tanto Costa Rica no implemente en su ordenamiento jurídico interno una adecuada regulación de la desaparición forzada y los demás delitos contra los derechos humanos, existirán contradicciones con la legalidad internacional y, por lo tanto, la responsabilidad internacional del Estado estará seriamente comprometida.

Por tal razón, es necesario que los diputados y diputadas de la Asamblea Legislativa impulsen nuevamente el proyecto de ley N° 20.187, y se replantee la redacción de los delitos que se pretenden modificar, para que su tipificación responda a fórmulas claras y precisas, en observancia de la legalidad y los estándares internacionales en esta materia. Solo de este modo Costa Rica cumplirá a cabalidad las obligaciones internacionales contraídas y, en consecuencia, su legislación interna podrá contar con mecanismos que efectivamente estén orientados a la protección de los derechos humanos.

Bibliografía.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. *Proyecto de ley N° 20.187 “Modificación de la Ley N° 4573, Código Penal, para la implementación de los crímenes contemplados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, incluidas las Enmiendas de Kampala.”* Publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 107, alcance 127, el 7 de junio del 2017.

Asamblea Legislativa de Costa Rica, Informe Interdisciplinario del expediente N° 20.187, de fechado 5 de abril de 2018.

Asamblea Legislativa de Costa Rica, Departamento de Estudios, Referencias y Servicios Técnicos, Informe Jurídico AL-DEST-IJU-328-2017 del expediente N° 20.187, de fecha 13 de octubre de 2017.

Código Penal. (Ley N° 4573, 1970). San José, Costa Rica: IJSA.

Código Penal de Colombia. (Ley 599, 2000). Bogotá, Colombia. Recuperado de, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr005.html.

Código Penal de Guatemala. (Decreto N° 17-73, 1973). Guatemala. Recuperado de, http://ww2.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnálisisDocumentaciónJudicial/cds/CDs%20compilaciones/Compilacion%20Leyes%20Penales/expedientes/01_CodigoPenal.pdf.

Código Penal Federal. (1931). México. Recuperado de, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/235549/Co_digo_Penal_Federal_22_06_2017.pdf.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-317-02, 2 de mayo de 2002. Recuperado de, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-317-02.htm>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (s/f). *Cuadernillo de Jurisprudencia N°6: Desaparición Forzada*. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs Guatemala, 20 de noviembre de 2012. Recuperado de, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp1.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del caso Rodríguez Vega y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia, 14 de noviembre de 2014.

Creus, C. (1992). *Derecho penal, Parte general*, 3ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). OEA. Recuperado de, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994). Asamblea General de la OEA. Recuperado de, <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>.

Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión. (Resolución RC/Res.6, 2010). ONU. Recuperado de, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8015.pdf>.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998). ONU. Recuperado de, [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

Jiménez de Asúa, L. (2002). *Introducción al Derecho Penal*, Vol. 1. México: Editorial Jurídica Universitaria.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2015). *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*. San José, C.R.: IIDH.

Ley de Aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (Ley N° 8083, 2001). Costa Rica. Recuperado de, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=46014&nValor3=48536&strTipM=TC.

Ley de la Jurisdicción Constitucional. (Ley N° 7135, 1989). Costa Rica http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=TC.

Ley de Represión penal como castigo por los crímenes de guerra y de lesa humanidad. (Ley N° 8272, 2002). Costa Rica. Recuperado de, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_complet

o.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=48576&nValor3=51767¶m2=1&strTipM=TC&lResultado=2&strSim=simp.

Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas. (Nueva Ley DOF 17-11-2017). México. Recuperado de, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGMDFP_171117.pdf.

Ley N° 26.679, 2011. Argentina. Recuperado de, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/resaltaranexos/180000-184999/181888/norma.htm>.

Mir Puig, S. (1998). *Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición. Barcelona: TECFOTO S.L.

Polanco, M. (2007). *La desaparición forzada en Guatemala (necesidad de esclarecimiento e investigación)*. Ciudad de Guatemala: Grupo de Apoyo Mutuo – GAM-.

Procuraduría General de la República de Costa Rica, Opinión O.J. 015-2002, 26 de febrero de 2002.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto N° 10543-2001, 17 de octubre de 2001

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 4491-2013, 03 de abril de 2013.

Corrupción y Estado de Derecho: impacto en los derechos humanos

Mayrem Vargas Araya *

Resumen:

La corrupción es un fenómeno que ha crecido en la región, impactando en la confianza de la ciudadanía en sus líderes políticos y debilitado el Estado de Derecho. Esta situación ha tenido un efecto negativo en los sistemas democráticos, que, además, incumplen obligaciones internacionales en derechos humanos a causa de casos de corrupción y fallan en establecer medidas para evitar la impunidad de los mismos.

Palabras clave:

Corrupción. Derechos Humanos. Estado de Derecho.

Abstract:

Corruption is a phenomenon that has grown in the region, impacting the Rule of Law and citizen's trust in political leaders. This situation has a negative effect on democratic systems, which have failed complying international human Rights obligations due to corruption cases, and stablishing measures to avoid impunity in those cases.

Keywords:

Corruption. Human Rights. Rule of Law.

* Abogada por la Universidad Latinoamericana de la Ciencia y la Tecnología -ULACIT-. Máster en Derechos Humanos y Democracia por la Universidad Nacional de San Martín, Buenos Aires, Argentina. Cuenta además con un Diplomado en Derechos Humanos y Gobernanza por la Universidad Complutense de Madrid. Ha laborado alrededor de 8 años en temas relacionados a los Derechos Humanos en Organizaciones sin fines de lucro y actualmente se desempeña como profesional del Programa de Participación Ciudadana de CONAMAJ, Poder Judicial de Costa Rica.

SUMARIO: Introducción. Sección I. Aproximación teórica al fenómeno de la corrupción. Sección II. Obligación de respeto y garantía de los derechos humanos. Sección III. Impacto de la Corrupción en los Derechos Humanos. Conclusiones. Referencias Bibliográficas.

Introducción.

Hace poco más de 30 años, América Latina inició una recuperación de sus democracias, lo que Samuel Huntington categorizó posteriormente como una “*tercera ola democrática*” que vivía el mundo (1994). Recuperación que vino posterior a un gran declive que vivió la región entre los años 70s y 80s por la falta de legitimidad, la militarización, golpes de estado, crisis en el desarrollo económico, políticas de agentes externos, entre otros.

Sin embargo, esta tercera ola, donde los Estados se recuperaron y buscaron los mecanismos para fortalecer sus democracias, parece haber finalizado. Según afirma Nash, “*en años recientes, a partir de los procesos de construcción o consolidación democrática, surge la necesidad de explorar los elementos institucionales que impiden la construcción de democracias sólidamente fundadas en los derechos humanos. Uno de estos obstáculos es el fenómeno de la corrupción*”. (2019: P. 15).

En los múltiples ejemplos de corrupción, como sobornos, malversación de fondos, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, entre otros, la institucionalidad puede sufrir efectos perjudiciales, y por ende el sistema democrático, pues estas situaciones van generando desconfianza en la población, quienes cada vez se resisten más a votar en las elecciones, tal y como señala la Organización de Estados Americanos (OEA) en un estudio realizado en 2014:

La participación electoral en las elecciones presidenciales de América Central y de manera más extensa, en América Latina, tiene una tendencia descendente desde el retorno a la democracia. Por un lado, pesó un desencanto con la democracia que no pudo cumplir todas las expectativas, en especial la entrega de soluciones rápidas a problemas acumulados históricamente. Incluso, algunos gobernantes fallaron a los principios elementales de la democracia. Por otro lado, las dificultades económicas de la década de 1980 y la aplicación de medidas de ajuste estructural implicaron el desarme de algunas

funciones protectoras del Estado que beneficiaban a sectores populares o clases medias. (2014: P. 20).

La aplicación de políticas públicas que benefician a unas clases y desprotegen a otras, las promesas de gobernantes incumplidas a las clases medias o bajas, la malversación de fondos públicos que debían ser utilizados en programas de asistencia social, entre otros muchos casos, evidencian cómo la corrupción ha impactado negativamente en los derechos humanos y ha provocado desconfianza en la ciudadanía, llevando a bajos niveles de participación electoral.

Esta situación claramente debilita el sistema democrático y es por ello que el análisis de la corrupción debe llevarse a cabo con enfoque en derechos humanos, pues, aunque no en todos los casos se pueden identificar víctimas directas que vean afectado el acceso y garantía a sus derechos, un sistema democrático debilitado, difícilmente va a responder a las obligaciones en derechos humanos, afectando el goce y ejercicio de derechos. Por ello, es necesario comprender el impacto que la corrupción puede tener en los derechos humanos.

En este sentido, el siguiente escrito tiene por objetivo conocer la relación entre corrupción y Estado de Derecho y cómo esto afecta en los derechos humanos.

Sección I. Aproximación teórica al fenómeno de la corrupción.

La corrupción puede entenderse como un abuso en el ejercicio del poder que le ha sido delegado a una autoridad pública en un sistema democrático, para obtener beneficios privados. Ernesto Garzón (1997) la define como *“la intención de obtener un beneficio irregular, no permitido por las instituciones. Este beneficio puede ser económico, político, social, e incluso sexual”*. (P. 41).

Por su parte, Astudillo Muñoz define la corrupción como *“toda violación y/o acto desviado, de cualquier naturaleza, con fines económicos o no, ocasionada por la acción u omisión de los deberes institucionales, de quien debía procurar la realización de los fines de la administración pública y que en su lugar los impide, retarda o dificulta”*. (2015: P. 13).

Otros autores como Pedersen y Johanssen (2006) explican que la corrupción puede presentarse en dos modalidades: grande y pequeña. La primera se manifiesta con acciones que pueden modificar decisiones políticas, leyes y regulaciones para beneficiar a políticos, servidores públicos y actores privados; se relaciona con la captura política del Estado, campañas electorales y partidos políticos. La pequeña

corrupción, en cambio, se produce al implementar o ejecutar decisiones políticas. Se vincula generalmente con negligencia administrativa. (P. 311).

Las modalidades en que se exterioriza este fenómeno son múltiples, Nash (2019) señala que puede ser un acto aislado de abuso de la función de poder en beneficio privado (propio o de terceros) y también una forma más compleja o estructural, como una práctica que define el funcionamiento de ciertas instituciones y que opera a través de redes de poder (lícito e ilícito), cuya principal función es proteger y mantener en la impunidad la corrupción funcional a su grupo. El elemento común es que se usa una posición de poder dentro del diseño institucional relevante para obtener beneficios ilegítimos. (P. 15).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) explica al respecto, en su informe temático sobre corrupción y derechos humanos, que lo que caracteriza a los actos de corrupción es que se produce alguna forma de abuso o desviación de poder. La corrupción, en consecuencia, está asociada directamente con situaciones de poder.

La CIDH estima que, para efectos de determinar el impacto de la corrupción en una sociedad democrática, la característica esencial del fenómeno se constituye por la situación de poder delegado en una autoridad pública. Si bien existen distintas fuentes de poder, tales como privados, corporativos, económicos; estas son relevantes en la medida que se vinculen con el interés público, esto es, que trasciendan de la esfera privada. (2019: Párr. 6).

Con base a lo anterior, se puede concluir que la corrupción se relaciona con un ejercicio del poder que tiene como fin una mala gestión pública a propósito y con el objetivo único de obtener beneficios propios. Esta gestión puede vincularse con la creación o implementación de marcos normativos, la opacidad en la ejecución presupuestaria, procedimientos de contratación administrativa difusos, nombramiento de personal de acuerdo a intereses políticos o económicos, financiamiento de campañas políticas, entre otros.

La CIDH en su Resolución 1-18 (2018) destaca que los actos de corrupción se desarrollan a través de distintas modalidades criminales que capturan las entidades estatales, a través de distintos esquemas criminales, como:

a) al adoptar decisiones gubernamentales de manera irregular, tales como contratos u obras públicas, nombramientos o ascensos, leyes o exoneraciones tributarias, afectando los principios de igualdad, transparencia, debido proceso e imparcialidad; b) al valorar los

contratos u obras públicas de manera desviada, favoreciendo el interés privado por sobre el público, afectando los recursos con que cuenta el Estado; c) al requerir los funcionarios públicos prebendas indebidas a cambio de servicios públicos; d) al influir indebidamente en los procesos electorales mediante el financiamiento ilícito de campañas electorales y candidaturas. (Párr. 3).

Este fenómeno representa un desequilibrio en el ejercicio de poder económico y político gubernamental, permeando directamente en la confianza de la ciudadanía hacia el sistema democrático. El desplazamiento del interés público por el beneficio personal es lo que caracteriza a la corrupción como una forma específica de pérdida de confianza que la ciudadanía depositó a sus gobernantes mediante la delegación de poder. Esto impacta en la institucionalidad y por ende en el Estado de Derecho.

El Banco Interamericano de Desarrollo señaló en su informe sobre anticorrupción, transparencia e integridad para América Latina y el Caribe (2018) que cada año, la ineficiencia en el gasto de los Gobiernos de América Latina y el Caribe genera un despilfarro total de 220.000 millones de dólares, el equivalente a un 4,4% del PIB, cifra que, según esta entidad, si fuera bien invertida sería suficiente para acabar con la pobreza extrema en la región.

Si bien es cierto, no se explica si esa ineficiencia en el gasto público está vinculada directamente con actos específicos de corrupción, sí se evidencia que el mal manejo en las finanzas públicas se relaciona con un ejercicio del poder que genera una mala gestión pública y repercute en la capacidad del Estado para responder a las necesidades de algunas poblaciones.

Asimismo, según un estudio del Fondo Monetario Internacional (FMI), se demuestra que los países menos corruptos recaudan en promedio un 4% más del PBI que aquellos países con altos índices de corrupción (2018: P. 38). Unido a esto, se observa que, según datos de Transparencia Internacional la región de Latinoamérica presenta para el informe de 2018 unos resultados similares a la región Asia Pacífico, siendo de las zonas con más alto Índice de Percepción de la Corrupción. (2018).

El índice de percepción de la corrupción, si bien es cierto es solo un indicador y no mide expresamente los índices de corrupción, se calcula mediante encuestas realizadas por personas expertas a la población y sociedad civil, donde se busca medir la percepción que tiene la ciudadanía sobre la corrupción en el sector público en aspectos como sobornos, desvío de fondos públicos, nepotismo en la función

pública, captura del Estado, experiencias personales de corrupción, fraude fiscal, entre otros.

Los resultados de 2018 demuestran que la ciudadanía tiene una alta percepción de la corrupción, lo que refleja desconfianza hacia sus líderes políticos y la forma en que estos gobiernan, lo que puede generar un impacto en la institucionalidad democrática.

Al respecto, el Consejo de Derechos Humanos (2017) señaló que la desconfianza de la población en sus gobiernos y el debilitamiento de sus instituciones, son una gran limitación a la capacidad de los gobiernos para cumplir todas sus obligaciones en materia de derechos humanos y lograr, hasta el máximo de los recursos disponibles, los Objetivos de Desarrollo Sostenible. (P. 23).

Sección II. Obligación de respeto y garantía de los derechos humanos.

El artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) indica que, *“Los Estados partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”*. (1969).

Este artículo es fundamental para determinar si una violación de derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado, pues establece la obligación de los Estados a respetar y garantizar los derechos que están en la CADH.

De este modo, se puede deducir que un ilícito internacional en materia de derechos humanos es atribuible a un Estado, en primer lugar, si hubo un incumplimiento de la obligación de respetar los derechos que se encuentran en la CADH. En este mismo sentido, el Comité DESC, en su Observación General 24, ha señalado que la obligación de respetar *“se vulnera cuando los Estados partes dan prioridad a los intereses de las empresas en detrimento de los derechos del Pacto sin la debida justificación o cuando aplican políticas que afectan negativamente a esos derechos”*. (2017: Párr. 12).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha señalado en múltiples ocasiones (Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador, Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela, entre otros) la obligación de los Estados Parte de la CADH de respetar los derechos y libertades ahí contenidos, y además garantizar su libre y pleno ejercicio a toda

persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna, lo que obliga a que los Estados actúen y utilicen sus recursos para lograr la plena efectividad de los derechos y libertades.

Asimismo, los Estados tienen además la obligación de garantizar derechos. Esta obligación consiste en un conjunto de medidas que debe adoptar el Estado para permitir el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos, tal como lo indica el artículo 2 de la CADH. Al respecto, la Corte IDH en el caso *García Ibarra y otros vs Ecuador*, señaló que los Estados, además de respetar los derechos compelidos en la Convención, deben adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos, conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas. (2015: Párr. 96).

En este mismo sentido, la CIDH ha reiterado que la segunda obligación general de los Estados Parte es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. (2018: P. 4). Como parte de este deber de actuar con debida diligencia, los Estados tienen la obligación jurídica de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, y de sancionar las violaciones de derechos humanos mediante mecanismos judiciales eficientes.

El incumplimiento de este deber de garantía también puede configurar un ilícito internacional que, si es atribuible al Estado, genera responsabilidad internacional y surge en consecuencia el deber de reparar los daños ocasionados, de acuerdo al artículo 2 de la CADH, que dice expresamente lo siguiente:

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En este mismo sentido, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el artículo 26 de la CADH, señalan que los Estados parte deben adoptar medidas, tanto a nivel interno como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por

todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Estos últimos son aquellos derechos que posibilitan un nivel de vida adecuado para las personas dentro de un concepto de dignidad humana. Se trata de derechos tan básicos e inherentes a la persona humana como la alimentación, seguridad social, salud física y mental, vivienda, trabajo, sindicalización, educación, medio ambiente sano y agua, tal y como lo señala el PIDESC. (1969).

La Corte IDH además ha señalado, en la sentencia del Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, que los Estados tienen la obligación de garantizar una vida digna a todas las personas, no solo respetar el derecho a la vida, sino garantizar medidas para que esta vida sea llevada en condiciones de dignidad, con el respeto y garantía a todos los demás derechos humanos.

Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria. (2005: Párr. 161).

Asimismo, la Corte IDH en la sentencia Acevedo Buendía vs Perú, señala que los Estados, frente a los derechos económicos, sociales y culturales, tienen una obligación de hacer, para que estos sean efectivos:

Es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos. (2009: Párr. 69).

En resumen, los Estados tienen obligación de respeto y garantía de los derechos humanos al suscribir tratados internacionales, esta obligación implica

crear las condiciones adecuadas para que todas las personas tengan acceso a los mismos derechos, y cualquier falta a esto los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional.

Para lograr este respeto y garantía a los derechos humanos, los Estados deben dirigir sus políticas públicas y gobernanza hacia los derechos humanos, tal y como indica la CIDH (2019), al manifestar que los Estados deben:

Incorporar los derechos humanos como el eje central de todo proceso de diseño, implementación, monitoreo y evaluación de sus políticas públicas. Así, a través del fortalecimiento de las institucionalidades estatales y del impulso de políticas públicas con enfoque de derechos humanos es posible avanzar en una agenda de prevención y de transformación social para la no repetición de violaciones de dichos derechos. (Párr. 6).

Es decir, buena gestión de Estado o buena gobernanza, debe verse reforzada por los derechos humanos, ya que estos proporcionan un conjunto de valores y principios para guiar el trabajo de los gobiernos y otros actores públicos, como por ejemplo el principio de igualdad y no discriminación, universalidad, acceso a la justicia, rendición de cuentas, transparencia, transversalidad, e intersectorialidad. (CIDH, 2019: Párr. 4).

Los derechos humanos proporcionan un conjunto de estándares para llevar a cabo un adecuado desempeño en el Estado, y a su vez el derecho internacional establece una serie de obligaciones para los Estados para los derechos humanos sean cumplidos, tal y como explica la Convención de Viena sobre los Tratados (1969), al indicar que los tratados internacionales se acogen al principio *Pacta Sunt Servanda*, es decir de cumplimiento obligatorio para los Estados, al menos que se establezca lo contrario. Por ello, el incumplimiento de los Estados en el respeto y garantía a derechos humanos establecidos en los tratados internacionales, puede devenir en el establecimiento de responsabilidad internacional para los Estados.

Sección III. Impacto de la Corrupción en los Derechos Humanos.

El vínculo entre corrupción y derechos humanos se puede evidenciar de distintas maneras, pues como ya se vio previamente, el fenómeno de la corrupción se presenta en muchas formas y desde distintas aristas. No obstante, en las siguientes líneas, se buscará demostrar tres dimensiones concretas que evidencien este vínculo:

- a) Nexo causal entre un hecho de corrupción y la responsabilidad internacional de un Estado por obligación de respeto y garantía a derechos humanos;
- b) Impunidad a hechos de corrupción
- c) Cooptación del Estado y debilidad democrática para cumplir con obligaciones internacionales en derechos humanos.

Claudio Nash (2019) explica que el vínculo entre corrupción y derechos humanos *“puede identificarse directamente cuando estas prácticas corruptas generan una responsabilidad internacional al Estado”* (P.27). Es decir, que la acción u omisión ilícita cuya fuente es un acto de corrupción, ocasionada por cualquier órgano estatal o persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder, haya ocasionado la violación directa a derechos humanos, y por ende se deba establecer responsabilidad internacional al Estado.

Para establecer un vínculo sustantivo entre un hecho o situación de corrupción y una violación de derechos humanos es necesario que el acto de corrupción tenga la capacidad de generar una infracción a las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos (fuente de la violación de tales derechos); además, si dicho acto ilícito atribuible al Estado ha generado un daño, debe establecerse su nexo causal previsible y necesario con el perjuicio provocado a las víctimas; y, finalmente, las medidas de reparación deben estar lógicamente vinculadas con el ilícito y el daño provocado a las víctimas. (Nash, 2019: P. 28).

Al respecto, la CIDH (2019) en su informe sobre esta temática, explica que se puede configurar una violación a derechos humanos *“cuando se incumplen obligaciones del Estado directamente en materia de derechos humanos por actos de corrupción, y con ello generar una responsabilidad internacional”*. (P.4). Es decir, cuando un acto o situación de corrupción constituye o motiva un incumplimiento a una obligación internacional y dicho ilícito es atribuible al Estado. De conformidad con los principios del derecho internacional de los derechos humanos, el Estado tiene la obligación de reparar a las víctimas por las violaciones de derechos humanos cometidas en su perjuicio.

La Corte IDH, ha señalado que, para establecer la responsabilidad internacional al haberse producido una violación a los derechos, no se requiere determinar la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a quienes se atribuyen los hechos violatorios. *“Resulta suficiente demostrar que se han verificado acciones u omisiones*

que hayan permitido la perpetración de esas violaciones o que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida". (Corte IDH, 2015: Párr. 145).

El Estado tiene obligación de garantizar derechos humanos utilizando hasta el máximo de sus recursos disponibles, pero cuando hay casos de corrupción donde se "*pierde*" gran cantidad de esos recursos, impidiendo solventar situaciones que vulneran derechos humanos, e incluso poniendo en riesgo derechos humanos de personas, se puede producir una responsabilidad internacional para ese Estado, y es justamente ahí donde se puede encontrar uno de los vínculos entre la corrupción y los derechos humanos.

Un ejemplo claro de este aspecto, lo denunció la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), el cual es un órgano de Naciones Unidas instaurado específicamente en Guatemala para investigar y denunciar hechos de corrupción. En 2015 expuso unas licitaciones ilícitas y fraudulentas entre el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) y una empresa privada que brindaba servicios de diálisis sin ninguna experiencia ni conocimiento sobre este tratamiento, lo que devino en el detrimento en la salud e incluso la muerte de 51 pacientes. El Tribunal dijo que no se comprobó que Pisa (la empresa contratada) tuviera licencia sanitaria para dar servicios de diálisis peritoneal y que no estaba preparada para atender a los 530 enfermos renales afiliados al IGSS. (García, 2019: Párr. 3).

Otro caso que puede mencionarse en este punto, sucedió en Colombia, donde contrataciones administrativas irregulares pusieron en riesgo el Programa de Alimentación Escolar. Según acusó la fiscalía en la investigación que realizó (2018), a los niños y niñas les llegaba comida descompuesta, además los contratos no se ejecutaron completamente, ya sea porque no se entregaba la totalidad de los paquetes alimentarios o se sustituían por productos de menor calidad que no cumplían con los requisitos nutricionales. Además, hay irregularidades en las facturaciones, pues tal y como señala la Fiscalía, los tamales eran facturados por empresas de grúas; y las pechugas vendidas por una ferretería. De acuerdo con las cuentas de la Contraloría General, por el saqueo al programa hay 154 procesos de responsabilidad fiscal, los cuales suman pérdidas por 84.000 millones de pesos colombianos (\$242.213 dólares americanos aproximadamente).

En este tipo de casos, se evidencia que el actuar estatal en una contratación administrativa, donde mediaron hechos de corrupción e intereses personales, tuvo un impacto directo en los derechos humanos de muchas personas. Estas no recibieron el tratamiento de salud adecuado e incluso algunos perdieron la vida; o se puso en riesgo la seguridad alimentaria de niños y niñas, como en el segundo caso.

Situaciones que pueden implicar una responsabilidad internacional al Estado, al haber puesto en riesgo y no haber garantizado el acceso a derechos como la salud, la vida y la alimentación de sus habitantes de una manera integral y adecuada.

La segunda dimensión donde se puede vincular la corrupción con la violación a derechos humanos, según Claudio Nash, es la atribución de responsabilidad por actos de corrupción. (2019: P. 31). Es decir, los Estados no solo deben evitar cometer estos actos de corrupción que atentan contra los derechos humanos, sino establecer medidas que permitan que estos hechos se investiguen y sancionen. Es decir, el Estado no cuenta con marcos jurídicos que eviten o sancionen los actos de corrupción, o bien, las garantías judiciales son insuficientes y poco diligentes al investigar y sancionar estos hechos.

Los Estados tienen el deber de adoptar las medidas eficaces destinadas a investigar y sancionar los actos de corrupción de agentes estatales y no estatales. Por ello, deben tomar las medidas legislativas o de otro carácter para prohibir los actos de corrupción, establecer sanciones proporcionales y, sobre todo, para adecuar los sistemas de control y sanción para que dichos órganos y organismos estatales puedan investigar eficazmente los casos de corrupción, particularmente los más graves. (...) De ese modo, establecer la verdad de estos hechos, sancionar y ejecutar las mismas, y recuperar los frutos ilícitos obtenidos mediante corrupción. Cuando no se toman estas medidas se va configurando un contexto de impunidad que fomenta la repetición de los ilícitos. (Nash, 2019: P. 31).

En el caso *Ramírez Escobar y otros vs Guatemala*, la Corte IDH estableció explícitamente un vínculo entre corrupción y el impacto negativo en los derechos humanos, específicamente de los niños y las niñas adoptados ilegalmente. Este caso llegó a la Corte precisamente por la violación a las garantías judiciales en la investigación y sanción a las personas responsables.

La Corte recuerda que los Estados deben adoptar las medidas para prevenir, sancionar y erradicar eficaz y eficientemente la corrupción. No obstante, como se mencionó previamente, el sistema de protección de la niñez y los mecanismos de adopción vigentes en Guatemala en la época de los hechos, lejos de cumplir estas obligaciones, proporcionaron espacios para que tuviera lugar y permitieron la formación y mantenimiento de las redes de adopciones ilegales en Guatemala. El presente caso podría reflejar una materialización de este contexto. La Corte destaca que las

adopciones internacionales se dieron dentro de un marco de corrupción, en el que un conjunto de actores e instituciones públicos y privados operaban bajo el manto de la protección del interés superior del niño, pero con el real propósito de obtener su propio enriquecimiento. En este sentido, la maquinaria que se montó y toleró alrededor de las adopciones ilegales, la cual afectaba de manera particular a sectores pobres, tuvo un fuerte impacto negativo en el disfrute de los derechos humanos de los niños y sus padres biológicos. (2018: Párr. 313).

El vínculo entre corrupción y derechos humanos se visibiliza entonces en aquellos casos en que el incumplimiento de una obligación internacional tiene como fuente directa un acto o situación de corrupción. Esta situación genera daños que a su vez generan una responsabilidad internacional.

Asimismo, hay un vínculo entre derechos humanos y corrupción, como ya se vio, cuando no se establecen mecanismos judiciales para investigar y sancionar estos hechos de corrupción donde se vieron afectados derechos humanos de personas. Las garantías judiciales fallan y el acceso a la justicia no es eficiente, lo que se convierte en una nueva vulneración a derechos humanos.

Una tercera dimensión de este vínculo lo explica la CIDH (2018), con respecto a aquellos casos de cooptación del Estado y desviación institucional. Es decir, las dictaduras y gobiernos que devienen en autoritarios, aunque tengan un origen democrático, que se caracterizan por la concentración ilegítima de poder estatal, amplios espacios de discrecionalidad, ausencia de mecanismos institucionales y sociales de control, garantía generalizada de impunidad y una normalización de la ilegalidad, lo que lleva además a analizar el vínculo con el Estado de Derecho.

Esta tercera dimensión, asimismo podría verse de manera transversal con las otras dos dimensiones antes mencionadas, pues las violaciones graves a derechos humanos y los actos de corrupción de una u otra forma, evidencian lo debilitado que puede estar el Estado de Derecho y la democracia.

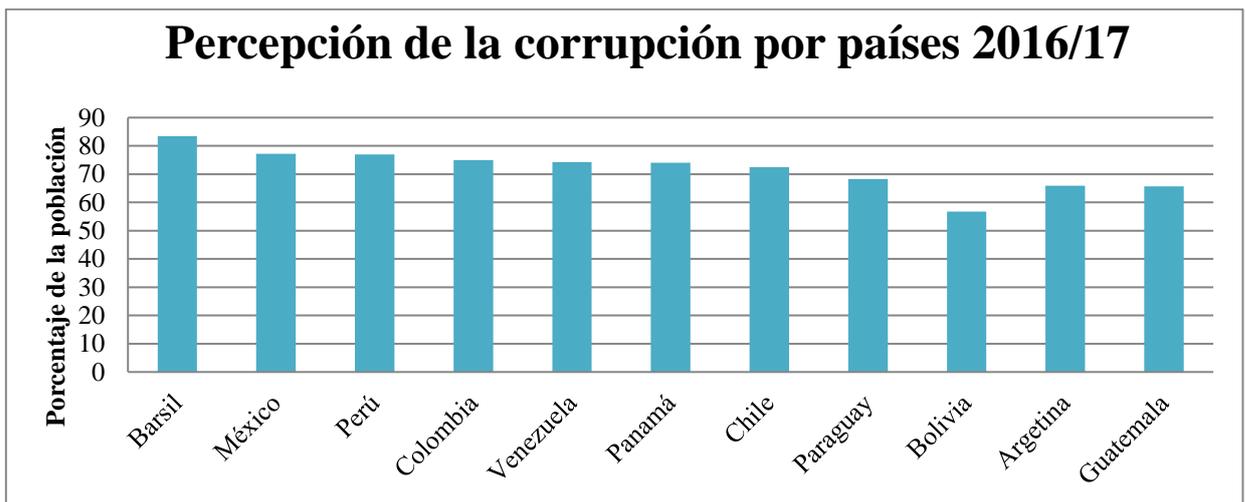
Es claro que los contextos de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos están íntimamente unidos con condiciones que propician la corrupción, en un entramado que se retroalimenta. Tanto los actos individuales de corrupción, como los actos sistémicos conviven y dan cuenta de formas diversas de afectaciones de derechos mediante corrupción, como malversación de fondos, impunidad, traspaso de empresas públicas a grupos cercanos al poder

político, violencia, represión estatal frente al control ciudadano y de la prensa, siendo estas prácticas comunes en los sistemas autoritarios. (CIDH, 2018: P.4).

Al respecto, según indica Transparencia Internacional (2018), citando al FMI, existe considerable evidencia y amplio consenso en cuanto a que la corrupción y la falta de transparencia afectan negativamente el normal funcionamiento del Estado y debilitan la confianza en las instituciones públicas, lo que a su vez tiene un impacto en los derechos humanos.

Según datos del informe de LAPOP 2016/17, la percepción de la corrupción por parte de la ciudadanía en los países latinoamericanos, refleja al mismo tiempo la desconfianza hacia el sistema político, pues frente a la afirmación “*más de la mitad o todos los políticos son corruptos*”, más del 50% de las personas encuestadas manifestaron estar de acuerdo con esta máxima, tal y como se evidencia en el siguiente gráfico. (2018: P. 9).

Gráfico 1



Fuente: Elaboración propia, a partir de datos de informe de LAPOP (2018: P. 9).

Asimismo, para 2018, el Índice de Percepción de la Corrupción, que incluye el 67% de los 183 países analizados, otorga 70 puntos a Uruguay (puesto 23) y 67 a Chile (puesto 27) sobre un máximo de cien, contra los 18 y 25 de Venezuela (168) y Nicaragua (152). Es decir, la población percibe a Venezuela y Nicaragua como dos países altamente corruptos. (2019: P. 10).

Lo interesante acá, es que precisamente son estos dos últimos países de la región que han sido seriamente cuestionados por el deterioro en su institucionalidad, división de poderes, derechos humanos y en sí todo su sistema democrático. Ambos países han sido altamente interrogados por órganos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por el progresivo deterioro en su institucionalidad y derechos humanos.

La CIDH, en su informe de Labores 2018 manifestó su preocupación por el progresivo debilitamiento de la institucionalidad democrática en Nicaragua, sobre la concentración de poder por parte del Poder Ejecutivo, los casos de represión y la adopción de medidas y decretos que restringen derechos.

Con respecto a Venezuela, señaló con preocupación la violación al principio democrático de separación de poderes y el deterioro a los derechos políticos. (2019).

Estas situaciones se reflejan también en informes de organizaciones internacionales como Human Rights Watch, quien respecto a Venezuela afirmó lo siguiente:

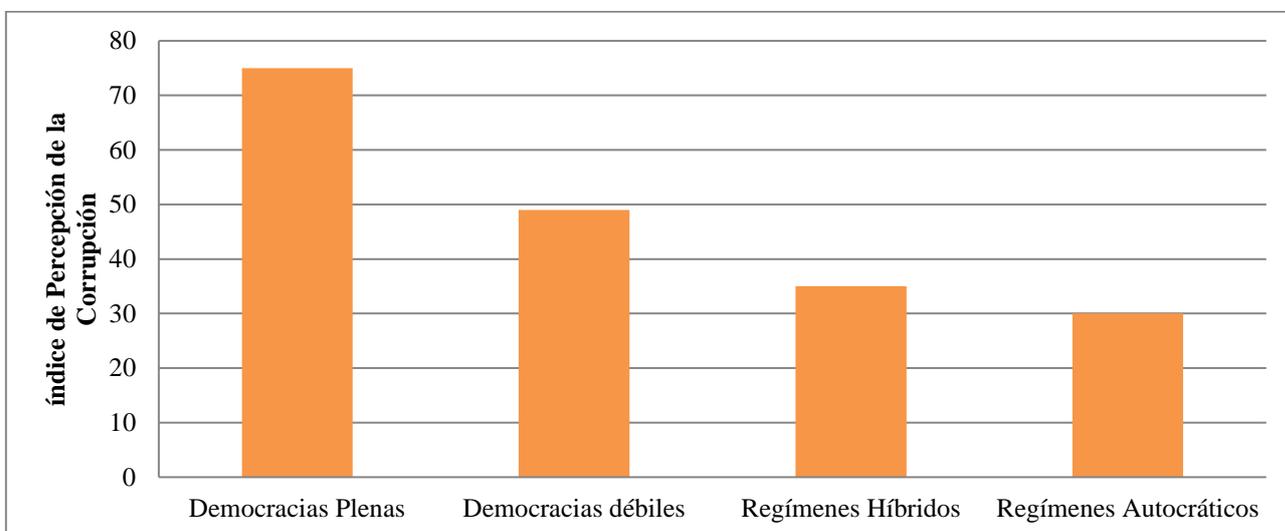
La acumulación de poder en el Ejecutivo que comenzó durante la presidencia de Hugo Chávez ha permitido que las autoridades venezolanas intimiden, censuren y castiguen a sus críticos. Una brutal arremetida contra opositores que se intensificó a partir de 2014 incluyó procesos penales arbitrarios contra opositores políticos, decenas de muertes, miles de arrestos y abusos contra detenidos que en algunos casos constituyen tortura. Venezuela atraviesa una emergencia humanitaria sin precedentes con grave escasez de medicamentos y alimentos a la cual las autoridades venezolanas no ha respondido adecuadamente. (2019: Párr. 23).

Con base en lo anterior, se puede entonces asumir que en un Estado mientras más débil sea su institucionalidad, más fiable es para los hechos de corrupción y menos respetuosos de los derechos humanos de su población. Existe un vínculo evidente entonces entre Estado de Derecho- Democracia- Corrupción y Derechos Humanos, elementos que se interrelacionan entre sí.

Para la Organización Transparencia Internacional, el análisis cruzado entre el Índice de Percepción de la Corrupción con datos relativos a la democracia, desvela una relación directa entre la corrupción y la salud democrática. Mientras más alta sea la percepción de la corrupción por parte de la ciudadanía, lo que les da

una menor nota en el índice, más débil es la institucionalidad y sistema democrático este Estado, tal y como se evidenciará en el siguiente gráfico:

Gráfico 2



Fuente: Elaboración propia, a partir de datos del índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional (2018).

La corrupción deviene en un deterioro en toda la institucionalidad pública, pues las democracias más estables, son las que tienen mejor evaluada la percepción de la corrupción, contrario a aquellos Estados con democracias más débiles o que ni tan siquiera viven en democracia, cuya percepción de la corrupción está evaluada por debajo de la media.

Aquellos países definidos como “*Democracias plenas*” tienen una mayor percepción de que el sistema es transparente, por lo que la medida establecida tiende a 100. En el otro extremo vemos los “*Regímenes Autocráticos*” en los cuáles sus ciudadanos tienen los niveles más bajo en cuanto a la percepción de la corrupción. De forma intuitiva esto se debe a la nula independencia y libertad de los medios de prensa, la nula o escasa rendición de cuentas de parte de los gobernantes y ausentes mecanismos de contralor ciudadano en las cuestiones políticas.

Los derechos humanos son entonces un elemento esencial de la democracia, que mediante el Estado de Derecho organiza el poder público y legitima el poder. Por esta razón, Dworkin (2003) decía que, “*las formas de afectación de los derechos*

humanos, la democracia y el Estado de derecho son cuestiones de relevancia moral y jurídica en el marco de la ética política democrática. Es por ello que se puede establecer una conexión evidente del ideal democrático con la corrupción". (P. 78).

A modo de conclusión entonces, se puede deducir que la ausencia de políticas efectivas y la deficiente implementación, aplicación y cumplimiento de medidas anticorrupción, constituyen un desequilibrio en el Estado de Derecho, ya que puede representar una falta al deber de proteger y garantizar derechos humanos, así como lograr progresivamente los derechos económicos, sociales y culturales, tal y como lo establecen los tratados internacionales y las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos.

El Comité Asesor de Naciones Unidas ha relevado los impactos que tiene la corrupción para la sociedad en su conjunto, poniendo énfasis, precisamente, en el tema de los recursos para la satisfacción de derechos humanos.

La corrupción puede afectar a toda la sociedad (consecuencias negativas generales). Esto significa que, además de los efectos de la corrupción en personas o grupos, esta también repercute negativamente en toda la sociedad (...). Las prácticas corruptas desvían fondos del desarrollo y suponen, por consiguiente, una reasignación de recursos que puede interferir con el efectivo respeto de los derechos humanos, en especial de las personas vulneradas. La corrupción reduce los recursos disponibles para la progresiva realización de los derechos económicos, sociales y culturales (y, por ende, socava el cumplimiento de las obligaciones estatales en virtud del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). (2015: Párr. 20).

Para finalizar, a modo de reflexión, se hace necesario mencionar que sin una buena gobernanza o en un Estado cuya institucionalidad es débil, donde no existe un entorno propicio para marcos e instituciones legales apropiadas, así como procesos políticos y administrativos deficientes, además con desconfianza por parte de la población, con incurrencias en casos de corrupción y que no buscan responder a las necesidades de la ciudadanía, no representa un espacio democrático donde los derechos humanos se pueden respetar ni garantizar, por lo que las violaciones a derechos humanos serán recurrentes.

Conclusiones.

El Estado de Derecho es un principio de gobierno, donde todas las personas, instituciones, y el propio estado, están sometidas al marco normativo que se promulga públicamente y a las normas internacionales de derechos humanos, haciéndolas cumplir por igual y aplicándolas con independencia. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal.

Es decir, el Estado de Derecho es aquel que se somete a un régimen jurídico y político para que el poder del gobierno sea limitado y organizado, y las personas dentro de ese territorio vivan en armonía e igualdad, cumpliendo las normas y derechos que, de manera democrática en el ejercicio de la soberanía, establecieron para lograr una democracia equilibrada y estable.

Se deduce entonces que los conceptos democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos, convergen y se complementan entre sí, con el fin de delimitar el poder público, buscar su equilibrio y establecer condiciones adecuadas para el desarrollo de las personas, grupos en condiciones de igualdad y respeto a sus derechos y libertades fundamentales. Es decir, no se puede hablar de un Estado de Derecho si no hay un marco que permita el respeto y garantía a los derechos humanos, y esto solo se logra con el ejercicio de una democracia sana y estable.

Sin embargo, diferentes situaciones políticas y económicas que se han dado en la región, han puesto en duda la estabilidad del Estado de Derecho de muchos países de la región. Esto aunado al fenómeno de la corrupción, entendido como un esquema criminal utilizado por instituciones públicas y personas funcionarias públicas para obtener beneficios propios, ha impactado directamente en el acceso, goce y disfrute de derechos humanos de muchas personas, como vivienda, educación, salud, seguridad, desarrollo e infraestructura, entre otros.

Este impacto se hace evidente entonces en tres dimensiones, cuando la corrupción debilita la institucionalidad debido a la cooptación del Estado y la desconfianza generada en la ciudadanía hacia el sistema democrático; cuando se puede establecer una responsabilidad internacional del Estado por incumplir a sus obligaciones en derechos humanos a causa de casos de corrupción; y cuando no define las medidas efectivas para evitar la impunidad en casos de corrupción donde se han visto afectados derechos humanos.

Por esta razón, es una necesidad que la gestión pública cambie y evolucione hacia nuevos paradigmas, de una democracia meramente representativa a una

gobernanza más participativa, que comparta su poder soberano con la ciudadanía, donde se construya un Estado más abierto al diálogo, más transparente, con visión estratégica y soluciones creativas e innovadoras. El desafío de los gobiernos es co-crear su legitimidad en el ejercicio de la democracia.

Esto significa que todas las decisiones que afectan a todas las personas sean tomadas en consenso, como distintivo de un sistema de organización que garantice los derechos civiles, políticos y sociales y fortalezca la institucionalidad. Donde la ciudadanía pueda fiscalizar más de cerca el actuar de las instituciones y tengan conocimiento y participación más activa en las decisiones que se tomen y en la gestión pública.

Los Estados deben dar un paso hacia la construcción de una institucionalidad más accesible a la ciudadanía y con herramientas necesarias para que la gestión pública enfrente los retos del siglo XXI y agregue un valor público a la prestación de servicios.

Se deben promover acciones para la construcción de Estados más participativos y transparentes, donde se escuchen las necesidades de las personas y se responda a ellas de manera más efectiva. La ciudadanía debe tener una voz, y espacios para conocer el funcionamiento y organización del quehacer público, para fiscalizar el actuar de la misma de acuerdo a los parámetros constitucionales. Así como exigir el acceso a la información pública, la rendición de cuentas y que se cumplan los estándares normativos.

Esto fortalecerá la división de poderes, promoverá la paz social, el diálogo, la articulación interinstitucional, y el acceso efectivo a los servicios públicos, logrando como consecuencia, el fortalecimiento del Estado de Derecho, el sistema democrático y revalorizando el sentido de lo público.

Referencias Bibliográficas.

Asamblea General de Estados Americanos (2001). *Carta Democrática Interamericana*. Lima, Perú: Organización de Estados Americanos. D-014/16

Astudillo, J (2015). "Reflexiones sobre la corrupción, la democracia y la transparencia en el ejercicio de las funciones públicas". *Revista Corrupción y*

delincuencia económica: prevención, represión y recuperación de activos.
ISBN: 978-84-16324-05-7

Carrión, J; Zárate, P (2018). *Estudio comparado sobre democracia y gobernabilidad*. LAPOP. Recuperado de: https://www.vanderbilt.edu/lapop/peru/AB2016-17_Peru_Resumen_Ejecutivo_Final_W_031918.pdf.

Comité de Derechos Humanos (junio, 2017). *Resolución 35/25: Las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*. Asamblea General de Naciones Unidas. A/HRC/RES/35/25

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fondo, reparaciones y costas: Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. (Serie C) No. 125. (17 de junio, 2005).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fondo, reparaciones y costas: Caso Acevedo Buendía vs Perú. (Serie C) No. 198. (01 de julio, 2009).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fondo, reparaciones y costas: Ramírez Escobar y otros vs Guatemala. (Serie C) No. 351. (09 de marzo de 2018).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador. (Serie C) No. 306. (17 de noviembre de 2015).

Dworkin, R (2003) *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós Ibérica.

Engel, E; Ferreira, D; Kauffman, D; otros. (2018) *Informe del grupo asesor de expertos en anticorrupción, transparencia e integridad para América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo. Disponible en: <https://publications.iadb.org/sites/default/files/publications/spanish/document/Informe-del-Grupo-Asesor-de-Expertos-en-anticorrupcion-transparencia-e-integridad-para-America-Latina-y-el-Caribe.pdf>.

Garzón, E (1997). *La corrupción Política*. Madrid: F. Laporta & S. Álvarez. Alianza.

Gelineau, F (2014). *Estudio sobre la participación electoral en América Central*. Organización de Estados Americanos.

Huntington, S (1994). *La tercera ola: la democracia a finales del Siglo XX*. Estados Unidos: Universidad de Oklahoma.

Hurnsby, M (2019). *Índice de la Percepción de la Corrupción*. Transparencia Internacional. Recuperado de: https://www.transparency.org/news/pressrelease/el_indice_de_percepcion_de_la_corrupcion_2018.

Lagarde, C. (2018). *Informe anual FMI*. Recuperado de: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/ar/2018/eng/assets/pdf/imf-annual-report-2018-es.pdf>.

Nash, C (2019). *Corrupción, Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos: Sus vínculos y consecuencias*. Colombia: Fundación Konrad Adenauer.

Pedersen, K (2006). ***“Democratic Governance in Central and Eastern European Countries: Challenges and Responses for the XXI Century”***. *Corruption: Commonality, Causes and Consequences in Fifteen Post-communist Countries*. ISBN: 80-89013-25-2

Transparencia Internacional (2019). *Índice de percepción de corrupción 2018*. Recuperado de: https://www.transparency.org/files/content/pages/CPI_2018_Executive_summary_web_ES.pdf.

Unidad Investigativa. *El saqueo que produjo el revolcón al Programa de Alimentación Escolar*. El Tiempo (19 de septiembre, 2018). Disponible en: <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/casos-de-corrupcion-en-el-programa-de-alimentacion-escolar-270756>.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (agosto, 2017). *Observación general núm. 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*. Organización de las Naciones Unidas. E/C.12/GC/24.

Asamblea General de Naciones Unidas (diciembre, 1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Organización de las Naciones Unidas. [Res. A.G.] 2200 A (XXI).

Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos (enero, 2015). Informe sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos. Asamblea General de Naciones Unidas. A/HRC/28/73.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (enero, 2018). Resolución 01-18. *Corrupción y Derechos Humanos*. Organización de Estados Americanos. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>.

Human Rights Watch (abril, 2019). *Emergencia Humanitaria en Venezuela*. Human Rights Watch. Recuperado de: <https://www.hrw.org/es/report/2019/04/04/la-emergencia-humanitaria-en-venezuela/se-requiere-una-respuesta-gran-escala-de-la>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (septiembre, 2019). *CIDH ratifica su compromiso con la defensa y promoción de los derechos humanos y la democracia*. Organización de Estados Americanos. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/231.asp>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (diciembre, 2019). *Informe Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Organización de Estados Americanos.

García, J (2019). *La sentencia del caso de corrupción que mató a 51 pacientes deja tranquilos a acusados y acusadores*. Disponible en: <https://nomada.gt/pais/la-corrupcion-no-es-normal/la-sentencia-del-caso-de-corrupcion-mas-letal-igss-pisa-deja-tranquilos-a-acusados-y-acusadores/>.

Alcances y limitaciones en la valoración de la prueba dentro de los procesos de amparo en materia ambiental en la jurisdicción constitucional costarricense

María Fernanda Vargas González *

Resumen:

En la sensibilidad que tiene la protección al derecho al ambiente, el alcance de la Sala Constitucional sobre la valoración de la prueba en los procesos de amparo, podría resultar incompatible con la delicadeza, el tecnicismo y especialización que se ven reflejados en la prueba, siendo que para su valoración se requiera de minuciosidad, rigurosidad y precisión, así como del reconocimiento de una serie de elementos que permitan indagar efectivamente eventuales violaciones, materializándose en la naturaleza sumaria del proceso de amparo su principal limitante.

Palabras clave:

Derecho Ambiental. Sala Constitucional. Recurso de amparo. Prueba. Valoración de la prueba.

* Abogada. Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica (2016), actualmente cursando la Maestría Profesional de Derecho Público de la Universidad de Costa Rica (2019-actualmente). Actualmente labora como Consultora Externa en Incidencia y Políticas Públicas para el Programa de Acceso al Agua de Fundación Avina (desde 2018). Algunas publicaciones realizadas: "Coexistir: los derechos de propiedad intelectual en obtenciones vegetales de cara a la seguridad alimentaria." Artículo para la Revista Firma, revista costarricense de contenido legal. Marzo del 2017. "Crucitas: una puerta para una nueva cultura empresarial." Artículo para la Revista Firma, revista costarricense de contenido legal. Noviembre del 2016. Mario Peña, Chacón, "El Derecho al Ambiente en la Constitución Política: Alcances y Límites", 1º Edición, San José, ISOLMA. Artículo: "El enfoque de equidad de género dentro de la gestión integrada del recurso hídrico en la legislación costarricense." "Cuando el Género se encuentra con el Cambio Climático." Artículo para la Revista Firma, revista costarricense de contenido legal. Mayo del 2016.

Abstract:

In the sensitivity of the protection to the human right to the environment, the scope of the Constitutional Chamber on the assessment of evidence in the processes of remedy of amparo, could be incompatible with the delicacy, technicality and specialization that are reflected in the evidence, therefore for its evaluation requires meticulousness, rigor and precision, as well as the recognition of a series of elements that effectively investigate possible violations, materializing in the summary nature of the amparo processes its main limitation.

Keywords:

Environmental Law. Constitutional Chamber. Remedy of amparo. Evidence. Assessment of evidence.

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Alcances del derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado: contenido y principios constitucionales. III.- La naturaleza del Recurso de Amparo: criterios de admisibilidad de los recursos de amparo en materia ambiental y el deslinde del control de constitucionalidad y el control de legalidad en materia ambiental. IV.- La prueba en materia ambiental: la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba. V.- Propuesta. VI.- Conclusiones. VII.- Bibliografía.

I.- Introducción.

A causa de la creciente marea de procesos de amparo en materia ambiental, corrientes dentro del Alto Tribunal han abogado por la aplicación de parámetros para discriminar su competencia en la tramitación de estos procesos, limitando su conocimiento como una forma de autocontención; sin embargo, estos parámetros aún no son aplicados con uniformidad y existen distintos criterios en cuanto al deslinde entre el control de constitucionalidad y el control de legalidad.

Este ensayo se centra en el análisis realizado a las sentencias constitucionales *No. 1163-2017*, *No. 6340-2017* y *No. 17397-2019*, aunque también se estudiaron otras resoluciones que hacen aportes importantes para la profundización del tema y que, desde ya, se advierte podrían ser mencionadas; además se utilizaron otras fuentes como textos y artículos jurídicos, así como material facilitado por expertos en materia de Derecho Ambiental; con el propósito de tratar, en la medida de lo posible, de identificar los alcances y limitaciones que afectan e influyen la valoración de la prueba en procesos de amparo, clarificando y uniformando criterios aplicados a esta materia por parte de la Sala Constitucional.

El punto de partida es el derecho humano al ambiente sano y ecológicamente equilibrado, su contenido como derecho fundamental y los principios que lo integran. Posteriormente, analiza la naturaleza del amparo como principal limitante en la valoración de la prueba; así como el alcance de los parámetros para determinar su admisibilidad y los criterios del deslinde del control de constitucionalidad y el control de legalidad desarrollados en la jurisprudencia constitucional. Por último, analiza brevemente el abordaje dado a la prueba en materia ambiental, con el fin de comprender la sensibilidad de las probanzas dentro de los procesos que envuelven el menoscabo de este derecho fundamental.

II.- Alcances del derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado: contenido y principios constitucionales.

- Contenido

Desentrañar el contenido del derecho humano al ambiente y estudiar la consolidación de los principios generales que lo envuelven y, que la jurisdicción constitucional ha venido aplicando sistemáticamente, es una tarea fundamental para sintetizarlo y entenderlo como un derecho adaptativo y amplio, que posee carácter finalista y evolutivo y que, a su vez, ostenta la condición de derecho humano fundamental.

El ambiente lo regula la Constitución costarricense, su actual locación se encuentra en los artículos 21, 46, 50 y 89 constitucionales; asimismo, la jurisprudencia constitucional consolida el contenido de este derecho al determinar áreas específicas en que la obligación de la tutela del ambiente se concreta. Además, se desprende de una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos que, por medio de su hermenéutica jurídica han dado significado a sus principios generales. Desde la Declaración de Estocolmo de 1972, el Derecho internacional en materia ambiental ha avanzado de manera vertiginosa; en la década de los ochentas se generan varios instrumentos que, a la fecha, son aplicados por parte del Estado de Costa Rica; en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado se ve expresado en el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos -*Protocolo de San Salvador*-, además debe considerarse dentro del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como parte de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). En los noventas, una eclosión de instrumentos internacionales tanto de *hard law* como de *soft law*, marca una ruta con tendencias progresistas como un punto cardinal a seguir; a partir de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, se observa una amplia gama de tratados, algunos de ellos: Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, Convenio sobre Diversidad Biológica, Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación, Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas, entre otros. Este desarrollo inspiró, paralelamente, la promulgación de legislación ambiental en el país, introducida por la memorable reforma constitucional al artículo 50, y seguido por una creación vertiginosa de normativa que enriquece el ordenamiento jurídico costarricense. Bajo esta línea, la Sala Constitucional, perfila el contenido de este derecho a través de sus fallos que, de conformidad con el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, poseen una vinculatoriedad obligatoria debido a su carácter *erga omnes*.

Previo a la reforma parcial constitucional del artículo 50 de la Constitución Política, éste había sido reconocido por el Tribunal Constitucional como derecho fundamental al derivarlo de los artículos 21, 69 y 89 constitucionales¹. Sin embargo, bajo la óptica de la reforma constitucional, el derecho al ambiente adquiere una doble dimensión: *a) dimensión subjetiva*, como un verdadero derecho fundamental, es decir, como derecho subjetivo; y, *b) dimensión objetiva*, traducido como una potestad pública; en este sentido la resolución No. 17397-2019 de la Sala Constitucional, ilustra magistralmente estas dimensiones:

... en la norma constitucional la tutela del ambiente se reconoce en una doble dimensión, **primero, como un verdadero derecho fundamental**, reconocible a toda persona y, en ese sentido es individualizable (nacional, extranjero, mayor de edad o menor, incapaz, persona física o jurídica), por cuanto su defensa atañe a la colectividad en su conjunto (no sólo a los nacionales, sino de toda la colectividad mundial); **y segundo, como una verdadera potestad pública**, que como tal, se traduce en obligaciones concretas para el Estado en su conjunto, condicionando así, los objetivos políticos, y en consecuencia, la acción de los poderes públicos en general, para darle cabal cumplimiento a este derecho fundamental. Así, se establece una verdadera obligación del Estado de proteger el ambiente, mediante los mecanismos (actuaciones formales y materiales, disposiciones legales y reglamentarias) que se traduzcan en una efectiva tutela del ambiente y de los recursos naturales que lo integran, con la finalidad de mejorar el entorno de vida del ser humano, con lo cual se desbordan los criterios de conservación natural, para ubicarse dentro de toda la esfera en que se desarrolla la persona que facilite su desarrollo integral –físico, psíquico, mental–. La incidencia que tiene el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado dentro de la actividad del Estado, encuentra su primera manifestación en que por definición los derechos no se limitan a la esfera privada de los individuos, sino que tienen trascendencia en la propia estructura del Estado, en su papel de garante de los mismos, y, en segundo término, porque la actividad del Estado se dirige hacia la satisfacción de los intereses de la colectividad ...

En la procura del “*mayor bienestar de todos los habitantes*” que promulga la norma constitucional 50, se deduce que el derecho al ambiente sano y armonioso, es necesario en la construcción del concepto de *mayor bienestar* siendo éste causa y

1 Sala Constitucional Voto No. 17397-2019 del 11 de septiembre de 2019.

fin; pero a la vez, se constituye en condición y límite para el ejercicio de potestades y competencias públicas. Además del desarrollo jurisprudencial de estas dos dimensiones que contiene este derecho, así como sus implicaciones y bifurcaciones; se vislumbra la existencia de una corriente biocéntrica o ecocéntrica, que se va trazando en este Alto Tribunal, que persigue la trascendencia de visiones antropocéntricas y reconoce la relación intrínseca entre *naturaleza-ser humano* como unidad y, desde esta fresca y armoniosa perspectiva simbiótica, abordar este derecho. Así lo podemos constatar en las siguientes posiciones de la Sala:

... el ser humano no se desenvuelve de manera autárquica, sino que su bienestar guarda inmediata relación con la naturaleza que le rodea. Esa interdependencia entre el ser humano y la naturaleza comprende aspectos que exceden la mera preservación de recursos para garantizar el desarrollo económico de la sociedad humana. En realidad, la interacción “naturaleza-ser humano” conforma un fenómeno unitario, un proceso único de influencia recíproca, en el que uno actúa sobre el otro y simultáneamente ambos necesitan uno del otro para su propia supervivencia.

... Existe una conexión umbilical entre la vida y el ambiente hasta el extremo de constituir un único sistema. La vida depende del ambiente, por tanto, debe velar para que esas condiciones que garantizan la vida, se mantengan en el tiempo; para ello, la Constitución exige que las medidas de cualquier índole deben desarrollarse de manera que respeten las leyes naturales que informan los ecosistemas independientemente del modelo de desarrollo que se adopte...²

Del análisis del Voto Constitucional *No. 17397-2019* del 11 de septiembre del 2019, se identifica la existencia de un componente dinámico que integra el concepto de “*equilibrio*” que exige la Constitución; además, la exigencia de ser “*sano*” conduce a la “*capacidad regenerativa*” como factor necesario en la recuperación y funcionamiento de las estructuras orgánicas o naturales, y la “*capacidad de sucesión*” de los ecosistemas para que retornen a sus condiciones previas a su alteración, propiciando la resiliencia como nuevo criterio de ordenación ambiental.

Esta lógica jurisprudencial se armoniza con interpretaciones de organismos internacionales acerca del derecho humano al ambiente; la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce la existencia de la innegable relación entre la

2 Sala Constitucional Voto No.17397-2019 del 11 de septiembre del 2019.

protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto su degradación ambiental afecta el goce efectivo de los derechos humanos.³ Asimismo, el entendimiento del ambiente en su conjunto, más allá de la suma de elementos independientes o intercambiables por la relación compleja que existe entre los mismos y sus externalidades, ha sido seguida por el Tribunal Internacional de Justicia en cuanto a las metodologías consideradas para el cálculo de indemnizaciones por daño al ambiente, esto puede observarse en el caso de la Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia sobre compensación en Costa Rica contra Nicaragua.⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva No. OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, acerca del medio ambiente y derechos humanos, consideró que el derecho humano a un medio ambiente sano es un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. Contiene una dimensión colectiva, la que se constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras; mientras que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas, en virtud de su dimensión individual y su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. Es un derecho autónomo, distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.

Adicionalmente, dentro del contenido orbitan otros derechos derivados como la protección del recurso hídrico, la protección del recurso forestal, la obligación de la evaluación de impacto ambiental, las áreas silvestres protegidas, el paisaje, el entorno urbano, los recursos marinos costeros y el espacio marino, el acceso a la información ambiental y la participación ciudadana.⁵

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23-17 de fecha 15 de noviembre de 2017.

4 Gascón Marcén, Ana. "TRIBUNALES INTERNACIONALES Y ESTADOS LATINOAMERICANOS: ÚLTIMOS AVANCES EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE", Actualidad Jurídica Ambiental, n. 82, Sección "Artículos doctrinales", 17 de septiembre de 2018, pág. 7-8

5 Jurado Fernández, Julio. "La regulación constitucional del ambiente en Costa Rica". El Derecho ambiental en la Constitución Política: alcances y límites/Mario Peña Chacón. Primera Edición. San José, C.R.: ISOLMA, 2016. Pág. 51.

- Principios constitucionales ambientales

El contenido del derecho al ambiente se amplifica con la existencia de los principios constitucionales que lo integran.

La acción del Estado para garantizar la efectiva tutela ambiental esta condicionada por los principios constitucionales ambientales, los cuales coadyuvan a determinar el contenido del derecho fundamental de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.⁶

Bajo esta lógica opera el **principio de la tutela del derecho al ambiente a cargo del Estado**, en el *Voto No. 17397-2019* se explica este principio como la obligación de los poderes públicos de garantizar, defender y tutelar dicho derecho; es decir, el Estado se constituye en el garante de la protección y tutela del medio ambiente y los recursos naturales. De los párrafos segundo y tercero del artículo 50 Constitucional se desprende el **principio de desarrollo sostenible**, referido a que el desarrollo económico y social impulsado en las políticas de fomento de la producción y distribución de la riqueza deben alinearse con la protección del ambiente. En consecuencia, estamos hablando de un desarrollo económico y social que, por mandato constitucional, debe ser sostenible.⁷

En materia ambiental, el **principio preventivo**, adquiere especial importancia puesto que supone la obligación de prevenir frente a cualquier riesgo existente, priorizando toda acción para no generar las causas de posteriores de problemas ambientales, utilizando los mejores medios técnicos y las acciones preventivas y correctivas necesarias. La aplicación de este principio procura una solución *ex ante* (evitar el daño) en vez de confinar el remedio a una solución *ex post* (indemnización-recomposición).⁸ De la mano con el principio preventivo, el **principio precautorio**, encuentra su génesis en el Principio 15 de la Convención de Río de Janeiro, con el fin de proteger el ambiente, los Estados deben aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro o daño grave o irreversible no deberá utilizarse como razón para postergar

6 Sala Constitucional Voto No. 17397-2019 del 11 de septiembre de 2019.

7 Jurado Fernández, Julio. "La regulación constitucional del ambiente en Costa Rica". El Derecho ambiental en la Constitución Política: alcances y límites/Mario Peña Chacón. Primera Edición. San José, C.R.: ISOLMA, 2016. Pág. 44

8 Peña Chacón, Mario. "Rol de los principios del Derecho en la interpretación y aplicación del Derecho Ambiental". Presentación de Power Point. 2020

la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del ambiente. De acuerdo con Peña Chacón, en lo que se refiere al derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado, la incertidumbre no exonera la responsabilidad, al contrario, la refuerza al crear un deber de prudencia.

Se suma a esta serie de principios constitucionales el **principio de progresividad**, como una acción positiva de “*hacer*”, traducido en progreso o mejora continua en las condiciones de existencia. El imperativo radica en ese “*hacer*”, el cual el Estado debe moverse hacia delante y generar progresivamente la ampliación de la cobertura y protección ambiental mediante medidas sostenidas, graduales y escalonadas. En esta misma línea, el **principio de no regresión**, versa en cuanto a la retracción de las políticas, normativa y jurisprudencia, es decir, no deberían ser modificadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección ambiental alcanzados con anterioridad, por ello la nueva norma o sentencia no debe, ni puede, empeorar la situación del derecho ambiental preexistente en cuanto a su alcance, amplitud y efectividad.⁹

El **principio de objetivación o de vinculación a la ciencia y la técnica**, responde a la necesidad de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones en esta materia, tanto en relación con la actuación de la Administración como de las disposiciones de carácter general, legales y reglamentarias, de donde se deriva la exigencia de la “*vinculación a la ciencia y a la técnica*”, elemento que le da un sustento técnico-científico a las decisiones de la Administración en esta materia, y en tal virtud, limitan y condicionan la discrecionalidad de la Administración en su actuación, dentro de los términos previstos en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública. De manera que en atención a los resultados que se deriven de esos estudios técnicos, tales como los estudios de impacto ambiental, se evidencia un criterio técnico objetivo que denote, o la viabilidad ambiental del proyecto o la probabilidad de un evidente daño al ambiente, los recursos naturales o a la salud de las personas, circunstancia que obliga a establecer medidas de precaución o el rechazo del proyecto, obra o actividad propuestas; y en caso de una “*duda razonable*” resulta obligado tomar decisiones en pro del ambiente -**principio pro natura**- (Ver Sala Constitucional Voto No. 17397-2019 y Voto No. 14293-2005).

Otro axioma es el **principio de uso racional de los recursos naturales**, que exige el necesario equilibrio entre el desarrollo del país y el derecho al ambiente, y que junto con el artículo 69 constitucional, se deriva el **principio de explotación racional de la tierra**, imponiendo tanto a los particulares como al Estado, la obligación de proteger y preservar los recursos naturales y direcciona la protección

⁹ *Íbid.*

del ambiente como garantía de la utilización adecuada e inteligente de sus elementos y en sus relaciones naturales, socioculturales, tecnológicos y de orden político, para con ello salvaguardar el patrimonio al que tienen derecho las generaciones presentes y futuras.

III.- La naturaleza del Recurso de Amparo: criterios de admisibilidad de los recursos de amparo en materia ambiental y el deslinde del control de constitucionalidad y el control de legalidad en materia ambiental.

En el ordenamiento jurídico costarricense, el Recurso de Amparo se desprende de las normas constitucionales 10 y 48, así como del Título III de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC), Ley No. 7135. Específicamente el artículo 48 constitucional establece:

Artículo 48: toda persona tiene derecho (...) al recurso de amparo, para mantener o restablecer el goce de los derechos consagrados en esta Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en instrumentos internacionales sobre derechos aplicables en la República (...) serán competencia de la Sala indicada en el artículo 10.

De la norma constitucional se deduce la titularidad y legitimación para acudir a la vía del amparo, que corresponde a “*toda persona...*”; el efecto de dicho recurso, que es de carácter restitutivo, es decir, el de “*mantener o restablecer el goce de los derechos...*”; señala el objeto del recurso refiriéndose a los “*derechos consagrados en la Constitución*”, y la competencia, que corresponde a “*la Sala...*”, es decir a la Sala Constitucional.

El fin del amparo constitucional es esencialmente subjetivo, es decir, nace para proteger a la persona. Además, se caracteriza por seguir un trámite informal, sencillo y célere que obedece a su naturaleza sumaria. De acuerdo con la Magistrada constitucional Anamari Garro, existen elementos no regulados dentro del artículo 48 constitucional; por ejemplo, la norma omite señalar el grado de autoridad (*legitimación pasiva*), el objeto impugnado (*tipo de actos*), el carácter de interposición (*subsidiario o directo*) y el tipo de lesión (*directo, indirecto, etc.*).¹⁰ Esta situación ha dado lugar a un fenómeno dentro la jurisdicción constitucional en cuanto a elementos que son de reserva constitucional, demostrando que el juez constitucional tiene la posibilidad de aplicar cierto carácter pretoriano a los criterios

10 Magistrada Anamari Garro, Ponencia de clase Procesal Constitucional, 27 de noviembre 2019.

de admisibilidad en los procesos de amparo, limitando su competencia al realizar un deslinde entre los procesos de conocimiento del Tribunal Constitucional y los procesos que deben remitirse a la jurisdicción ordinaria.

La Sala se ha referido al recurso de amparo, de la siguiente manera:

... La finalidad del recurso de amparo es brindar tutela oportuna contra infracciones o amenazas a los derechos y libertades fundamentales, no la de servir como un instrumento genérico para garantizar el Principio de Supremacía Constitucional o el Principio de Legalidad, por medio del cual sea posible accionar contra cualquier otra clase de quebrantos constitucionales o legales.¹¹

El artículo 38 de la LJC establece que dentro del recurso deberá aportarse las pruebas de cargo¹²; por regla general, en los procesos de amparo no se presenta una “*estación probatoria*” como tal, en la que el juez o jueza constitucional tenga la posibilidad de analizar las actuaciones probatorias pertinentes haciendo uso efectivo de otros medios de verificación o valoración como declaraciones de parte, testigos, peritos, etc., es decir, la prueba no puede ser sometida a una valoración exhaustiva; aunado a esto, los plazos, para que, eventualmente se evacúe prueba, son sumamente cortos, además de perentorios e improrrogables de acuerdo con el numeral 39 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, lo cual resulta inconsistente en virtud de la trascendencia de la prueba en los procesos ambientales.

Atendiendo a las complejas realidades que abarcan los recursos de amparo en materia ambiental, el juez constitucional tiene la posibilidad, de conformidad con el artículo 47 de la LJC, de ordenar cualquier otra diligencia como prueba para mejor proveer, este artículo, le ofrece al juez una gama de actuaciones (ejemplo: visitas *in situ*, señalamiento de vista) para que en casos complejos y técnicos pueda ordenar una serie de pruebas que permitan determinar la verdad real, y pueda ampliar la perspectiva en el análisis de las actuaciones probatorias pertinentes en los recursos de amparo por amenaza o vulneración del derecho al ambiente.

11 Sala Constitucional Voto No. 7213-2015.

12 Artículo 38. En el recurso de amparo se expresará, con la mayor claridad posible, el hecho o la omisión que lo motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre del servidor público o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y las pruebas de cargo. No será indispensable citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine claramente el derecho lesionado, salvo que se invoque un instrumento internacional. El recurso no está sujeto a otras formalidades ni requerirá autenticación. Podrá plantearse por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia telegráfica.

Sin embargo, la posición de la Sala Constitucional sobre la valoración de la prueba en los procesos de amparo ha sido sostenida en su desarrollo jurisprudencial, así en el Voto *No. 11110-2019*, señala que:

... dada la naturaleza sumaria y la finalidad de la vía del amparo - que no permite realizar debates extensos y técnicamente complejos, como por ejemplo, las diligencias de recepción de prueba testimonial, en las que haría que recibir las declaraciones bajo solemnidad de juramento y otorgar a las partes la posibilidad de preguntar y repreguntar, así como de emitir conclusiones-, es obvio que ésta no es apta para hacer amplias investigaciones sobre cuestiones controvertidas...

Por su parte, la Resolución No. 1162-2017 ha precisado que:

... el carácter eminente sumario del proceso de amparo, cuya tramitación no se aviene bien con la práctica de diligencias probatorias lentas y complejas, o con la necesidad de entrar previamente a examinar -con carácter declarativo- si existen en realidad o no derechos de rango infra constitucional que las partes citen como parte del elenco fáctico del recurso de amparo o del informe de ley, según sea el caso. Es evidente que esa es una competencia de la que esta Sala carece. De modo tal que no le corresponde a la Sala Constitucional desacreditar este tipo de estudios técnicos realizados por las autoridades competentes. Si los promoventes mantienen algún tipo de discrepancia con este último estudio realizado en febrero de 2016, lo propio es que acudan a la vía de la legalidad a alegar lo que corresponda.

A su vez, la Resolución 15957-2019 se señala que:

... la finalidad del recurso de amparo es brindar tutela oportuna contra infracciones o amenazas a los derechos y libertades fundamentales, no servir como instrumento de control de la legalidad de los actos de las distintas Administraciones Públicas. Por esa razón, el proceso de amparo es de carácter eminentemente sumario -es decir, breve y sencillo- y su tramitación no es compatible con la práctica de diligencias probatorias lentas y complejas, o con la necesidad de entrar previamente a examinar -con carácter declarativo- si los derechos de rango infra constitucional que las partes citan como parte

del elenco fáctico del recurso de amparo o del informe de ley, según sea el caso, existen en realidad.

En general, a pesar de que el recurso de amparo carece de estación probatoria *per se*, revierte una serie de características adecuadas a los procesos en los que se alegue violación al derecho al ambiente. Además, al tratarse de un derecho humano reconocido a nivel constitucional, así como por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, le asiste la protección contemplada por el numeral 25 de la Convención Americana¹³, referente al acceso de toda persona, a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes que brinden amparo a violaciones a derechos fundamentales. De acuerdo con Mario Peña Chacón¹⁴, la sumariedad, simplicidad, celeridad, gratuidad, protección de intereses supraindividuales, suspensión de los actos u omisiones administrativas, control de convencionalidad y sentencias con eficacia *erga omnes*; son características que hacen del proceso de amparo el instrumento jurídico procesal por excelencia para garantizar el derecho al ambiente; siendo que los demás mecanismos o vías ordinarias existentes se alejan de los requisitos provistos de “*sencillez y rapidez*” ante actos que violenten derechos humanos ambientales.

En los últimos años, tomando como punto de referencia el sonado Voto Crucitas del 2010¹⁵, magistrados y magistradas de la Sala Constitucional han sostenido la tesis acerca sobre la existencia de suficientes mecanismos o vías procesales ordinarias para dilucidar controversias ambientales, tanto en la vía jurisdiccional como administrativa, realizando un deslinde entre el control de constitucionalidad y el control de legalidad, reservándose la admisión de estos procesos de acuerdo a la aplicación de parámetros que la Sala ha venido desarrollando en su jurisprudencia.

13 Artículo 25. Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

14 Peña Chacón, Mario. “Sala Constitucional y Justicia Ecológica”. Presentación de Power Point. 2020.

15 Sala Constitucional Voto No.4399-2010 del 14 de diciembre de 2010.

El contexto histórico que motivó en su momento la amplia intervención de la Sala en materia ambiental, ha tenido una considerable variación que impone a este órgano reconsiderar las condiciones para su participación en el aseguramiento del derecho de las personas a un ambiente sano y equilibrado, tal y como ha sido tutelado en el artículo 50 de la Constitución Política. En efecto, la situación actual -caracterizada por una amplísima producción legal y reglamentaria que incluye reglas de fondo, procedimientos y creación de órganos para el cumplimiento de lo ordenado en la Carta Fundamental- es radicalmente diferente de la anterior, en la cual la ausencia de normativa y de instancias estatales con competencia apropiada, le impuso a la Sala un papel de protagonista, casi único, en la defensa del precitado derecho constitucional. (Sala Constitucional Voto No. 1163-2017)

Si bien, de acuerdo al análisis realizado por el jurista costarricense Víctor Orozco, podría identificarse la existencia de una *“conurrencia o competencia compartida”* de la Sala Constitucional por medio del recurso de amparo y el Tribunal Contencioso Administrativo, mediante el recurso de amparo de legalidad, para conocer posibles lesiones del derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido, contemplado en el artículo 41 constitucional, relacionado con las omisiones de resolver denuncias, quejas o reclamos ambientales¹⁶; el recurso de amparo constitucional constituye la vía procesal que consolida efectivamente la obligación de protección judicial de los derechos humanos ambientales, exigida en la Convención Americana, por lo que su limitación desmedida e irracional, encarnaría una regresión jurisprudencial; sin embargo, también es claro que la naturaleza del amparo constitucional comprende la necesidad de establecer límites y restricciones, siempre que sean razonables y proporcionados.

- Criterios de admisibilidad de los recursos de amparo en materia ambiental.

A continuación se hará mención de algunos criterios que ha venido aplicando la Sala Constitucional en cuanto a su competencia para conocer algunos recursos de amparo en materia ambiental; dichos criterios no deben ser considerados como una

16 Orozco Solano, Víctor. “Competencia concurrente de la Sala Constitucional y de la jurisdicción Contenciosa Administrativa, cuando se trata de la defensa del derecho protegido en el artículo 41 constitucional, en los casos denuncias o procedimientos ambientales.” / Derecho Ambiental del Siglo XXI. Mario Peña Chacón. Primera Edición. San José, C.R.: ISOLMA, 2019. Pág. 485.

lista cerrada y definitiva, sino como filtros que la Sala ha venido delimitando en el ejercicio de su autocontención; se mencionaran a continuación, seguidos de extractos de algunas resoluciones:

a. Amenaza o quebranto directo y grosero, que por su carácter apremiante e inminente, no permita esperar a que surtan efecto los remedios jurisdiccionales ordinarios:

Voto 6340-2017: *“El Estado adquiere la obligación de regular las áreas de la vida social de las cuales puedan surgir peligros para la existencia física de los habitantes de su territorio así como también aquellas que vulneren el ambiente, lo cual puede hacer a través de leyes, reglamentos, acuerdos u otras medidas relacionadas con la organización y los procedimientos administrativos. En consecuencia, la posibilidad de exigir judicialmente, a través del recurso de amparo, un tipo específico de actividad prestacional por parte del Estado en cumplimiento de su deber de protección a la vida, salud o derecho al ambiente en beneficio de sus habitantes, está restringida a la clara verificación de un peligro inminente contra esos derechos de las personas.”* (Lo subrayado no pertenece al original).

Voto 1163-2017: *“En reiterados pronunciamientos la Sala ha sostenido que la procedencia del recurso de amparo está condicionada no solo a que se acuse la existencia de una violación –o amenaza de violación– a uno o más de los derechos fundamentales consagrados por el Derecho de la Constitución; sino, además, a que se trate de una amenaza o quebranto directo y grosero, que por su carácter apremiante no permita esperar a que surtan efecto los remedios jurisdiccionales ordinarios.”* (Lo subrayado no pertenece al original).

b. Inercia comprobada del Estado a través de sus órganos competentes:

Voto 6340-2017: *“De lo que se desprende que la injerencia de la jurisdicción constitucional solamente es viable ante la inercia comprobada del Estado, a través de sus órganos competentes, en atender las demandas que en ejercicio de sus derechos realicen los habitantes del país.”* (Lo subrayado no pertenece al original).

Voto 1163-2017: *“(…) en los cuales se constate una palmaria ausencia de la protección por parte de las autoridades estatales, siempre y cuando además la*

naturaleza del reclamo permita ser abordado mediante el instrumento del amparo como instituto procesal sumario y especial, ya que estimo que tampoco se debe “ordinariar” el amparo para abordar, aún en estos casos citados, temas que rebasen la capacidad de ser atendidos adecuadamente en el mismo”. (Lo subrayado no pertenece al original).

c. Ausencia de estudios técnicos:

Voto 17397 – 2019: “(...) *Las normas ambientales deben tener un sustento técnico, pues su aplicación tiene que partir de las condiciones en las cuáles debe sujetarse el uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Esto es así porque al ser los daños y contaminación del medio ambiente evaluables, el impacto de estos elementos requiere de una evaluación y tratamiento científico. Por ello, la necesidad de una evaluación de impacto ambiental que según determina el Reglamento General sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental, consiste en un procedimiento administrativo científico-técnico que permite identificar y predecir cuáles efectos ejercerá sobre el ambiente, una actividad, obra o proyecto, cuantificándolos y ponderándolos para conducir a la toma de decisiones (...) De conformidad con el artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente, número 7554, de dieciocho de septiembre de mil novecientos noventa y cinco, las actividades que requieren un estudio de impacto ambiental aprobado por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental son aquellas actividades humanas que alteren o destruyan elementos del ambiente o generen residuos materiales tóxicos o peligrosos. Su aprobación previa, de parte de este organismo, será requisito indispensable para iniciar las actividades, obras o proyectos. Es así como la protección del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado obliga al Estado a tomar las medidas de carácter preventivo a efecto de evitar su afectación; y dentro de las principales medidas dispuestas por el legislador en este sentido, se encuentran varios instrumentos técnicos entre los que destaca el Estudio de Impacto Ambiental, según lo dispuesto en el artículo citado. Debe hacerse especial énfasis en que será la condición del proyecto o de la obra, la que determinará en cada caso, si se requiere o no del estudio de impacto ambiental, no el establecimiento de condiciones arbitrarias, sean éstas administrativas o reglamentarias (...)*” (Lo subrayado no pertenece al original).

Voto 6922-2010: “*En proyectos de trascendencia medioambiental, el estudio de impacto ambiental (EIA) debe tener un procedimiento de control y evaluación que no dependa, exclusivamente, del Poder Ejecutivo; en este*

sentido, se podría potenciar un régimen jurídico legal que le reconozca a los centros universitarios del país un mayor protagonismo en el análisis y evaluación de los estudios de impacto ambiental. El fortalecimiento de la instancia de control y evaluación es conveniente, porque no puede ignorarse que el estudio de impacto ambiental lo financia la empresa que pretende demostrar que su actividad no contraviene las exigencias del artículo cincuenta de la Constitución.”

Por su parte, el Magistrado Ernesto Jinesta, postula un criterio de minoría, al cual se adhiere el Magistrado Fernando Salazar, abordado en el Voto No. 6340-2017 sobre el tema de la admisibilidad de la siguiente manera:

- ◆ Cuando ningún poder público haya intervenido ejerciendo sus competencias de fiscalización o de autorización y se esté desarrollando una conducta, potencial o actualmente, lesiva del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, adicionalmente.
- ◆ Debe tratarse de una violación de ese derecho evidente y manifiesta o fácilmente constatable -sin mayor producción o evacuación de prueba-.
- ◆ Debe revestir gran relevancia o trascendencia y ser grave.

Por su parte, en el Voto Constitucional No. 1163-2017 del 27 de enero de 2017, la Magistrada Hernández López respecto del reclamo por infracción del artículo 50 de la Constitución Política señala que:

... no resulta apropiado jurídicamente, ni desde el punto de vista funcional, que la Sala Constitucional desplace, o -peor aún- sustituya, a los órganos de justicia ordinarios en la realización de su tarea, también de rango constitucional, de velar por el efectivo cumplimiento de leyes y reglamentos (...) porque el diseño de sus procesos se aviene mal con la complejidad que está presente en numerosos conflictos ambientales que se componen de series de hechos y actos técnica y jurídicamente complejos. Sobre ambas cuestiones existen conocidos ejemplos en los que la Sala ha arrojado una resolución a medias o técnicamente incompleta, o bien se han generado fricciones innecesarias y afectación de la seguridad jurídica. (...) Como parte de los aspectos técnicos que he valorado, añado que está el hecho de que esta jurisdicción no cuenta con jueces ejecutores de sentencia que permitan darle seguimiento adecuado a las mismas -generalmente complejas-, que implican en ocasiones el seguimiento de planes remediales, entre otros, con coordinación interinstitucional y seguimiento de meses y hasta años. (...) Se trata más bien, de un

ejercicio de reacomodo de las cargas y tareas que corresponden a los distintos órganos estatales, de manera que cada uno de ellos, pueda desplegar plenamente su labor dentro del ámbito que se le ha asignado, así como del ejercicio de fijar su propia competencia, según lo establece el artículo 7 de su Ley Orgánica. (...) Queda claro que la Sala no se plantea abandonar a otras jurisdicciones la labor de protección de los derechos de las personas en materia ambiental. Es conocido que si bien todo reclamo por infracción de normas legales y reglamentarias puede ser reconducido hasta el ámbito constitucional, existen casos cuya resolución no exige más que la aplicación del derecho de la Constitución.

Indica como criterios de reserva de conocimiento de la Sala los procesos de amparo señalando que:

Dentro de tales grupos de casos, y sin que esta enunciación pueda considerarse como una lista cerrada y definitiva, puedo señalar que la Sala debe reservarse el conocimiento de situaciones como por ejemplo los reclamos por infracciones ambientales que además pongan en riesgo directo la salud de las personas, o el acceso o calidad del agua; los casos de violaciones groseras y directas al ambiente y en los cuales se constate una palmaria ausencia de la protección por parte de las autoridades estatales, siempre y cuando además la naturaleza del reclamo permita ser abordado mediante el instrumento del amparo como instituto procesal sumario y especial, ya que estimo que tampoco se debe “ordinariar” el amparo para abordar, aún en estos casos citados, temas que rebasen la capacidad de ser atendidos adecuadamente en el mismo. (Lo subrayado no pertenece al original).

Estas posiciones han generado críticas dentro en el ámbito jurídico, Peña Chacón señala que se parte de una premisa errónea al referirse a que “*son suficientes los mecanismos o vías ordinarias existentes*”. Estos criterios de minoría se encuentran en desajuste al Artículo 25 de la Convención Americana; tampoco se encuentran alineados a los estándares o presupuestos mínimos del debido proceso ambiental desarrollados por la Corte IDH en la Opinión consultiva 23 de noviembre del 2017; basándose en que el Informe Estado de la Justicia señala extensos plazos de duración de los procesos contenciosos administrativos, agrarios, civiles y penales, la existencia de una saturación histórica del Tribunal Ambiental Administrativo; otras jurisdicciones tienen como requisito ineludible el patrocinio legal, la posibilidad de la condena en costas personales y procesales, así como, la inexistencia, en varias de

estas jurisdicciones, de la tutela de intereses supraindividuales (difusos, colectivos e individuales homogéneos), todo lo cual se constituye en una barrera insoslayable que impide garantizar un verdadero, efectivo, “*sencillo y rápido*” acceso a la justicia ambiental a través de dichas vías ordinarias. Actualmente el amparo ambiental es la única vía procesal que cumple con los estándares internacionales de acceso a la justicia ambiental

Estas posturas hacen más lento el derecho de acceso a la justicia ambiental y son posiciones regresivas dentro del desarrollo jurisprudencial; asimismo se refiere a la ineffectividad de las vías ordinarias, la necesidad de patrocinio letrado dentro de estas vías y la condena en costas.¹⁷

- **Del deslinde del control de constitucionalidad y el control de legalidad en materia ambiental.**

Dentro del desarrollo jurisprudencial se ha venido filtrando la necesidad de delimitar la competencia de la Sala Constitucional en asuntos que podrían ser remitidos a la jurisdicción ordinaria. Reconociendo que el tema de las diligencias probatorias con características técnicas, lentas o complejas; o la necesidad de examinar, con carácter declarativo, si existen o no derechos de carácter infra constitucional dentro del elenco fáctico del recurso de amparo, no le corresponde el conocimiento de este tipo de agravios, lo propio es acudir a la vía de la legalidad.¹⁸

Además, criterios de minoría del Alto Tribunal han manifestado que actualmente existen suficientes mecanismos o vías procesales ordinarias para dilucidar este tipo de controversias, tanto en la vía jurisdiccional como administrativa.

En esta línea, el Magistrado Jinesta Lobo, en el *Voto 6340-2017* ha manifestado que “(...) *el denso marco normativo o ordenamiento jurídico infra constitucional que desarrolla y fortalece el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado contemplado en el artículo 50 de la Constitución y que procura su garantía, tutela y preservación, obliga a este Tribunal Constitucional a tener que deslindar, en la materia, la órbita del control de constitucionalidad de la*

17 Peña Chacón, Mario. (2019) “Aspectos procesales de las jurisdicciones con competencias ambientales”. Presentación de Power Point. 2020.

18 Sala Constitucional Voto No. 1163-2017 del 27 de enero del 2017.

esfera del control de legalidad."¹⁹ Jinesta Lobo, en el Voto mencionado, plantea la necesidad de deslindar el control de constitucionalidad del control de legalidad, a partir de la identificación de la problemática en la delimitación de "*sendas esferas de control*", que surgen respecto del recurso o proceso de amparo, por varias razones:

- a) El carácter transversal del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que penetra todas las capas o estratos del ordenamiento jurídico;
- b) la textura abierta de las normas constitucionales con lo que cualquier agravio puede parecer que tiene naturaleza constitucional y,
- c) la tendencia de utilizar el proceso de amparo como una vía sustitutiva de la jurisdicción ordinaria.

Bajo esta premisa, el jurista señala que pueden establecerse algunos criterios, con fundamento en el artículo 7° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para delimitar el proceso de amparo de otros procesos jurisdiccionales ordinarios:

- cuando respecto de una actividad, obra o proyecto haya intervenido un poder público -ente u órgano administrativo- efectuando estudios, evaluaciones, informes o valoraciones de cualquier naturaleza, por aplicación del denso y vasto ordenamiento jurídico infra constitucional, es claro que la cuestión debe ser residenciada ante la jurisdicción ordinaria y no la constitucional;
- cuando un poder público ha omitido cumplir con las obligaciones que le impone, en materia de protección del ambiente y de los recursos naturales, el ordenamiento jurídico infra constitucional sea de naturaleza legal o reglamentario. Bajo esta inteligencia, este Tribunal Constitucional debe conocer y resolver un asunto en el proceso de amparo, únicamente, cuando ningún poder público haya intervenido ejerciendo sus competencias de fiscalización o de autorización y se esté desarrollando una conducta, potencial o actualmente, lesiva del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, adicionalmente, debe tratarse de una violación de ese derecho evidente y manifiesta o fácilmente constatable -sin mayor producción o evacuación de prueba- y, además, debe revestir gran relevancia o trascendencia y ser grave.
- Si un poder público ha incumplido las obligaciones y deberes que desarrolla el ordenamiento jurídico infra constitucional, el tema tampoco debe ser conocido por la jurisdicción constitucional, por cuanto, además de los mecanismos de denuncia previstos en sede administrativa, la jurisdicción ordinaria, en especial la contencioso-administrativa, tiene competencia

¹⁹ Sala Constitucional Voto No. 6340-2017 del 05 de mayo de 2017.

suficiente para fiscalizar las omisiones materiales o formales de los entes públicos.

Para Jinesta, desde el momento en que un poder público ha intervenido ejerciendo sus competencias legales y reglamentarias, sustanciando un procedimiento -serie concatenada de actuaciones administrativas- y dictando actos administrativos, el asunto estará fuera de la órbita del control de constitucionalidad, lo mismo si incumple u omite sus obligaciones legales y reglamentarias.

En la fundamentación de su voto salvado en la resolución de análisis, argumenta que el recurso de amparo es, esencialmente, un proceso sumario, regido por la simplicidad. Basando su criterio en los términos del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde establece la garantía a un recurso sencillo y rápido. Siendo que en los casos que se deba revisar diversas actuaciones administrativas -procedimientos y actos formales que se traducen y materializan en un expediente administrativo- el asunto deja de ser materia del amparo; por cuanto, debe acudir a un proceso de cognición plenaria, sea un proceso de conocimiento pleno que solo es posible sustanciarlo ante la jurisdicción ordinaria. Según el Magistrado, el amparo no está diseñado para contrastar o revisar criterios técnicos o jurídicos vertidos a la luz del ordenamiento jurídico infra constitucional o para evacuar nuevos elementos de convicción para contrastar los que obran en un expediente administrativo que ha sido tramitado durante lapsos prolongados y reposadamente.

Si bien es cierto, el proceso de amparo, en definitiva, no puede ser convertido en un proceso ordinario de cognición plena, es decir "*ordinarlo*", por cuanto, como menciona Jinesta, se desnaturaliza y pervierte en sus fines y propósitos; la Sala debe garantizar la Supremacía de la Constitución, si bien, los derechos fundamentales no son absolutos y se encuentran sujetos a límites; la Sala debe analizar cada caso que se presenta de manera individual con el fin de verificar si está frente a una transgresión de este derecho fundamental, para, posterior a este análisis, determinar la aplicación de los criterios de admisibilidad y deslinde del control de constitucionalidad o de legalidad, ya que su función principal, constitucionalmente otorgada, es garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales como es el derecho al ambiente.

IV.- La prueba en materia ambiental: la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba.

Para efectos del este análisis es importante abarcar ciertas apreciaciones generales sobre la prueba en materia ambiental, con miras al desarrollo de instrumentos procesales constitucionales que aborden este aspecto, eventualmente podrían plantearse a través del desarrollo de un recurso de amparo ambiental, como el contemplado en el ordenamiento jurídico de otros países, por ejemplo en Chile, implementándose un recurso alineado a la sensibilidad y características procesales especiales que se manifiestan en la protección y garantía de este derecho fundamental.

Como se ha visto, en algunos procesos de amparo se decreta la improcedencia argumentando que en dicho instrumento procesal la etapa de las probanzas resulta insuficiente debido a su naturaleza sumaria, si bien se deja abierta la posibilidad de acudir a otras vías jurisdiccionales, el problema radica en que otros mecanismos o vías ordinarias existentes no cumplen los requisitos previstos de sencillez y rapidez ante actos que violenten este derecho; además, otra interrogante se presenta en el eventual exceso de formalismos, así como todas aquellas actuaciones contrarias a la celeridad procesal, sin demérito de la calidad de las decisiones judiciales, también la gratuidad es otro elemento importante que queda relegado en otras jurisdicciones.²⁰

En los procesos ambientales, en general, la prueba reviste especial importancia, para su valoración se requiere de una alta especialización y conocimiento científico. En función de esta alta complejidad, se propone un tratamiento diferente de la prueba, innovador, destacando mayor flexibilidad en el proceso de evaluación de la sana crítica racional, mediante un mecanismo intelectual de apreciación de la fuerza de convicción de los medios probatorios, donde el intérprete debe actuar con amplitud y flexibilidad.²¹

En la valoración de la prueba destaca el criterio "*res ipsa loquitur*", las probanzas deben valorarse en su conjunto y conforme a los criterios de la lógica, experiencia, ciencia, el correcto entendimiento humano y las presunciones humanas o legales; teniendo presente que en materia ambiental la prueba de presunciones tiene un valor excepcional, siendo posible fundamentar la causalidad con base en presunciones graves, precisas y concordantes. Tal como lo señala Cafaretta, la

20 González Ballar, Rafael. Peña Chacón, Mario. "El proceso ambiental en Costa Rica", Primera edición - San José, C.R.: ISOLMA. 2015. Pág. 104

21 *Íbid*, pág. 176.

extraordinaria complejidad de la prueba del daño ambiental requiere de elastizar posturas rígidas, para facilitar su labor.²²

- **Inversión de la carga de la prueba:**

Este aspecto procesal lo vemos materializado en el artículo 109 de la Ley de Biodiversidad, el cual dispone que: “(...) *la carga de la prueba, de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas, corresponderá a quien solicite la aprobación, el permiso o acceso a la biodiversidad o a quien se le acuse de haber ocasionado daño ambiental.*” Con esto vemos cómo el ordenamiento jurídico costarricense incorpora como regla procesal la inversión de la carga de la prueba en materia ambiental.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el Voto 212-2008 de las 8:15 horas del 25 de marzo del 2008, interpreta la inversión de la carga probatoria al indicar que:

En lo concerniente a la reversión o inversión de la carga de la prueba, esta consiste en que el demandado es el llamado a ofrecer pruebas para desvirtuar el contenido de la pretensión, sin olvidar que al Derecho Ambiental le interesa más la prevención que la reparación del daño. Está expresamente regulado en el artículo ciento nueve de la Ley de Biodiversidad, que dispone: “La carga de la prueba, de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas, corresponderá a quien solicite la aprobación, el permiso o acceso a la biodiversidad o a quién se le acuse de haber ocasionado daño ambiental”, norma que debe verse en estrecha relación el artículo cinco de la misma Ley, que señala que lo establecido en esa legislación servirá de marco de interpretación del resto de las normas que regulan la materia objeto de dicha Ley. Esto quiere decir que en materia ambiental se rompe el clásico esquema de que “quién afirma prueba” ... (Lo subrayado no pertenece al original).

Este aspecto particular de la materia procesal ambiental se desprende de la aplicación del principio precautorio; la Sala Constitucional ha reconocido la inversión de la carga de la prueba en su Resolución No. 9381-2007, señalando:

²² *Íbid*, pág. 181.

Por lo tanto es necesario implementar el Principio Precautorio: cuando una actividad se plantea como una amenaza para la salud humana o el medioambiente, deben tomarse medidas precautorias aún cuando algunas relaciones de causa y efecto no se hayan establecido de manera científica en su totalidad (...) En ese contexto, los proponentes de una actividad, y no el público, deben ser quienes asuman la responsabilidad de la prueba (...). La operatividad del principio precautorio en este ámbito es muy simple y significa que cuando una actividad produce o provoca amenazas o probabilidades de daño serio e irreversible a la salud humana, deben adoptarse las medidas precautorias aunque los efectos causales no se encuentren científicamente establecidos. Desde esa perspectiva, los sujetos de Derecho privado y los poderes públicos que propongan y estimen que el uso de un medicamento o sustancia no es nociva para la salud deben demostrar o acreditar que no habrá daño a la salud antes de su uso, con lo cual se produce una inversión en la carga probatoria de la lesión. (Lo subrayado no pertenece al original).

Además, esta regla procesal ha sido aplicada por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial en el laudo arbitral correspondiente al caso Aven y otros contra Costa Rica, (Caso UNCT/15/13) del 18 de setiembre del 2018, controversia sometida por las Demandantes de conformidad al Capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos (DR-CAFTA) y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). En esa ocasión, el tribunal arbitral externó: *“Por lo tanto, en lo que respecta al medioambiente, la parte que alega la causalidad no requiere prueba de ello. El principio de precaución invierte la carga de la prueba sobre el desarrollador, y la causalidad se presume”*.²³ En la aplicación de esta regla, se distingue una **doble dimensión:**

- a) en procesos judiciales y administrativos y,
- b) en solicitudes de autorizaciones, licencias, permisos y concesiones.

23 Peña Chacón, Mario. “El Acuerdo de Escazú y la carga de la prueba ambiental en Costa Rica”, Artículo de opinión, Posgrado en Derecho, Maestría de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. <https://derecho.ucr.ac.cr/Posgrado/derecho-ambiental/acuerdo-escazu-carga-prueba-ambiental-costa-rica/>.

En este sentido el Tribunal del CIADI realizó una interpretación impecable del artículo 109 de la Ley de Biodiversidad aplicada al caso mencionado anteriormente, concluyendo que la inversión de la carga de la prueba, no sólo aplica para procedimientos judiciales o administrativos ambientales, sino que también respecto a aquellos que solicitan una autorización, permiso o acceso a la biodiversidad; señalando además, que la solicitud de viabilidad ambiental no sólo se basa en la inversión de la carga probatoria, sino que también en el principio general de buena fe, el cual presupone que el solicitante actuará de ese modo y no retendrá información que pueda ser de relevancia.

En Costa Rica la inversión de la carga de la prueba en materia ambiental es una regla procesal de aplicación obligatoria en las jurisdicciones contencioso administrativo, civil, agraria y penal, y ha contado con el aval de la Sala Primera, Tribunal Superior Agrario, Tribunales Contenciosos Administrativos y el desaparecido Tribunal de Casación Penal;²⁴ sin embargo en materia procesal constitucional y específicamente en los procesos de amparo, si bien se prescinde de la etapa probatoria, tanto el recurrente como el recurrido presentan las pruebas de descargo sobre sus alegatos, bajo el apercibimiento de dar por ciertos los hechos en los casos en que no se presente prueba, los informes de entidades estatales son dados bajo fe de juramento, y la valoración de la prueba se constituye bajo las reglas de la sana crítica a menos de que exista una excepción trascendental para valorar el mérito de la prueba, en el amparo no se genera una etapa formal que permita evacuar las probanzas para demostrar culpa o la relación de causalidad con base en una eventual responsabilidad objetiva, a diferencia de las otras jurisdicciones, por lo que esta regla procesal no termina de configurarse en este tipo de procesos.

Según, González Ballar y Peña Chacón, la inversión de la carga de la prueba es producto de la responsabilidad de tipo objetiva aplicable a las cuestiones ambientales. Cae entonces en la espalda del demandado demostrar su no participación, ya que la culpa se presume en quien ejecuta la actividad riesgosa.²⁵

- **Carga dinámica de la prueba:**

Es necesario distinguir entre la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba, debido a que revierten diferentes connotaciones. La

²⁴ *Íbid*

²⁵ González Ballar, Rafael. Peña Chacón, Mario. "El proceso ambiental en Costa Rica", Primera edición - San José, C.R.: ISOLMA. 2015. Pág. 179.

inversión de la carga de la prueba, como se ha dicho, voltea la premisa en la cual todo el que alegue un hecho como pretensión o defensa ostenta la carga de probarlo; por su parte la doctrina de las cargas dinámicas probatorias, trata de aligerar la carga de la prueba de la víctima del daño ambiental, por tratarse de la parte más endeble de la relación con el fin de restituir el equilibrio afectado por la masividad de conductas riesgosas.²⁶ Bajo esta regla, le corresponde facilitar las probanzas a aquella parte que se encuentre en mejores condiciones para acercarla al proceso, indiferentemente si es el actor o el demandado, es decir, se traslada la carga a quién, a raíz de su situación personal, se encuentre en la posición más cercana y accesible a la prueba.

En este sentido, el Tribunal Contencioso Administrativo ha manifestado que:

... en materia ambiental se rompe el clásico esquema de que “quien demanda debe probar” y adquiere un papel preponderante la teoría de la carga dinámica de la prueba, según la cual, “se traslada la carga, a raíz de su situación personal, se halla en mejores condiciones para acercar las probanza al proceso, sin que importe si es el actor o el demandado” (...) Esta posición es aceptada por la doctrina del derecho ambiental, especialmente en ese sentido ha indicado lo siguiente: “En el proceso ambiental, especialmente en función del principio precautorio, se produce una modificación en la carga de la prueba de encuadre clásico (según el cual es principio “que todo el que alega un hecho como pretensión o defensa tiene la carga de probarlo”) cobra vida, en función de la precaución, la doctrina de las cargas dinámicas probatorias como paliativo para aligerar la ímproba tarea de producir pruebas diabólicas que, en supuestos, se hacía recaer sin miramientos sobre las espaldas de alguna de las partes (actor o demandado), por malentender las sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la prueba. Finalmente, las modificaciones señaladas en el ámbito del proceso ambiental imponen hablar de un verdadero “derecho procesal ambiental”, sea considerado como una rama autónoma o no; y la complejidad científico-técnica de los casos ambientales, que demandan soluciones inéditas a problemas también inéditos, imponen como mecanismo superador de las estructuras tradicionales del derecho la conveniencia de contar con esfuerzos especializados en

²⁶ *Íbid*, pág. 179.

la materia ambiental como garantes de la aplicación efectiva del principio de precaución ...²⁷(Lo subrayado no pertenece al original).

Quizás la tutela efectiva del derecho fundamental al ambiente pueda resultar un proceso innovador o incluso disruptivo, debido a su constante evolución y adaptación, lo cual se refleja en el dinamismo e inversión de las probanzas, que abandonan su posición tradicional y estática, para cambiar paradigmas o principios normalmente aplicados. Como señala Néstor Caffaratta, la apreciación de la prueba deja de responder a ideas insulares o balcánicas, y se convierte en integral, con especial importancia en la prueba de presunciones.²⁸

V.- Propuesta.

En la valoración de la prueba y, observando las condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico y desarrolladas por la jurisprudencia constitucional, queda expuesta la problemática que se presenta en los procesos de amparo en materia ambiental; sin embargo, existe la posibilidad de perfilar propuestas que permitan solventarla, buscándole al recurso un espacio lógico y armónico que permita abordar el tema y preservar la vitalidad del amparo manteniendo su rol trascendental en la garantía de derechos constitucionales, evitando privarlo de eficacia, ya que deteriorar este instrumento procesal sería una evidente regresión.

En primer término, ante alto circulante de procesos conocidos por la jurisdicción constitucional, la aplicación uniforme y sistemática de criterios de admisibilidad y el deslinde del control de constitucionalidad y legalidad, para establecer límites y restricciones, razonables y proporcionados, es una postura sana para esta jurisdicción, siempre y cuando no se produzca un menoscabo en la esfera de los derechos fundamentales.

En esta misma línea, el conocimiento de estos criterios o parámetros por parte de los operadores jurídicos es fundamental para evitar la aplicación temeraria, el gasto público y demás elementos que se ven involucrados en la puesta en marcha de este tipo de instrumentos procesales. En este cometido, se propone determinar y aplicar de manera uniforme criterios de discriminación que se ajusten a las reglas

27 Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV. Resolución No. 4300-2010 del 14 de diciembre de 2010.

28 González Ballar, Rafael. Peña Chacón, Mario. "El proceso ambiental en Costa Rica", Primera edición – San José, C.R.: ISOLMA. 2015. Pág. 16.

del acceso a la justicia y el debido proceso ambiental por parte de la Sala Constitucional.

En segundo término, la creación y desarrollo de una jurisdicción ambiental especializada²⁹, es una propuesta prometedora a mediano plazo, para la tutela efectiva del derecho humano al ambiente, trabajada por varios juristas y expertos del Derecho Ambiental costarricense, en la búsqueda de una vía para la aplicación de la Justicia Ambiental; en este sentido, resulta necesario considerar que la creación esta jurisdicción especializada no sustituye la labor de la Sala Constitucional en la labor de garantizar la supremacía de la Constitución, por lo que el recurso de amparo no debe desvirtuarse, sino que debe perfilarse como un instrumento efectivo de garantía y defensa del derecho al ambiente. Además, a corto plazo, la propuesta de expertos en la materia ambiental, se enfoca en la necesidad del establecimiento de procedimientos especiales o bien, normas procesales ambientales, dentro de las distintas jurisdicciones con competencias en la materia, especialmente la creación de una sección especializada dentro del Tribunal Contencioso Administrativo. El nuevo procedimiento especial dentro del Código Procesal Agrario es un gran avance en esa línea.

VI.- Conclusiones.

- El derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado es un derecho sensible, complejo y dinámico: la Sala Constitucional tiene como encargo garantizar la supremacía de la Constitución; como corona del Estado Social de Derecho; debe garantizar la dimensión tanto constitucional como convencional, el derechos fundamentales que le fue encomendada por la Constitución Política; si bien, los derechos fundamentales no son absolutos y se encuentran sujetos a límites; el análisis individual de los casos sometidos a amparo es primordial antes de aplicar cualquier criterio de admisibilidad y deslinde del control de constitucionalidad o de legalidad, es primordial, como garantía de la defensa de los derechos fundamentales y de los actuales estándares internacionales de acceso a la justicia ambiental.
- Sobre los criterios de admisibilidad: los criterios de admisibilidad aplicados y desarrollados por la jurisprudencia de la Sala Constitucional en procesos de amparo en materia ambiental son: **a.** amenaza o quebranto directo y grosero, que por su carácter apremiante e inminente, no permita esperar a

²⁹ Prevista en el Artículo 108 de la Ley de Biodiversidad, No. 7788.

que surtan efecto los remedios jurisdiccionales ordinarios; **b.** inercia comprobada del Estado a través de sus órganos competentes; y, **c.** ausencia de estudios técnicos.

- **Tecnicismo y especialización de la prueba en materia ambiental:** la naturaleza sumaria del proceso de amparo resulta la principal limitante en la valoración de la prueba, por seguir un trámite informal, sencillo y célere es incompatible con una estación probatoria que permita contrastar o revisar criterios técnicos o jurídicos o para evacuar nuevos elementos de convicción y contrastarlos con expedientes administrativos. Sin embargo, son precisamente estas características (sumariedad, simplicidad, celeridad, gratuidad, protección de intereses supraindividuales, suspensión de los actos u omisiones administrativas, control de convencionalidad y sentencias con eficacia *erga omnes*) las que hacen del amparo el instrumento jurídico procesal por excelencia para garantizar el derecho fundamental al ambiente; siendo que los demás mecanismos o vías ordinarias existentes se alejan de los requisitos provistos de “*sencillez y rapidez*” ante actos que violenten este derecho fundamental.

VII.- Bibliografía.

Leyes:

Constitución Política de la República de Costa Rica.

Ley de Biodiversidad, Ley No. 7788.

Ley de Jurisdicción Constitucional, Ley No 7135.

Jurisprudencia:

Sala Constitucional Voto No. 4620-2012.

Sala Constitucional Voto No.17397-2019.

Sala Constitucional Voto No. 7213-2015.

Sala Constitucional Voto No. 1163-2017

Sala Constitucional Voto No. 6340-2017

Jurisprudencia de organismos internacionales:

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23-17 de fecha 15 de noviembre de 2017.

Artículos:

Gascón Marcén, Ana. “TRIBUNALES INTERNACIONALES Y ESTADOS LATINOAMERICANOS: ÚLTIMOS AVANCES EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE”, Actualidad Jurídica Ambiental, n. 82, Sección “Artículos doctrinales”, 17 de septiembre de 2018.

Jurado Fernández, Julio. “La regulación constitucional del ambiente en Costa Rica”. El Derecho ambiental en la Constitución Política: alcances y límites/Mario Peña Chacón. Primera Edición. San José, C.R.: ISOLMA, 2016.

Orozco Solano, Víctor. “COMPETENCIA CONCURRENTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL Y DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, CUANDO SE TRATA DE LA DEFENSA DEL DERECHO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 41 CONSTITUCIONAL, EN LOS CASOS DENUNCIAS O PROCEDIMIENTOS AMBIENTALES.”

Peña Chacón, Mario. “El Acuerdo de Escazú y la carga de la prueba ambiental en Costa Rica”, Artículo de opinión, Posgrado en Derecho, Maestría de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. <https://derecho.ucr.ac.cr/Posgrado/derecho-ambiental/acuerdo-escazu-carga-prueba-ambiental-costa-rica/>.

Libros:

González Ballar, Rafael. Peña Chacón, Mario. “El proceso ambiental en Costa Rica”, Primera edición – San José, C.R.: ISOLMA. 2015.

Peña Chacón, Mario. Derecho Ambiental del Siglo XXI. Primera Edición. San José, C.R.: ISOLMA, 2019.

Presentaciones:

Magistrada Anamari Garro, Ponencia de clase Procesal Constitucional, 27 de noviembre 2019.

Peña Chacón, Mario. “Rol de los principios del Derecho en la interpretación y aplicación del Derecho Ambiental”. Presentación de Power Point. 2020.

Peña Chacón, Mario. “Sala Constitucional y Justicia Ecológica”. Presentación de Power Point. 2020.

Peña Chacón, Mario. “Aspectos procesales de las jurisdicciones con competencias ambientales”. Presentación de Power Point. 2020.

Jurisprudencia

Voto Nro. 2019-020596

Expediente: 19-016322-0007-CO

Tipo de asunto: Consulta Legislativa Facultativa

Proyecto consultado: Proyecto de "Ley para brindar seguridad jurídica sobre la huelga y sus procedimientos". Expediente legislativo N° 21.049.

Magistrado Ponente: Luis Fdo. Salazar Alvarado

Descriptorios: Derecho al Trabajo. Sindicalización. Huelga. Debido Proceso.



Exp: 19-016322-0007-CO

Res. N° 2019020596

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diecinueve horas quince minutos del veinticinco de octubre de dos mil diecinueve.

Consultas legislativas facultativas de constitucionalidad acumuladas N° 19-16322-0007-CO interpuestas por los diputados Carmen Irene Chan Mora, Dragos Carlos Dolanescu Valenciano, Harllan Fabricio Hoepelman Páez, Ignacio Alberto Alpízar Castro, Ivonne Acuña Cabrera, Jonathan Daniel Prendas Rodríguez, José María Villalta Florez-Estrada, Marolin Raquel Azofeifa Trejos, Nidia Lorena de La Trinidad Céspedes Cisneros, Oscar Mauricio Cascante Cascante, Shirley Vianey Díaz Mejías y Walter Enrique Muñoz Céspedes, y, N° 19-016630-0007-CO interpuesta por los diputados Pedro Miguel Muñoz Fonseca, Jesús Welmer Ramos González, Gustavo Alonso Viales Villegas, Luis Ramón Carranza Cascante, Enrique Alejandro Sánchez Carballo, Silvia Vanessa Hernández Sánchez, Luis Antonio Aiza Campos, Nielsen del Socorro Pérez Pérez, Jorge Luis Francisco Fonseca Fonseca, Zoila Rosa Volio Pacheco y Luis Fernando Chacón Monge, respecto del proyecto de "Ley para brindar seguridad jurídica sobre la huelga y sus procedimientos", expediente legislativo N° 21.049.

Resultando:

1.- La consulta se recibió en la Secretaría de la Sala a las 13:01 horas del 5 de septiembre de 2019. Consultan sobre la posible violación al procedimiento por inaplicabilidad sobreviniente del artículo 208 bis (hoy 234 bis), del Reglamento Legislativo a la tramitación del proyecto consultado. Manifiestan que la reforma al inciso d), del artículo 349, introdujo una disposición que comportó un cambio radical en lo que toca a la mayoría requerida para la aprobación del proyecto, con evidente compromiso a los límites materiales fijados en el artículo 208 bis (hoy 234 bis), del Reglamento de la Asamblea Legislativa, pues según resultó adicionado, el Ministerio de Trabajo brindaría libre e irrestricto acceso al público en línea, de manera que cualquier particular podría ingresar al sitio web de dicha cartera y conocer en detalle las listas de afiliados de todos los sindicatos inscritos en el Departamento de Organizaciones Sociales y hasta sus respectivos correos electrónicos, información que salvo mejor criterio, los consultantes consideran sensible y privada, amparada por el derecho a la intimidad tutelado en el artículo 24, de la Carta Magna, con lo cual la votación requerida para la aprobación del proyecto en primer debate varió, pues pasó de mayoría absoluta a mayoría calificada. De otra parte, los consultantes señalan la violación del artículo 167, de la Constitución Política por incumplimiento del trámite adecuado de consulta a la Corte Suprema de Justicia, respecto a los cambios sustanciales del proyecto de ley, específicamente en los artículos 663 (contenido en el numeral 1); 375 bis; 376 quater y 376 quinquies (numeral 2) -que consisten en reformas o adiciones al Código de Trabajo, contenidas en el proyecto de ley-. Indican que si bien es cierto, el proyecto de ley N° 21049 fue consultado a la Corte en dos oportunidades durante el trámite de comisión, a saber, primero el texto base y, posteriormente, el texto sustitutivo aprobado el 22 de mayo del año en curso, el texto aprobado en primer debate el pasado 3 de setiembre y que fuera objeto de múltiples y sustanciales modificaciones no fue consultado a ese órgano, siendo que introduce importantes reformas que en su criterio podrían incidir en su funcionamiento y organización. Consideran que la no consulta a la Corte Suprema de Justicia del proyecto de ley N° 21049, después de los cambios sustanciales sufridos durante su tramitación, constituye un vicio esencial del procedimiento. De otra parte, someten a consideración de la Sala el artículo 1, del proyecto de ley que reforma el artículo 349, del Código de Trabajo y el 3, del proyecto que reforma a su vez el artículo 19, de la Ley de Notificaciones. Consultan la posible violación del Convenio 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, suscrito por Costa Rica con la Organización Internacional de Trabajo. Esto, pues consideran que la notificación inicial en forma personal es una garantía del derecho de defensa y debido proceso, por lo que la imposición en forma exclusiva al

sindicato del deber de señalar un medio electrónico para recibir notificaciones tendría implicaciones en el derecho de defensa. Consultan a su vez el artículo 371, por la posible violación al principio de legalidad, al principio de seguridad jurídica, el derecho de huelga, la libertad sindical, la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, el principio democrático de participación política, el principio de conexidad y el principio de razonabilidad y proporcionalidad. Esto, en tanto dicho artículo, párrafo tercero, dispone "(...) Serán ilegales las huelgas políticas de cualquier índole o aquellas que no tengan conexión directa con la relación de empleo o incumplimientos laborales imputables al patrono". Estiman que esta limitación es totalmente injustificada primero al prohibir las huelgas políticas, pese a que el calificativo de huelga "política" no está definido. Alegan que el sesgo prohibicionista que reviste el párrafo precitado, sobrepasa por mucho los objetivos originales del proyecto de ley, pues como si no fuera suficiente prohibir las huelgas políticas sin incluir la definición, se le añade el hecho de que solamente pueden los trabajadores manifestarse en aspectos estrictamente derivados de la relación de empleo o bien por incumplimientos laborales imputables al patrono. Acusan que esto constituye una pretensión muy peligrosa, porque busca que la ciudadanía no pueda manifestarse contra decisiones del Gobierno, que atentan directamente contra los derechos de la propia ciudadanía o contra los derechos de los trabajadores. Consideran que el derecho de huelga no debería limitarse a los conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un convenio colectivo determinado, pues detallando la norma en cuestión, se aprecia una restricción absolutamente injustificable al disponer no solo la limitante de tiempo sino la prohibición de manifestarse nuevamente por un mismo motivo. En el mismo sentido, consultan el artículo 376 por posible violación del derecho de huelga, el Convenio 87, de la OIT, el principio de interdicción de la arbitrariedad y el principio de razonabilidad y proporcionalidad. En cuanto este artículo amplía el catálogo de servicios públicos esenciales, en los cuales está prohibido de forma absoluta la huelga. Establece una lista de diez actividades que se consideran servicios esenciales, cuyo listado excede aquellos servicios esenciales - en sentido estricto- cuya interrupción pueda afectar la salud, vida y seguridad de las personas, a todos los cuales, les aplica por igual el rasero común de la prohibición total de la huelga. De otra parte, cuestionan que la disolución de sindicatos por conductas delictivas de sus dirigentes, párrafo final que se pretende adicionar al artículo 350, del Código de Trabajo, podría constituir una violación al principio de culpabilidad y responsabilidad personal en materia penal (artículo 39, de la Constitución Política), la libertad de asociación y la libertad sindical (artículos 25 y 60, de la Carta Magna) y de los Convenios Internacionales que protegen el derecho de los trabajadores a afiliarse a sindicatos. Seguidamente, manifiestan que en cuanto al artículo 378, párrafo final, se consulta la posible violación del criterio de proporcionalidad en relación al derecho a

la huelga consagrado en el artículo 61 Constitucional y el Convenio 87, de la OIT, en relación con el principio cristiano de justicia social. Esto, en cuanto dicho artículo 378, establece que "(...) En ningún caso se podrá reiterar una huelga por los mismos motivos de una anteriormente realizada". Acusan que la norma no hace referencia a los mismos hechos, lo que implica que aun cuando se dieran hechos nuevos que implican un nuevo conflicto colectivo por los mismos motivos, se estaría prohibiendo el ejercicio del derecho de huelga, aunque el movimiento cumpla con los demás requisitos para ser declarado legal, únicamente porque en el pasado se realizó otro movimiento por los mismos motivos. Además, la norma tiene el agravante que no pone plazos, por los que se trataría de una limitación ad perpetuam, nunca más podrían las personas trabajadoras realizar una huelga por los mismos motivos, lo que se traduce en una prohibición absoluta del derecho de huelga. Aducen que esta restricción absoluta resulta irrazonable, aun cuando el nuevo movimiento de huelga se origine en los mismos hechos. Puede ocurrir que los trabajadores se vean en la necesidad de convocar un nuevo movimiento porque el conflicto persiste, porque no se ha resuelto satisfactoriamente. Asimismo, consultan si el artículo 379 contiene una posible violación al derecho a la huelga, al principio de buena fe y al principio de razonabilidad y proporcionalidad. Este artículo establece la posibilidad del rebajo de los salarios por el tiempo no laborado en el caso de las huelgas que se declaren ilegales, es decir, desde el primer día de huelga se suspende el contrato laboral y automáticamente se dejan de pagar los salarios. Y solamente si la huelga es declarada legal y además se demuestra en sentencia que el motivo de la huelga es imputable al patrono por un "incumplimiento grave" de los patronos se pagarían esos salarios. Esto implica que las personas trabajadoras pueden ejercer su derecho de huelga de buena fe, cumplir con todos los requisitos legales para que la huelga sea declarada legal, pero aun así no se reconocería el pago de sus salarios si no logran demostrar en el juicio que el motivo de la huelga se originó en incumplimientos graves por parte del patrono de los contratos de trabajo, con el agravante de que el proyecto de ley y el Código de Trabajo no definen en ninguna parte cuáles serían esos incumplimientos graves. También consultan si el artículo 375 bis, del Código de Trabajo, adicionado por el artículo 2, del proyecto en discusión, podría contener la violación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad y debido proceso. Reclaman que se quiera prescindir del trámite de calificación previa que reconoce el Código de Trabajo, únicamente por el hecho de que una huelga se dé a lo interno de una institución pública que brinde los llamados servicios esenciales y que por tal circunstancia se le deba considerar, a priori, como manifiestamente ilegal, pues esto compromete los principios de razonabilidad y proporcionalidad, además del debido proceso, ya que de los alcances del artículo 39, de la Carta Magna, se deriva la necesidad de que sea la autoridad competente, o sea, la jurisdicción, quien dentro de

sus competencias constitucionales y legales, deba pronunciarse sobre estos extremos. Finalmente, consultan que el artículo 376, inciso 10), fue modificado vía moción para introducir prohibición del derecho a la huelga en prácticamente la totalidad de los servicios judiciales y auxiliares, pero no fue consultado al Poder Judicial, ni a las organizaciones de las personas trabajadoras del Poder Judicial, lo que en su criterio podría ser una posible violación al artículo 167, de la Constitución Política y de la obligación de consulta a las organizaciones de trabajadores según convenios de la OIT y criterios del Comité de Libertad Sindical.

2.- Por Resolución N° 2019-17949 de las 9:20 horas del 18 de septiembre de 2019, la Sala resolvió acumular la consulta legislativa facultativa N° 19-016630-0007-CO en la que los diputados consultan sobre la reforma al artículo 379, del Código de Trabajo. Afirman que durante la fase de tramitación de mociones de fondo del proyecto N° 21.049 en el Plenario Legislativo, fueron aprobadas dos mociones en particular sobre el artículo 379, del Código de Trabajo. La redacción propuesta del artículo 379, del Código de Trabajo, la cual se encuentra en conexión y es conforme con los actuales artículos 73 y 380, del Código de Trabajo vigente, establece que la huelga suspende los contratos de trabajo y por lo tanto quedan suspendidas las principales obligaciones contractuales de las partes; los huelguistas dejan de cumplir sus actividades laborales, y el patrono deja de pagar la remuneración salarial por el tiempo que dure la huelga. El artículo 73 dispone lo siguiente: *“La suspensión total o parcial de los contratos de trabajo no implica su terminación ni extingue los derechos y obligaciones que emanen de los mismos. La suspensión puede afectar a todos los contratos vigentes en una empresa o sólo a parte de ellos”*. El artículo 380 dispone lo siguiente: *“La huelga legal suspende los contratos de trabajo vigentes en los establecimientos, negocios, departamentos o centros de trabajo en que esta se declare, por todo el tiempo que ella dure. En los casos en que la huelga no se haya declarado en la totalidad del centro, sino en uno de los departamentos, secciones o categoría de trabajadores específicos, la suspensión operará únicamente respecto a estos”*. La suspensión del contrato de trabajo y por ende del pago del salario, se limitaría, según la redacción propuesta del mencionado artículo 379, exclusivamente a *“los trabajadores que se encuentren participando del movimiento”*, lo cual es conforme con lo que al respecto disponen los artículos 373 y 393, vigentes en el Código de Trabajo. Aducen que, si bien el artículo 373 transcrito estaría siendo reformado por el proyecto 21.049, la parte que se indicó se mantiene incólume. Sostienen que la redacción propuesta para el artículo 379 incluye un supuesto de hecho, una excepción, que conllevaría el pago de salario a los huelguistas, siendo conforme, además, con lo previsto en el artículo 386, del Código vigente. Algunos señores y señoras diputadas arguyeron en el Plenario que la modificación contraviene el principio de progresividad

de los derechos laborales. Específicamente, en el acta de la sesión extraordinaria número 11 del martes 3 de setiembre de 2019, en la intervención del diputado Villalta Florez-Estrada, cuyo reclamo se fundamenta en que la reforma legal dejaría la legislación en una peor situación de la que existe hoy y de la que existía con el Código de Trabajo de 1943 porque, en su alegato, el tratamiento salarial del proyecto quebranta el derecho a la huelga porque establece la posibilidad del rebajo de los salarios desde el primer día de huelga y solamente si la huelga fuera declarada legal y además se demostrara que el motivo de la huelga fuera imputable al patrono por un “*incumplimiento grave*” se pagarían esos salarios. Señalan que actualmente el artículo 379 establece que para proceder al rebajo de salarios se requiere una declaratoria de ilegalidad de la huelga y que, en concordancia con la jurisprudencia de la Sala Constitucional, no puede rebajarse el salario si la huelga es declarada legal. En consideración a lo indicado, consultan a esta Sala si la reforma que se introduciría al artículo 379, del Código de Trabajo, es regresiva o no, de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Costa Rica el 11 de diciembre de 1968, específicamente en su artículo 8, inciso d), de la Constitución Política, las disposiciones del Código de Trabajo de 1943 y reformas introducidas con la Ley N° 9343 del 25 de enero de 2016, “*Reforma Procesal Laboral*”, y también, con los principios de la Organización Internacional de Trabajo (en adelante OIT) y la doctrina de sus órganos de control. Consideran que para determinar si la reforma al artículo 379 es constitucional o no es indispensable comparar las modificaciones realizadas a dicho artículo del código laboral en relación a la legislación vigente, a fin de determinar si ellas representan cambios que impliquen una regresión en los derechos laborales. Aseguran que se elimina del texto el concepto de “*rebaja salarial*”, que según lo antes descrito se ha prestado para interpretaciones incorrectas que han tenido graves consecuencias para los empleadores, trabajadores y la sociedad en general, y que, de no modificarse, se pueden seguir ocasionando. Luego, los párrafos tercero y cuarto complementan lo establecido en artículos ya existentes y que permanecen vigentes, y lo que se procura es evitar que sean obviados por los operadores jurídicos, tal como ha ocurrido en los meses anteriores. Así, el párrafo tercero reitera el reconocimiento de las obligaciones recíprocas implícitas en los contratos sinalagmáticos. Por tanto, la redacción aprobada complementa y aclara los efectos que implican la suspensión del contrato, que siempre han estado implícitos en el numeral 380, pues como ha establecido la jurisprudencia de forma reiterada, la suspensión aplica para ambas partes. El cuarto párrafo reitera el principio de culpabilidad, según el cual, la aplicación de penas o sanciones requiere como condición la responsabilidad del autor. La redacción aprobada utiliza el mismo calificativo de “grave” al incumplimiento del contrato al igual que aparece en el numeral 386 vigente

y, por otra parte, el párrafo aprobado resume lo regulado en el artículo 386 y lo complementa sin modificar de ninguna manera su contenido. Corolario de lo anterior, consultan sobre si los supuestos normativos introducidos en la reforma del proyecto de ley al artículo 379, del Código de Trabajo, resultan contrarios al principio constitucional de no regresividad en los derechos fundamentales en relación con los siguientes aspectos: 1. Si la suspensión del contrato de trabajo para ambas partes de la relación que introduciría el párrafo tercero contravendría lo establecido en el artículo 380 vigente, o bien, si al permanecer incólume este último numeral, ambos más bien se complementan. 2. Si los supuestos normativos en la reforma que introduce el párrafo cuarto contravienen lo establecido en el artículo 386 vigente, o bien, si al permanecer incólume este último numeral, ambos más bien se complementan. 3. Si el proyecto de ley consultado cumple con los principios de proporcionalidad y razonabilidad con base en todo lo expuesto anteriormente. En cuanto a la reforma al artículo 376, se ha cuestionado la constitucionalidad de la norma indicada, pues se considera que la frase "aquellos cuya suspensión, discontinuidad o paralización pueda causar daño significativo a los derechos a la vida, la salud y la seguridad pública" entraría en contradicción con el mismo artículo 376, en su inciso 4), los denominados servicios de transporte ferroviario, marítimo, carga y descarga en muelles y atracaderos de bienes perecederos, en tanto su ligamen con la definición inicial sería de manera indirecta. Adicional a lo anterior, tanto a nivel de jurisprudencia de la Sala Constitucional como a nivel doctrinario, existen fundamentos amplios para valorar que los supuestos sobre los cuales es posible considerar como esencial una actividad, también incluyen aspectos de índole económica. En cuanto a doctrina jurídica, una parte de ella se decanta por ampliar los supuestos para la determinación de la esencialidad de un servicio público, hasta llegar a aquellos que afecten tanto la economía como el desarrollo nacional. En razón de lo anterior, surge la duda de constitucionalidad de si el inciso 4), del artículo del artículo 376, que incluye como servicios esenciales la carga y descarga en muelles y atracaderos de bienes perecederos, en tanto el enunciado inicial de la misma norma refiere que "aquellos cuya suspensión, discontinuidad o paralización pueda causar daño significativo a los derechos a la vida, la salud y la seguridad pública" pudiera ser contrario al artículo 61, de la Constitución Política, que reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca.

3.- La copia certificada del expediente legislativo N°21.049 se recibió en la Sala el día 10 de setiembre de 2019.

4.- Por escrito presentado a las 11:08 horas del 20 de septiembre de 2019, Victor Manuel Rodríguez Rescia, en su condición de representante del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Responsabilidades Sociales, presenta argumentos bajo la figura *amicus curiae*.

5.- Por escrito presentado a las 11:12 horas del 26 de septiembre de 2019, por Mario Rojas Vilchez, en su condición de Secretario General de la Confederación de Trabajadores Rerum Novarum, presenta argumentos bajo la figura *amicus curiae*.

6.- Por escritos presentados a las 11: 39 horas y 14:58 horas de los días 1° y 2° de octubre de 2019, por Carlos Ricardo Benavides Jiménez, diputado de la Asamblea Legislativa, presenta argumentos bajo la figura *amicus curiae*.

7.- Por resolución de las 13:05 horas del 15 de octubre de 2019, el magistrado instructor solicitó como prueba para mejor resolver, al señor Carlos Ricardo Benavides Jiménez, Presidente de la Asamblea Legislativa, o a quien ocupara su cargo, para que manifestara en el plazo de ocho horas, si la Asamblea Legislativa consultó a la Corte Suprema de Justicia, el proyecto aprobado en Primer Debate. Con el escrito presentado a las 15:48 horas del 15 de octubre de 2019, el señor Benavides Jiménez, se manifestó en el sentido que el Proyecto de Ley denominado “Ley para brindar seguridad jurídica sobre la huelga y sus procedimientos”, expediente N° 21049, aprobado en primer debate NO ha sido consultado a la Corte Suprema de Justicia.

8.- El magistrado Cruz Castro, presenta razones de inhibitoria dado que al conocer el proyecto de ley consultado, ante la Corte Suprema de Justicia, expresó su criterio señalando que no afectaba la organización y funcionamiento del Poder Judicial. Como ello podría incidir en su objetividad o condición de juez natural, y dada la importancia del proyecto, decide separarse del expediente y remitir los autos a la Presidencia de la Sala para lo que corresponda.

9.- Por resolución de las 16:28 horas del 16 de octubre de 2019, el Presidente en ejercicio de la Sala Constitucional, Fernando Castillo Víquez, aceptó las razones de inhibitoria del magistrado Cruz Castro, y procedió con base en el artículo 49, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a habilitar a la magistrada suplente que le sustituye, señora Ana María Picado Brenes.

10.- El magistrado Rueda Leal, señala el 22 de octubre de 2019, que al haberse planteado la consulta relacionada con el inciso 10), del numeral 376, del proyecto de ley, denominado “Ley para brindar seguridad jurídica sobre la huelga y sus

procedimientos”, y con el que se pretende introducir al Código de Trabajo, una disposición que afecta a ciertos servicios judiciales como derecho de familia, pensiones alimentarias, violencia intrafamiliar, entre otras, presenta razones de inhibitoria, toda vez que su esposa Sandra Mora Venegas, se desempeña en un puesto interino de Supervisora en materia de pensiones alimentarias y familia en la Defensa Pública del Poder Judicial.

11.- Por resolución de las 16:21 horas del 22 de octubre de 2019, el Presidente a.í. de la Sala, Fernando Castillo Víquez, rechazó las razones señalando, entre otras cosas, que el régimen de excusas, inhibitorias y recusaciones de los magistrados de la Sala Constitucional es un régimen excepcionalísimo y, por consiguiente, no le son aplicables las simples recusaciones, inhibitorias y excusas regulados en la legislación procesal ordinaria. Así, denegó la gestión y declaró habilitado al magistrado Rueda Leal para el conocimiento de este proceso.

12.- El magistrado Araya García, presenta el 23 de octubre del año en curso, formal inhibitoria para conocer de la consulta legislativa facultativa, toda vez que dentro de las dudas que plantean las señoras y señores diputados, es el inciso 8), del artículo 376, que se pretende introducir al Código de Trabajo, disposición que contempla la actividad en la que un tío materno es propietario de un inmueble que brinda diversos servicios automotrices, como el expendio de combustibles, actividad esta última que actualmente y desde hace algunos años, se encuentra siendo ejercida por un tercero en virtud de un contrato suscrito entre las partes para tal efecto.

13.- Por resolución de las 11:30 horas del 23 de octubre de 2019, el Presidente a.í. de la Sala, Fernando Castillo Víquez, rechazó las razones señalando, entre otras cosas, que el régimen de excusas, inhibitorias y recusaciones de los magistrados de la Sala Constitucional es un régimen excepcionalísimo y, por consiguiente, no le son aplicables las simples recusaciones, inhibitorias y excusas regulados en la legislación procesal ordinaria. Así, denegó la gestión y declaró habilitado al magistrado Araya García para el conocimiento de este proceso.

Redacta el **Magistrado Salazar Alvarado los considerandos I, II, III.1, III.2, III.4, IV.1, IV.2, IV.3, IV.6, IV.7, IV.8, y V.1.**, redacta el **Magistrado Rueda Leal los considerando III.3** (de forma conjunta con **la Magistrada Picado Brenes**), **IV.4, IV.10 y V.2**, redacta la **Magistrada Hernández López el considerando IV.5** y redacta el **Magistrado Castillo Víquez el considerando IV.9.** y,

Considerando:

I.- De conformidad con lo que dispone el artículo 96, inciso b), de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, nos encontramos frente a una consulta facultativa, planteada por más de diez Diputados y Diputadas de la Asamblea Legislativa, por lo que esta Sala revisará únicamente los extremos cuestionados en forma concreta por los consultantes y no aspectos generales de constitucionalidad de la Ley que contiene la norma impugnada, según lo dispone el artículo 99, de la ley que rige esta jurisdicción.

II.- **Sobre las gestiones *amicus curiae*.** En lo que se refiere a las diferentes gestiones *amicus curiae* presentadas al expediente, éstas no se deben tener en cuenta para resolver las consultas que nos ocupan, al no estar, ese tipo de solicitudes, reconocidos en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, lo que sí sucede con las coadyuvancias en los procesos de amparo, de hábeas corpus y de las acciones de inconstitucionalidad, y porque no forman parte del control previo de constitucionalidad (véase Sentencias N° 2004-1603 de las 9:30 horas del 17 de febrero de 2004 y N° 2008-15760 de las 14:30 horas del 22 de octubre de 2008, entre otras).

III.- Consulta sobre la forma.

1. Inaplicabilidad del artículo 208 bis (hoy 234 bis), del Reglamento Legislativo. Se consulta a la Sala, concretamente, sobre la restricción de la naturaleza de la iniciativa de ley, sobre la cual solo se puede aplicar en materias que requieran de mayoría absoluta para su aprobación. La duda de constitucionalidad, es que en el trámite del proyecto de ley, algunos artículos que inicialmente formaban parte de la iniciativa, fueron excluidos de la reforma, otros se mantuvieron, y diferentes, fueron incluidos como el inciso d), del artículo 349, del Código de Trabajo. Señalan que dicho numeral regula la obligación de los sindicatos de enviar cada año al mismo Departamento de Organizaciones Sociales una nómina completa de sus miembros. Con la pretendida reforma, esa obligación se complementa con:

“..., y señalar un medio electrónico para atender notificaciones. Dicha dirección electrónica debe estar debidamente registrada y actualizada ante el Ministerio de Trabajo, y será utilizada exclusivamente para recibir notificaciones en los trámites de calificación de movimientos huelguísticos regulados en este código y para los efectos del trámite del artículo 375 bis de este código. El Ministerio de Trabajo brindará acceso público y en línea a la lista de medios electrónicos establecidos por cada una de las organizaciones sindicales registradas. En caso de incumplimiento de este

requisito, las resoluciones que se dicten se tendrán por notificadas de forma automática”.

Interpretan, que hay un cambio radical en lo que toca a la mayoría requerida para la aprobación del proyecto, que pone en compromiso los límites materiales del artículo 208 bis (hoy 234 bis), pues el Ministerio de Trabajo brindaría libre e irrestricto acceso al público, en línea, a cualquier particular al sitio web de dicha cartera y conocer, en detalle, las listas de afiliados de todos los sindicatos inscritos en el Departamento de Organizaciones Sociales y hasta sus respectivos correos electrónicos. Consideran, que si bien las organizaciones tienen un régimen especial por su naturaleza, promover la divulgación indiscriminada e irrestricta de tal información, es contraria al artículo 24, de la Constitución Política, con lo cual la votación requerida para la aprobación pasaría de mayoría absoluta a mayoría calificada. Incluso, refuerzan la posición con lo establecido en la Ley de Protección de Datos de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, N° 8968 de 7 de julio de 2011.

La consulta a la Sala es si se podría interpretar que la disposición implica, de algún modo, la apertura a la información de los miembros de las asociaciones sindicales, como correos personales, la cual consideran es información privada y sensible. En tal caso, se alega que la disposición conllevaría un efecto que viciaría el procedimiento especial establecido de conformidad con el 208 bis (hoy 234 bis), del Reglamento de la Asamblea Legislativa.

En el criterio de la Sala, los efectos señalados, que se pudieran deducir de la norma no son ni directa ni específicamente dirigidas a revelar datos personales de los miembros de los sindicatos registrados, como para considerar que se debería exigir elevar el requerimiento de votación absoluta a calificada para la Asamblea Legislativa. La norma debe interpretarse, en el sentido que tiene como fin regular el correo del (los) Sindicato (s), y no inferir que se trataría de la lista de los sindicalizados, para lo cual, existen protecciones en las leyes vigentes que deben ser observadas y resguardadas, por las siguientes razones:

En primer lugar, lo que se consulta, es una interpretación de los gestionantes, que por extensión -entienden- que podría implicar la obligación de publicitar la dirección de correo electrónico de los miembros (y de las organizaciones sindicales), con implicaciones serias como persecución y descalificación de los trabajadores en el mercado laboral para los asociados. La Sala no encuentra asidero alguno para esa interpretación, pues de la simple lectura de la norma, debe entenderse que solo impone

dos obligaciones al sindicato, en particular, la de informar al Departamento de Organizaciones Sociales sobre la nómina completa de sus miembros y, la de la organización de proporcionar a dicho Departamento su correo electrónico para recibir notificaciones. Ambas, en ese mismo orden, no tienen los efectos que quieren endilgarle a la reforma los gestionantes. Véase, en el texto de la norma, que la primera obligación, es seguida de una coma disyuntiva, sobre la obligación de señalar el medio electrónico para notificaciones en los trámites de calificación de los movimientos huelguísticos. Así, la Sala no interpreta que la reforma tiene por objeto autorizar el uso de la información como la nómina completa de los asociados o miembros de los sindicatos registrados, más bien el fin de la disposición es establecer esas obligaciones a partir de la información de los correos electrónicos pero de la asociación como tal. Si, se interpretara de otro modo la disposición reformada, para pretender obligar al Ministerio de Trabajo a brindar algún tipo de información relacionada a los propios asociados al Sindicato, respecto de la obligación pero del acceso público y en línea a la lista de medios electrónicos establecidos para cada una de las organizaciones sindicales registradas, en modo alguno debe interpretarse que se modifican las obligaciones legales de protección a la información de los datos personales, según provee la Ley N° 8968, “Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales”, como para alcanzar a sus miembros. Dichos datos deberán protegerse en todo momento.

Segundo, en un contexto general de la disposición, se toma nota de que el proyecto de ley introduce la modificación de la Ley de Notificaciones Judiciales, N° 8687 de 4 de diciembre de 2008, lo cual debe entenderse con el artículo 3 de ese proyecto de Ley, que la reforma tiene como objetivo habilitar la notificación personalmente en determinadas condiciones, en el domicilio contractual, casa de habitación o en el domicilio real o registral, para el traslado de la demanda o auto inicial en cualquier clase de proceso, salvo “... *en los procesos de calificación de los movimientos huelguísticos en que se procederá de conformidad con el Código de Trabajo*”. El fin de la norma, entonces, tiene relación con el objetivo de permitir la notificación más expedita posible a los sindicatos, en el medio electrónico señalado previamente, como consecuencia agregado al inciso d), del artículo 349 consultado.

2.- Consulta constitucional a la Corte Suprema de Justicia. Sobre esta duda, señalan los consultantes que no hubo la consulta institucional a que se refiere el artículo 167, de la Constitución Política. Se señala que el proyecto de ley obtuvo dos consultas, el primero respecto del primer texto base, y posteriormente el texto sustitutivo aprobado el 22 de mayo del año en curso, pero no el aprobado en primer debate el 3 de setiembre pasado. Señalan, que si fuera necesario la consulta y la Corte Suprema de

Justicia determina que sí hay afectación a la organización y funcionamiento del Poder Judicial, se requeriría de la aprobación por treinta y ocho votos, en cuyo caso, saldría del alcance del artículo 208 bis (hoy 234 bis), del Reglamento de la Asamblea Legislativa. En tal sentido, el texto sustitutivo del 22 de mayo sufrió posteriores modificaciones, por mociones durante su tramitación en Comisión previo al dictamen, luego por mociones de fondo en el Plenario, y posteriormente, mediante las mociones de reiteración. En ellas se originan nuevas funciones para el Poder Judicial, específicamente a los Juzgados de Trabajo.

Así puntualiza esas modificaciones en los artículos 663, del artículo 1º, del proyecto, y las adiciones al 375 bis, los artículos 376 quater, 376 quinquies, y 664 bis, del artículo 2º, del proyecto, sobre las que no se consultó.

Respecto de los artículos 663 y 375 bis, con la reforma del Código de Trabajo, adiciona un párrafo final que dice: *“Bajo ninguna circunstancia se podrán ampliar los plazos establecidos en la presente normativa”*, se dice que establece una prohibición absoluta a los jueces del Poder Judicial, sin salvar los casos de fuerza mayor o caso fortuito, para modificar los plazos de tramitación y la posible consecuencia para el juzgador. En realidad, estima esta Sala, que debe decantarse conforme a la jurisprudencia constitucional, de que el legislador es libre de diseñar los procedimientos administrativos y judiciales, que no conlleva a un problema de constitucionalidad, sino a un asunto de oportunidad y conveniencia, respetando, claro está, los derechos fundamentales de los gobernados (Sentencias N° 2003-05090 de las 14:44 horas del 11 de junio de 2003, N° 2013-110706 de las 11:44 horas del 30 de agosto de 2013 y N° 2017-04005 de las 10:40 horas del 15 de marzo de 2017). En este sentido, el establecimiento de las obligaciones procesales a los jueces laborales, respecto de los casos bajo su jurisdicción, no es un asunto ajeno a la labor que prestan, especialmente, si existen materias de gran envergadura para el país y que requieren del cumplimiento de plazo expeditos. Debemos estar claros, que la huelga en muchos casos del sector público puede tener implicaciones serias, como graves en los destinatarios de los servicios públicos, especialmente si están centralizados o monopolizados en determinados sectores públicos, de ahí la importancia de que un órgano jurisdiccional pueda dirimir los principales aspectos que puedan ayudar a mitigar las consecuencias negativas en la población. La fuerza mayor o caso fortuito que citan, son causas eximentes de responsabilidades, las que deben ser demostradas en su momento en las causas disciplinarias o de otro tipo de responsabilidad sancionatoria, en caso de que los juzgados hayan sobrepasado los plazos (véase que el criterio de Corte Plena varió su posición sobre los plazos en los informes a folios 3556 y siguientes, y 7007 y siguientes).

Lo mismo debería acordarse para los artículos 663 y 375 bis, en cuanto regulan plazos cortos para resolver.

Acusan, que se asignan nuevas competencias a los jueces de trabajo, pues en el artículo 376 quater, se establece la obligación del juez de definición de un plan de servicio mínimo; en el numeral 376 quinquies en los servicios de educación, estaría la obligación de fijar un plan de prestación de servicios que deberá mantenerse a pesar de la huelga, si no hay acuerdo al respecto. El artículo 664 bis, en cuanto establece la obligación del juez de realizar una inspección ocular, para huelgas de servicios de trascendental importancia y de educación, para verificar cumplimiento de planes.

En el criterio expresado por una mayoría de la Sala, en la Sentencia N° 2018-005758 de las 15:40 horas del 12 de abril de 2018, estableció que lo que protege el artículo 167, de la Constitución Política, son aspectos relacionados con la creación, la variación sustancial o la supresión de órganos estrictamente jurisdiccionales o de naturaleza administrativa adscritos al Poder Judicial, o bien crea, *ex novo*, modifica sustancialmente o elimina funciones materialmente jurisdiccionales o administrativas. En el caso que nos ocupa, la discusión radica en un tema de funciones jurisdiccionales, no administrativas, como en aquella ocasión. Entonces, la doctrina ahí citada, contiene un elemento diferenciador, porque para llegar a una conclusión plausible es necesario distinguir del problema que nos ocupa, a qué se refiere el concepto variación "*sustancial*", en la materia jurisdiccional y de poderes del juez. En el diccionario de la Real Academia Española, se define *sustancial* como perteneciente o relativo a la sustancia. Y ésta última, como la materia caracterizada por un conjunto específico y estable de propiedades. En consecuencia, sustancial debe ser aquello relativo al ejercicio y funciones y competencias del juez en una determinada materia. De manera que, se puede decir, que si las funciones que se pretenden crear o modificar, son aquellas que se encuentran dentro del esquema de actividades típicas y normales de un juez, no podría calificarse de sustancial, porque es parte específico de las propiedades jurídicas que ejerce un Juez. Si la Constitución Política establece que corresponde al Poder Judicial conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso-administrativas, así como las otras que establezca la ley, con independencia de la naturaleza y calidad de las personas que intervengan, además, le corresponde también resolver definitivamente sobre ellas. A lo anterior, agrega la ejecución de las sentencias incluso con la ayuda de la fuerza pública si es necesario. En este sentido, el Juez debe desarrollar algunas actividades dentro de las causas o litigios que deben ser normales o típicas de la función jurisdiccional, dentro de las cuales, estaría la imposición de la determinación judicial sobre la voluntad de las partes en

litigio, especialmente respecto de la parte perdidosa y renuente, sobre la cual puede ser impuesta incluso impelida con la ayuda de la fuerza pública. Lo mismo debe decirse respecto de la actividad probatoria, como sería la constatación de hechos mediante las inspecciones judiciales. Ninguna de ambas trataría de actividades que serían impuestas por primera vez a los jueces, y mucho menos, considerarse como una variación sustancial de la actividad jurisdiccional del juez. En el criterio de la Sala, ninguna generaría la necesidad de consultar a la Corte Suprema de Justicia por aspectos de organización y funcionamiento del Poder Judicial, en el tanto, que si bien se imponen obligaciones a la judicatura en la administración de justicia, en aspectos atinentes a su labor, que es a través del razonamiento y la ponderación de las pretensiones en disputa, definir y decidir cuestiones con un carácter procesal permanente. En este caso, decidir sobre un plan de servicio mínimo o de servicio de educación, en los casos en que ello proceda, o practicar la inspección ocular, no son labores materiales y sustanciales del juez que imponga nuevas obligaciones, en este el caso, toda vez que se realizan constantemente en las diferentes jurisdicciones y no es una competencia ajena a la judicatura cuando tiene que fijar procesalmente el estado de cosas, lo que debe hacer al constatar cuestiones de hecho y de derecho. Véase, que sobre el régimen probatorio, los artículos 476, del Código de Trabajo, pero especialmente el inciso 6), del numeral 479, del mismo Código, permite el reconocimiento judicial, de manera, que no es una actividad jurisdiccional nueva o sustancialmente diferente a lo que practican en la jurisdicción laboral. En todo caso, no parecen ser temas controversiales que permitan llegar a la conclusión de que se trata de la creación de funciones jurisdiccionales nuevas, modificación o eliminación de funciones que podrían afectar propiamente la labor de la administración de justicia.

2.1 Nota del magistrado Salazar Alvarado (plazos). Si bien, en la Sentencia N° 2018-005758 de las 15:40 horas del 12 de abril de 2018, salvé el voto por la interpretación del alcance que le proporcionó la Sala al artículo 167, de la Constitución Política, toda vez que la cuestión que debía despejarse en aquella ocasión se refería a una reforma que creaba un órgano administrativo con sustitución de las funciones del Consejo Superior del Poder Judicial, cuando por Sentencia N° 1998-5958 de las 14:54 horas del 19 de agosto de 1998, esta Sala estableció que:

“En efecto, los asuntos que preceptivamente requieren de una consulta a la Corte Suprema de Justicia son aquellos que se refieran “a la organización o funcionamiento del Poder Judicial”, donde el término “funcionamiento” alude no sólo a los aspectos de régimen interno administrativo de los

despachos judiciales, sino también a las cuestiones procesales que rigen la sustanciación de los diversos asuntos sometidos a estos estrados [...]”.

Aquella situación es distinta a la que nos ocupa, pues evidentemente la norma que se consulta no tiene relación con aspectos administrativos del Poder Judicial, y sí la tiene con sus funciones jurisdiccionales; sin embargo, es correcto sostener que no alberga una violación al mencionado artículo 167, pues no se trata de una variación sustancial y por ello no toda reforma en esos términos requiere de la consulta institucional. Es decir, aunque la sentencia analiza que en el proyecto de ley sí tiene una incidencia sobre el aspecto jurisdiccional del Poder Judicial, se llega a la conclusión que no requiere de la consulta y en ello el precedente aplica correctamente. Ya sobre este tema hay coincidencia con la mayoría, en cuanto se consultan de los artículos 663 y 375 bis, con la reforma del Código de Trabajo, y se adiciona un párrafo final que dice: “*Bajo ninguna circunstancia se podrán ampliar los plazos establecidos en la presente normativa*”. Por Sentencia N° 2008-05179 de las 11:00 horas del 4 de abril de 2008, refiriéndose al contenido del artículo 167, Constitucional, estableció que:

“Se trata de una formalidad esencial o sustancial del procedimiento legislativo de observancia obligatoria cuando el proyecto de ley que se pretenda aprobar verse sobre la organización o funcionamiento del Poder Judicial. Bajo esta inteligencia, se impone determinar el contenido, sentido y alcance de la expresión proyectos de ley “(...) que se refieran a la organización y funcionamiento del Poder Judicial (...)”. Cabe apuntar que tal exégesis se impone en aras de mantener el equilibrio de poderes, sin privilegiar a uno u otro órgano constitucional, de manera que cada uno pueda ejercer sus funciones de manera independiente y separada como lo impone el propio texto constitucional (artículo 9° de la Constitución). En otros términos, la precisión de tales conceptos evita cualquier colisión, extralimitación o exacerbación de las respectivas funciones, en aras de mantener el equilibrio y la contención de los poderes, por cuanto, el fin de la norma lo constituye no sólo la independencia funcional y la autonomía presupuestaria del Poder Judicial, sino, también, el equilibrio entre el Poder Legislativo y Judicial. En efecto, una interpretación amplia de los términos empleados por el constituyente originario, por parte de la Corte Plena, podría conducir a que determinadas materias que, en sentido estricto no están referidas a la organización y funcionamiento del Poder Judicial, ameriten, injustificadamente, de una ley reforzada, con lo cual se ralentiza o entorpece, innecesariamente, la función legislativa. De otra parte, la desaplicación por

la Asamblea Legislativa de la norma constitucional, al considerar, equívocamente, que el proyecto no versa sobre organización y funcionamiento del Poder Judicial, podría provocar una lesión a la independencia funcional y autonomía presupuestaria del Poder Judicial. La mayoría de este Tribunal Constitucional estima que un proyecto de ley versa sobre tales extremos cuando contiene en su articulado normas explícitas que disponen la creación, la variación sustancial o la supresión de órganos estrictamente jurisdiccionales o de naturaleza administrativa adscritos al Poder Judicial o bien crea, ex novo, modifica sustancialmente o elimina funciones materialmente jurisdiccionales o administrativas. Debe tomarse en consideración que la norma constitucional de comentario armoniza dos aspectos de carácter fundamental, por una parte la independencia del Poder Judicial y por otra el ejercicio de la libertad de configuración o conformación del legislador, la cual no tiene otro límite que el Derecho de la Constitución. En efecto, por principio, el legislador ordinario goza de una amplia libertad de conformación de la realidad social, económica y política, a través del ejercicio de la potestad legislativa, la cual reside originariamente en el pueblo y es constitucionalmente delegada en la Asamblea Legislativa por su carácter de órgano político representativo (artículos 105 y 121, inciso 1º, de la Constitución Política). Esa potestad legislativa, únicamente, puede tener los límites que establece el constituyente y, en general, el bloque de constitucionalidad, de modo que para evitar una limitación indebida de la libertad de configuración legislativa, cualquier disposición que establezca una condición o límite que la agrave debe ser interpretado en sus justos y razonables términos, para facilitar su ejercicio. Un valladar importante, establecido por el constituyente, a la discrecionalidad legislativa, lo constituye, precisamente, el ordinal 167 de la Constitución, en aras de mantener la independencia del Poder Judicial al disponer una consulta preceptiva de los proyectos de ley referidos a la organización y funcionamiento que le atañen a ese Poder de la República. No obstante, ese límite debe ser interpretado en su verdadera dimensión, de modo que opere cuando de manera sustancial, objetiva y cierta el proyecto de ley se refiere a tales materias, de lo contrario se limita, innecesaria e injustificadamente, la libertad de configuración del legislador ordinario. Es así que cuando el proyecto de ley no versa sobre las materias ya precisadas, el Poder Legislativo puede prescindir de la consulta a la Corte Plena y, por consiguiente, de la aprobación de una ley calificada o reforzada para regular la materia. Es claro que habrá materias que, clásicamente, son reserva de ley como el

establecimiento de las penas y su gradación (artículos 39 y 121 de la Constitución), respecto de las que el legislador, al definir la política criminal o de persecución penal, tiene entera y plena libertad de conformación todo dentro de los límites impuestos por el parámetro de constitucionalidad. En suma, un proyecto de ley que aumente o disminuya las penas a imponer por una conducta ilícita, típica y antijurídica, sustancial y objetivamente, no se refiere a la organización y funcionamiento del Poder Judicial, sino a la definición de las políticas criminales que son resorte exclusivo del Poder Legislativo. Resulta claro que la incidencia refleja o indirecta del aumento o disminución de penas o de la tipificación como delito de una determinada conducta que pueda contener un proyecto de ley, en el Poder Judicial, en cuanto amerite algunos ajustes organizacionales o funcionales, no constituye, en sentido estricto, una materia referida, directa y explícitamente, a la organización y funcionamiento de ese Poder, por cuanto, no supone la creación, variación sustancial o supresión de órganos o funciones jurisdiccionales o administrativas adscritas al Poder Judicial. Así, este Tribunal Constitución en el Voto No. 4258- 02 de las 9:40 hrs. de 10 de mayo de 2002, estimó que “V.- (...) No puede tampoco alegarse contra la norma un efecto apenas indirecto, que sería causado por un cambio en el presupuesto general del Poder Judicial, que a su vez podría incidir sobre la función jurisdiccional. El efecto de segundo grado como sería éste, no es un criterio de importancia constitucional suficiente como para invalidar un acto del Poder Legislativo”. De lo contrario, el Poder Judicial sometería, a través de una opinión consultiva semi-vinculante –en cuanto admite que la Asamblea Legislativa se aparte de ésta a través de una ley calificada-, la definición legislativa de las políticas criminales, que como se dijo es resorte exclusivo del Poder Legislativo, a una seria e importante restricción no querida o impuesta por el constituyente originario”.

En otro antecedente más reciente, Sentencia N° 2018-19511 de las 21:45 horas del 23 de noviembre de 2018, esta Sala estableció con claridad que:

“Ahora, el adecuado equilibrio entre el Poder Legislativo y el Judicial pasa por la correcta comprensión de los pesos y contrapesos entre ellos. Si un proyecto de ley atañe a la organización y funcionamiento del Poder Judicial, pero este no es consultado o, pese a su oposición, la aprobación legislativa no se da por mayoría calificada, se vulnera la independencia judicial. De otro lado, si se otorga al Poder Judicial, sin fundamento alguno, la posibilidad de

incidir para que un proyecto de ley deba ser aprobado por mayoría calificada, el resultado es una transgresión flagrante de la competencia normativa del Poder Legislativo. De ahí que se deba aplicar el control de constitucionalidad en el sub examine, a fin de resguardar el requerido justo equilibrio entre esos Poderes, dentro del marco institucional y el diseño político concebidos por el Constituyente. La labor de la Sala Constitucional, en este contexto, es desentrañar el contenido del artículo 167 a fin de verificar sus alcances y preservar el justo equilibrio entre Poderes de la República”.

Coincido con la mayoría de la Sala de que la celeridad de los plazos establecidos en las disposiciones que se consultan no representa una variación *sustancial* de las actividades de los jueces, tomando en cuenta que se requiere de su atención especial para casos excepcionales en los que los trabajadores o funcionarios públicos en aquellos servicios considerados como esenciales se declaran en huelga, a pesar de estar restringido. Y si bien, se trata de un problema aparte la definición de lo que son los servicios esenciales, el abordaje del problema de la intervención de los juzgados de trabajo para resolver estos conflictos de manera expedita, de cara a los usuarios, es un problema como tal excepcional. Lo mismo para las funciones típicas de los jueces al decidir el tema del plan mínimo de servicios trascendentales a falta de acuerdo entre partes, o en el tema de la educación como servicio estratégico de la Nación, o el tema de la inspección ocular. En el criterio del suscrito, la normativa no implica un cambio significativo de las funciones del Juez de Trabajo, y por ende, no altera sus competencias como para estimar que requiera de la consulta institucional garantizada en el artículo 167, de la Constitución Política.

2.2 RAZONES PARTICULARES DE LOS MAGISTRADOS RUEDA LEAL Y CHACÓN JIMÉNEZ SOBRE LOS PLAZOS ESTIPULADOS EN EL PROYECTO PARA LA RESOLUCIÓN DEL PROCESO DE DECLARATORIA DE HUELGA.

Los plazos estipulados en una ley para la resolución de un proceso judicial, así como las consecuencias de su incumplimiento, en principio, forman parte de la libre configuración del legislador. Tales estipulaciones, en la medida en que afecten la organización o el funcionamiento del Poder Judicial, deben ser consultadas a la Corte Suprema de Justicia a los efectos del trámite legislativo y de la determinación de las mayorías requeridas para su aprobación.

Sobre el proyecto de ley de marras, aun cuando no se le consultaron a la Corte Suprema de Justicia las adiciones a los numerales 663 y 375 bis que estipularon “Bajo

ninguna circunstancia se podrán ampliar los plazos establecidos en la presente norma”, no se observa que estas configuren un cambio sustancial en su organización y funcionamiento, pues la última versión que fue remitida a ese órgano ya contemplaba plazos calificados de improrrogables con la respectiva responsabilidad disciplinaria del juez en caso de su incumplimiento y, en esa oportunidad, se informó a la Asamblea Legislativa que no afectaba la organización ni el funcionamiento del Poder Judicial, criterio con el que esta Sala coincide.

Por otro lado, en el Derecho Procesal, que es de orden público y, por ende, de obligado acatamiento tanto para las partes como para las personas juzgadoras, para que un plazo ostente la condición de *perentorio*, resulta indispensable que su incumplimiento produzca repercusiones en el proceso. Así, por ejemplo, con relación a las partes, es claro que la parte demandada cuenta con plazos previamente establecidos para contestar la demanda y que ambas partes también cuentan con plazos previamente definidos para recurrir las resoluciones judiciales. Si esto lo hacen fuera de esos plazos, se puede afirmar en términos generales que la gestión no produce efectos jurídicos. Algunos ejemplos de la perentoridad de los plazos en la judicatura se pueden apreciar en la legislación procesal familiar, propiamente en el artículo 98 bis.g) del Código de Familia, el cual dispone que en los procesos de filiación, una vez contestada la demanda, se debe convocar a una audiencia única en la cual se deben desarrollar siete aspectos *bajo pena de nulidad*; o en la legislación procesal laboral, pues en el artículo 537 del Código de Trabajo está dispuesto que en los procesos ordinarios, cuando la sentencia se dicta expirados los plazos previstos para ese fin, *lo actuado y resuelto será nulo*, así como que *el juicio deberá repetirse ante otro juez o jueza*.

En el proyecto consultado, a pesar de que existen sendas disposiciones que señalan que los plazos establecidos no se pueden ampliar bajo ninguna circunstancia, lo cierto es que no se estableció alguna consecuencia específica para el proceso en caso de incumplimiento.

Lo que el proyecto de ley contempla, de forma expresa, es una única consecuencia al incumplimiento de los plazos, la cual es meramente disciplinaria contra el juez responsable. Sin embargo, en el artículo 3.2 del mismo proyecto se propone una nueva reforma al artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y al final del párrafo primero, se vuelve a señalar, con toda claridad, que *“Los funcionarios judiciales podrán ser sancionados disciplinariamente con suspensión o despido, según la magnitud de la*

falta, cuando la justicia se haya retardado por causa atribuibles a ellos.”¹ Como se aprecia, ese eventual incumplimiento de los plazos no está exento de hechos imprevisibles, de fuerza mayor o de algún otro motivo razonable ajeno al servidor que justifique la mora; de ahí que, a efectos de establecer algún tipo de responsabilidad disciplinaria, el órgano competente deba realizar un análisis casuístico.

Por consiguiente, nuestro criterio es que las frases “*Bajo ninguna circunstancia se podrán ampliar los plazos establecidos en la presente norma*” contenidas al final de los artículos 663 y 375.bis del proyecto, deberán interpretarse en relación con la persona juzgadora y solo sobre hechos que, luego del análisis respectivo, le puedan ser directamente atribuibles. En ese sentido, toma importancia el principio *ad impossibilia nemo tenetur*, que preceptúa que nadie está obligado a lo imposible, de aplicación también en materia disciplinaria. Con base en las consideraciones expuestas, las modificaciones no debían ser consultadas a la Corte Suprema de Justicia, siempre y cuando se interpreten como se ha explicado supra.

2.3.- VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO CASTILLO VÍQUEZ -sobre la Consulta a la Corte Suprema de Justicia.- Las razones por las cuales las normas consultadas -último párrafo del artículo 663 del Código de Trabajo en relación con el artículo 375 bis de ese cuerpo normativo- quebrantan de forma grave el principio de

1 El primer párrafo del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, antes de la reforma que se dirá de seguido, se refiere a los principios dispositivo, de oficiosidad y de celeridad, con sus respectivas excepciones, el cual dice lo siguiente: “Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, a no ser en los casos exceptuados por la ley; pero, una vez requerida legalmente su intervención, deberán actuar de oficio y con la mayor celeridad, sin que puedan retardar el procedimiento valiéndose de la inercia de las partes, salvo cuando la actividad de éstas sea legalmente indispensable.” Mediante Ley 9342 -nuevo Código Procesal Civil-, en el artículo 184.4, se dispuso la ADICIÓN de un párrafo primero a esta norma, el cual contempla la posibilidad de gestionar el pronto despacho cuando hay retrasos y la eventual responsabilidad disciplinaria de la persona juzgadora en caso de incumplimiento injustificado de los plazos, por lo que el párrafo que se ha destacado con subrayado, ahora es el segundo. Sin embargo, en la versión de la Ley Orgánica del Poder Judicial que publica la Procuraduría General de la República en su página web, se aprecia un error material, pues ese párrafo que ordenó adicionar la Ley 9342 no fue ADICIONADO, sino que en esa versión lo que se hizo fue SUSTITUIR al anterior primer párrafo. Más adelante, mediante Ley 9609, Código Procesal Agrario, que entrará a regir el 28 de febrero de 2020 si otra causa no lo impide, se introdujo una nueva reforma al artículo 5 de repetida cita en el artículo 341.5, a través de la cual se incluye un párrafo final que dirá: “Los usos y costumbres tendrán carácter supletorio del derecho escrito. Al resolver los asuntos propios de su competencia, los tribunales, en cualquier instancia, deberán respetar eficazmente los principios y las normas de cada disciplina jurídica, prioritariamente cuando se trate de las especializadas.” En esta última reforma, que como se reitera no ha entrado en vigor, no aparece el primer párrafo que había adicionado el Código Procesal Civil. En el proyecto que ahora está siendo consultado, observamos que la reforma que se propone hacer mediante el artículo 3.2 incluye tanto el párrafo primero que había ordenado adicionar el Código Procesal Civil cuanto el párrafo final que ordena adicionar el Código Procesal Agrario; pero los suscritos Magistrados advertimos que también suprime el párrafo que se refiere a los principios dispositivo, de oficiosidad y de celeridad, con sus respectivas excepciones.

independencia judicial las explica ampliamente la magistrada Hernández López en su voto salvado, las cuales comparto plenamente. Ante la gravedad del tal vicio -se vulnera un elemento nuclear del ejercicio de la función jurisdiccional en un sistema democrático-, la consulta constitucional a la Corte Suprema de Justicia resultaba irrelevante, toda vez que el mecanismo de consulta -solicitar la opinión, evacuarla y, eventualmente, agravar la votación- no resulta idóneo para subsanar el vicio de inconstitucionalidad. En este orden de ideas, hay que tener presentes dos premisas fundamentales. La primera, el deber constitucional de los (as) diputados (as) de legislar conforme al Derecho de la Constitución (valores, principios y normas), tal y como lo prescribe los numerales 18 y 194 de la Carta Fundamental. El segundo, un elemental razonamiento, en el sentido de que si es imposible que una mayoría calificada o la unanimidad de los votos de todos (as) los (as) diputados (as) subsanen un vicio de inconstitucionalidad, también es imposible que una consulta constitucional logre sanear esa patología jurídica, de ahí que era irrelevante la consulta constitucional a la Corte Suprema de Justicia y, por consiguiente, al existir un vicio de fondo, el vicio de procedimiento carece de importancia.

3.- Sobre el vicio de inconstitucionalidad por el procedimiento en relación con la falta de consulta a la Corte Suprema de Justicia del numeral 376 inciso 10) del proyecto de “Ley para brindar seguridad jurídica sobre la huelga y sus procedimientos”. Redactan los Magistrados Rueda Leal y Picado Brenes.

La reforma al inciso supra citado plantea (se cita el inicio de la norma para mayor claridad):

“Artículo 376- Para los efectos del artículo anterior se entienden por servicios públicos esenciales aquellos cuya suspensión, discontinuidad o paralización pueda causar daño significativo a los derechos a la vida, la salud y la seguridad pública. Por su carácter esencial, estará prohibida absolutamente la huelga, en los siguientes servicios:

...

10) Los servicios judiciales en materia laboral, derechos fundamentales, derecho de familia, pensiones alimentarias, violencia intrafamiliar, contravenciones y flagrancia, el levantamiento, práctica de autopsias y posterior entrega de cuerpos, así como los servicios médico forense que impliquen atención urgente, incluyendo en todos los casos los servicios auxiliares necesarios para su efectiva prestación”.

Al respecto, los consultantes afirman que tal inciso no formó parte ni del proyecto original ni del texto dictaminado en comisión, sino que fue modificado a través de una moción de fondo aprobada el 26 de agosto de 2019. Esta moción incluyó como servicios esenciales todos los servicios judiciales relacionados con derecho de familia, derechos fundamentales y contravenciones. Sin embargo, la norma referida no fue consultada al Poder Judicial conforme al ordinal 167 de la Ley Fundamental, a pesar de que afecta en forma directa su organización y funcionamiento.

A los efectos de resolver esta duda de constitucionalidad, primero se debe traer a colación lo que la Sala ya ha expuesto con relación con el artículo 167.

Precisamente, concerniente al sentido y alcance de la consulta de la Asamblea Legislativa a la Corte Suprema de Justicia en materia de organización y funcionamiento del Poder Judicial, en la sentencia n° 2008-005179 de las 11:00 horas del 4 de abril de 2008 (criterio reiterado en las sentencias n°s 2018-019511 de las 21:45 horas del 23 de noviembre de 2018, 2018-005758 de las 15:40 horas del 12 de abril de 2018 y 2017-004221 de las 09:15 horas del 21 de marzo de 2017) estableció esta Sala lo siguiente:

“El numeral de análisis dispone que “Para la discusión y aprobación de proyectos de ley que se refieran a la organización o funcionamiento del Poder Judicial, deberá la Asamblea Legislativa consultar a la Corte Suprema de Justicia; para apartarse del criterio de ésta, se requerirá el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa”. Se trata de una formalidad esencial o sustancial del procedimiento legislativo de observancia obligatoria cuando el proyecto de ley que se pretenda aprobar verse sobre la organización o funcionamiento del Poder Judicial. Bajo esta inteligencia, se impone determinar el contenido, sentido y alcance de la expresión proyectos de ley “(...) que se refieran a la organización y funcionamiento del Poder Judicial (...)”. Cabe apuntar que tal exégesis se impone en aras de mantener el equilibrio de poderes, sin privilegiar a uno u otro órgano constitucional, de manera que cada uno pueda ejercer sus funciones de manera independiente y separada como lo impone el propio texto constitucional (artículo 9° de la Constitución). En otros términos, la precisión de tales conceptos evita cualquier colisión, extralimitación o exacerbación de las respectivas funciones, en aras de mantener el equilibrio y la contención de los poderes, por cuanto, el fin de la norma lo constituye no sólo la independencia funcional y la autonomía presupuestaria del Poder Judicial, sino, también, el equilibrio entre el Poder Legislativo y Judicial. En efecto, una interpretación amplia de los términos empleados por el constituyente originario, por parte de la Corte

Plena, podría conducir a que determinadas materias que, en sentido estricto no están referidas a la organización y funcionamiento del Poder Judicial, ameriten, injustificadamente, de una ley reforzada, con lo cual se ralentiza o entorpece, innecesariamente, la función legislativa. De otra parte, la desaplicación por la Asamblea Legislativa de la norma constitucional, al considerar, equívocamente, que el proyecto no versa sobre organización y funcionamiento del Poder Judicial, podría provocar una lesión a la independencia funcional y autonomía presupuestaria del Poder Judicial. La mayoría de este Tribunal Constitucional estima que un proyecto de ley versa sobre tales extremos cuando contiene en su articulado normas explícitas que disponen la creación, la variación sustancial o la supresión de órganos estrictamente jurisdiccionales o de naturaleza administrativa adscritos al Poder Judicial o bien crea, ex novo, modifica sustancialmente o elimina funciones materialmente jurisdiccionales o administrativas. Debe tomarse en consideración que la norma constitucional de comentario armoniza dos aspectos de carácter fundamental, por una parte la independencia del Poder Judicial y por otra el ejercicio de la libertad de configuración o conformación del legislador, la cual no tiene otro límite que el Derecho de la Constitución. En efecto, por principio, el legislador ordinario goza de una amplia libertad de conformación de la realidad social, económica y política, a través del ejercicio de la potestad legislativa, la cual reside originariamente en el pueblo y es constitucionalmente delegada en la Asamblea Legislativa por su carácter de órgano político representativo (artículos 105 y 121, inciso 1°, de la Constitución Política). Esa potestad legislativa, únicamente, puede tener los límites que establece el constituyente y, en general, el bloque de constitucionalidad, de modo que para evitar una limitación indebida de la libertad de configuración legislativa, cualquier disposición que establezca una condición o límite que la agrave debe ser interpretado en sus justos y razonables términos, para facilitar su ejercicio. Un valladar importante, establecido por el constituyente, a la discrecionalidad legislativa, lo constituye, precisamente, el ordinal 167 de la Constitución, en aras de mantener la independencia del Poder Judicial al disponer una consulta preceptiva de los proyectos de ley referidos a la organización y funcionamiento que le atañen a ese Poder de la República. No obstante, ese límite debe ser interpretado en su verdadera dimensión, de modo que opere cuando de manera sustancial, objetiva y cierta el proyecto de ley se refiere a tales materias, de lo contrario se limita, innecesaria e injustificadamente, la libertad de configuración del legislador ordinario. Es así que cuando el proyecto de ley no versa sobre las materias ya precisadas, el Poder Legislativo puede prescindir de la consulta a la Corte Plena y, por consiguiente, de la aprobación de una ley calificada

o reforzada para regular la materia. Es claro que habrá materias que, clásicamente, son reserva de ley como el establecimiento de las penas y su gradación (artículos 39 y 121 de la Constitución), respecto de las que el legislador, al definir la política criminal o de persecución penal, tiene entera y plena libertad de conformación todo dentro de los límites impuestos por el parámetro de constitucionalidad. En suma, un proyecto de ley que aumente o disminuya las penas a imponer por una conducta ilícita, típica y antijurídica, sustancial y objetivamente, no se refiere a la organización y funcionamiento del Poder Judicial, sino a la definición de las políticas criminales que son resorte exclusivo del Poder Legislativo. Resulta claro que la incidencia refleja o indirecta del aumento o disminución de penas o de la tipificación como delito de una determinada conducta que pueda contener un proyecto de ley, en el Poder Judicial, en cuanto amerite algunos ajustes organizacionales o funcionales, no constituye, en sentido estricto, una materia referida, directa y explícitamente, a la organización y funcionamiento de ese Poder, por cuanto, no supone la creación, variación sustancial o supresión de órganos o funciones jurisdiccionales o administrativas adscritas al Poder Judicial (...)

Asimismo, en la sentencia n° 2018-019511 de las 21:45 horas del 23 de noviembre de 2018, partiendo de un proyecto de ley tramitado a través del numeral 208 bis del Reglamento de la Asamblea Legislativa, en la actualidad 234 bis, este Tribunal especificó:

“Finalmente, la Sala observa que el proyecto consultado es tramitado mediante el procedimiento especial establecido en el artículo 208 bis del Reglamento de la Asamblea Legislativa. Dicho numeral reza:

“Artículo 208 bis.-Procedimientos Especiales

Mediante moción de orden, aprobada por dos tercios de sus votos, la Asamblea Legislativa podrá establecer procedimientos especiales para tramitar las reformas a su Reglamento y proyectos de ley cuya aprobación requiera mayoría absoluta, exceptuando la aprobación de contratos administrativos, los relacionados a la venta de activos del Estado o apertura de sus monopolios y los tratados y convenios internacionales sin importar la votación requerida para su aprobación. Todo procedimiento especial deberá respetar el principio democrático, y salvaguardar el derecho de enmienda.” (El subrayado es agregado).

La norma transcrita dispone que el procedimiento especial del 208 bis debe ser utilizado únicamente en proyectos cuya aprobación requiera mayoría absoluta. Además, para establecer tal procedimiento, las diputadas y los diputados deben llegar a un acuerdo de dos tercios de los votos. En otras palabras, para aplicar un procedimiento por el ordinal 208 bis, debe existir el consenso de una mayoría calificada de las diputadas y los diputados en cuanto a que el proyecto que se pretende tramitar por dicha vía es uno que puede ser aprobado por mayoría absoluta.

(...)

Volviendo al caso de marras, si la Asamblea Legislativa se decantó por un procedimiento basado en el artículo 208 bis, por existir consenso en cuanto a la aprobación del proyecto por mayoría absoluta, entonces deviene incongruente que se inicie, dentro de ese trámite, un proceso de consultas constitucionales, a fin de determinar si el proyecto requiere mayoría calificada, como ocurrió en este caso.

No es, entiéndase bien, que la Asamblea Legislativa no pueda consultar a las instancias que determine pertinente. Tal conclusión sería errónea, pues el procedimiento parlamentario debe enriquecerse con los insumos de diversos sectores, lo que es propio del sistema democrático. Lo que sí es improcedente es dedicar recursos públicos de toda índole en un procedimiento tramitado bajo la incertidumbre de si su votación corresponde a una mayoría absoluta, cuando la norma (208 bis) expresamente requiere certeza en ese respecto. Si existió duda en cuanto al tipo de votación requerida para la aprobación del proyecto, entonces ab initio no debió optarse por un procedimiento basado en el artículo 208 bis. Tal actuar se opone a la eficiencia y razonabilidad que debe imperar en el actuar de la Administración.

En el caso concreto del expediente n.º 20.580 y según lo expresado anteriormente, la Sala constató que no guarda relación con la organización o el funcionamiento del Poder Judicial, por lo que desaparece la incertidumbre apuntada. Empero, este Tribunal sí determina que la consulta efectuada era improcedente por incongruente, con base en el razonamiento supra efectuado.”

A fin de resolver el *sub lite*, de los antecedentes jurisprudenciales se debe destacar:

- 1) Un proyecto de ley versa sobre la organización o funcionamiento del Poder Judicial, cuando contiene normas explícitas que disponen la creación, la variación sustancial o la supresión de órganos estrictamente jurisdiccionales o de naturaleza administrativa adscritos al Poder Judicial o bien crea, ex novo, modifica sustancialmente o elimina funciones materialmente jurisdiccionales o administrativas.
- 2) Cuando se trata de la aplicación de procedimiento especial regulado en el artículo 234 bis (antes 208 bis) del Reglamento de la Asamblea Legislativa, está excluido todo proyecto de ley, cuya aprobación requiera de mayoría calificada.

En el caso de marras, el texto consultado establece cuáles servicios judiciales no pueden ser suspendidos en caso de una huelga dentro del Poder Judicial: los relativos a materia laboral, derechos fundamentales, derecho de familia, pensiones alimentarias, violencia intrafamiliar, contravenciones y flagrancia, el levantamiento, práctica de autopsias y posterior entrega de cuerpos, así como los servicios médico forense que impliquen atención urgente, incluyendo en todos los casos los servicios auxiliares necesarios para su efectiva prestación. Además, ha quedado demostrado que el texto en mención no fue consultado a la Corte Suprema de Justicia.

Al respecto, resulta evidente que la determinación de cuál servicio debe continuar funcionando y cuál no en el marco de una huelga dentro del Poder Judicial, configura un factor que de manera sustancial versa, justamente, sobre el funcionamiento de ese Poder, por lo que la referida falta de consulta a este deviene un vicio de inconstitucionalidad de procedimiento, máxime que el externar una opinión acerca de ese punto corresponde a una tarea típica del gobierno judicial a cargo de la Corte Suprema de Justicia. De pronunciarse este órgano superior en el sentido expuesto, la aprobación del proyecto requeriría de mayoría calificada, por lo que la vía del ordinal 234 bis (antes 208 bis) del Reglamento de la Asamblea Legislativa devendría del todo impropio.

Corolario de lo anterior, la mayoría de la Sala estima que, conforme a lo estipulado en el artículo 167 de la Constitución Política, el proyecto consultado ha incurrido en un vicio de inconstitucionalidad atinente al procedimiento debido a la falta de consulta a la Corte Suprema de Justicia del numeral 376 inciso 10) del proyecto “Ley para brindar seguridad jurídica sobre la huelga y sus procedimientos”.

3.1 Voto Salvado de los magistrados Salazar Alvarado y Araya García. Con redacción del primero, los suscritos salvamos el voto. Esta Sala ha establecido por

Sentencia N° 2001-13273 de las 11:44 horas del 21 de diciembre de 2001, respecto de la obligación de brindar la consulta establecida en el artículo 167, de la Constitución Política, que:

“... los alcances de este deber del legislador, entendiendo que dicha consulta resulta obligatoria cuando lo discutido en la Asamblea es un proyecto de ley que pretenda establecer reglas de funcionamiento y organización del Poder Judicial, entendido esto no apenas como las disposiciones que regulen la creación de tribunales de justicia o competencias jurisdiccionales, sino incluso aquellas que dispongan sobre modo de ejercicio de dichas competencias, es decir, sobre la forma en que el Poder Judicial lleva a cabo su función jurisdiccional, incluidas normas propiamente procesales”.

En la anterior sentencia, incluso se determina que es necesario calificar o analizar si la iniciativa tiene como resultado una consecuencia en la organización y funcionamiento del Poder Judicial. En una sentencia posterior, N° 2002-4258 de las 9:40 horas del 10 de mayo de 2002, la Sala estableció que:

“En cuanto al primer vicio alegado, estimamos que el propósito del trámite de consulta al Poder Judicial de los proyectos de ley que se refieran a “la organización y funcionamiento” de ese Poder, es delimitar las competencias de la Asamblea Legislativa frente a la Corte Suprema de Justicia, especialmente en materia jurisdiccional, de manera que no se produzca una intervención subrepticia de un órgano en otro. La consulta preceptiva como requisito de validez de la legislación, es obligatoria respecto de los proyectos de ley relativos a la función jurisdiccional del Poder Judicial. La omisión cometida por la Asamblea Legislativa sí constituiría un vicio formal vinculado con una competencia sustancial, que invalidaría la ley como medio de preservar la independencia judicial. Pero este no es el caso”.

En otro antecedente, Sentencia N° 2005-6866 de las 14:37 horas del 1° de junio de 2005, la Sala estableció que:

“El artículo 167 de la Constitución Política obliga a la Asamblea Legislativa a consultarle a la Corte Suprema de Justicia los proyectos que se refieran a la organización y funcionamiento del Poder Judicial. Ciertamente, el proyecto de Ley de Reforma Integral al Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, No. 7531 del 10 de julio

de 1995, no se refería, en su globalidad, a la organización y funcionamiento del Poder Judicial, sin embargo resulta suficientemente claro que el numeral 92 de la Ley supracitada, sí está referido al funcionamiento de uno de los Tribunales que conforman o integran el Poder Judicial (artículo 152 constitucional), puesto que, por su medio se le asignó una apelación o alzada no jerárquica al Tribunal de Trabajo. El asignarle, además de las funciones materialmente jurisdiccionales que ya de por sí tiene ese órgano judicial colegiado, otra de carácter administrativo, necesariamente, impacta y afecta su funcionamiento, puesto que, supone un aumento de su circulante y, desde luego, podría, incluso tener repercusión en el derecho de los justiciables a una justicia pronta y cumplida (artículo 41 de la Constitución Política) o a un proceso en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas (artículo 8º, párrafo 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), puesto que, deben destinarse importantes recursos humanos, materiales y financieros de ese Tribunal de la República para atender una función materialmente administrativa”.

Por sentencia de esta Sala, N° 2008-05179 de las 11:00 horas del 4 de abril de 2008, también se dijo lo siguiente:

“VII.- Sexto aspecto consultado. Sentido y alcance de la consulta de la Asamblea Legislativa a la Corte Suprema de Justicia en materia de organización y funcionamiento del Poder Judicial. Redacta el Magistrado Jinesta Lobo. La mayoría estima que el Tribunal Constitucional como sumo interprete del Derecho de la Constitución y custodio de la supremacía constitucional (artículos 10 de la Constitución Política y 1º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), debe fijar el sentido y alcance de los conceptos empleados por el constituyente originario en el artículo 167 constitucional, para determinar, en cada caso concreto, si procede o no la consulta preceptiva de la Asamblea Legislativa a la Corte Suprema de Justicia. El numeral de análisis dispone que “Para la discusión y aprobación de proyectos de ley que se refieran a la organización o funcionamiento del Poder Judicial, deberá la Asamblea Legislativa consultar a la Corte Suprema de Justicia; para apartarse del criterio de ésta, se requerirá el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa”. Se trata de una formalidad esencial o sustancial del procedimiento legislativo de observancia obligatoria

cuando el proyecto de ley que se pretenda aprobar verse sobre la organización o funcionamiento del Poder Judicial. Bajo esta inteligencia, se impone determinar el contenido, sentido y alcance de la expresión proyectos de ley "(...) que se refieran a la organización y funcionamiento del Poder Judicial (...)". Cabe apuntar que tal exégesis se impone en aras de mantener el equilibrio de poderes, sin privilegiar a uno u otro órgano constitucional, de manera que cada uno pueda ejercer sus funciones de manera independiente y separada como lo impone el propio texto constitucional (artículo 9° de la Constitución). En otros términos, la precisión de tales conceptos evita cualquier colisión, extralimitación o exacerbación de las respectivas funciones, en aras de mantener el equilibrio y la contención de los poderes, por cuanto, el fin de la norma lo constituye no sólo la independencia funcional y la autonomía presupuestaria del Poder Judicial, sino, también, el equilibrio entre el Poder Legislativo y Judicial. En efecto, una interpretación amplia de los términos empleados por el constituyente originario, por parte de la Corte Plena, podría conducir a que determinadas materias que, en sentido estricto no están referidas a la organización y funcionamiento del Poder Judicial, ameriten, injustificadamente, de una ley reforzada, con lo cual se ralentiza o entorpece, innecesariamente, la función legislativa. De otra parte, la desaplicación por la Asamblea Legislativa de la norma constitucional, al considerar, equívocamente, que el proyecto no versa sobre organización y funcionamiento del Poder Judicial, podría provocar una lesión a la independencia funcional y autonomía presupuestaria del Poder Judicial. La mayoría de este Tribunal Constitucional estima que un proyecto de ley versa sobre tales extremos cuando contiene en su articulado normas explícitas que disponen la creación, la variación sustancial o la supresión de órganos estrictamente jurisdiccionales o de naturaleza administrativa adscritos al Poder Judicial o bien crea, ex novo, modifica sustancialmente o elimina funciones materialmente jurisdiccionales o administrativas. Debe tomarse en consideración que la norma constitucional de comentario armoniza dos aspectos de carácter fundamental, por una parte la independencia del Poder Judicial y por otra el ejercicio de la libertad de configuración o conformación del legislador, la cual no tiene otro límite que el Derecho de la Constitución. En efecto, por principio, el legislador ordinario goza de una amplia libertad de conformación de la realidad social, económica y política, a través del ejercicio de la potestad legislativa, la cual reside originariamente en el

pueblo y es constitucionalmente delegada en la Asamblea Legislativa por su carácter de órgano político representativo (artículos 105 y 121, inciso 1º, de la Constitución Política). Esa potestad legislativa, únicamente, puede tener los límites que establece el constituyente y, en general, el bloque de constitucionalidad, de modo que para evitar una limitación indebida de la libertad de configuración legislativa, cualquier disposición que establezca una condición o límite que la agrave debe ser interpretado en sus justos y razonables términos, para facilitar su ejercicio. Un valladar importante, establecido por el constituyente, a la discrecionalidad legislativa, lo constituye, precisamente, el ordinal 167 de la Constitución, en aras de mantener la independencia del Poder Judicial al disponer una consulta preceptiva de los proyectos de ley referidos a la organización y funcionamiento que le atañen a ese Poder de la República. No obstante, ese límite debe ser interpretado en su verdadera dimensión, de modo que opere cuando de manera sustancial, objetiva y cierta el proyecto de ley se refiere a tales materias, de lo contrario se limita, innecesaria e injustificadamente, la libertad de configuración del legislador ordinario. Es así que cuando el proyecto de ley no versa sobre las materias ya precisadas, el Poder Legislativo puede prescindir de la consulta a la Corte Plena y, por consiguiente, de la aprobación de una ley calificada o reforzada para regular la materia. Es claro que habrá materias que, clásicamente, son reserva de ley como el establecimiento de las penas y su gradación (artículos 39 y 121 de la Constitución), respecto de las que el legislador, al definir la política criminal o de persecución penal, tiene entera y plena libertad de conformación todo dentro de los límites impuestos por el parámetro de constitucionalidad. En suma, un proyecto de ley que aumente o disminuya las penas a imponer por una conducta ilícita, típica y antijurídica, sustancial y objetivamente, no se refiere a la organización y funcionamiento del Poder Judicial, sino a la definición de las políticas criminales que son resorte exclusivo del Poder Legislativo. Resulta claro que la incidencia refleja o indirecta del aumento o disminución de penas o de la tipificación como delito de una determinada conducta que pueda contener un proyecto de ley, en el Poder Judicial, en cuanto amerite algunos ajustes organizacionales o funcionales, no constituye, en sentido estricto, una materia referida, directa y explícitamente, a la organización y funcionamiento de ese Poder, por cuanto, no supone la creación, variación sustancial o supresión de órganos o funciones jurisdiccionales o administrativas adscritas al Poder Judicial.

Así, este Tribunal Constitución en el Voto No. 4258-02 de las 9:40 hrs. de 10 de mayo de 2002, estimó que “V.- (...) No puede tampoco alegarse contra la norma un efecto apenas indirecto, que sería causado por un cambio en el presupuesto general del Poder Judicial, que a su vez podría incidir sobre la función jurisdiccional. El efecto de segundo grado como sería éste, no es un criterio de importancia constitucional suficiente como para invalidar un acto del Poder Legislativo”. De lo contrario, el Poder Judicial sometería, a través de una opinión consultiva semi-vinculante –en cuanto admite que la Asamblea Legislativa se aparte de ésta a través de una ley calificada-, la definición legislativa de las políticas criminales, que como se dijo es resorte exclusivo del Poder Legislativo, a una seria e importante restricción no querida o impuesta por el constituyente originario”.

Los anteriores antecedentes son claros en que no todos los proyectos de ley que tramita la Asamblea Legislativa deben ser consultados a la Corte Suprema de Justicia, pues, la iniciativa de ley debe tener un impacto real en la función jurisdiccional o administrativa de la que depende el Poder Judicial. En este sentido, cabe indicar que el Poder Judicial lleva a cabo una función materialmente constitucional, cuyo núcleo duro, radica principalmente en su función de dictar las sentencias en todos aquellos casos en el que es requerido. En este sentido, cabe indicar que el artículo 153, de la Constitución Política, establece que:

“Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso-administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario”.

De conformidad con las sentencias anteriormente transcritas, y la N° 2008-05179 de las 11:00 horas del 4 de abril de 2008, existe una necesidad de buscar un balance entre la función legislativa y la judicial del Estado, en cuyo caso es imperativo determinar si la prohibición absoluta a la huelga para los servicios judiciales en materia laboral, derechos fundamentales, derecho de familia, pensiones alimentarias, violencia intrafamiliar, contravenciones y flagrancia, el levantamiento, práctica de autopsias y posterior entrega de cuerpos, los servicios médico forense, así como los servicios

auxiliares necesarios, son parte de la categoría de actividades contempladas dentro del artículo 167, de la Constitución Política. Está establecido en el artículo 157, Constitucional, aquellas materias sobre las que versa la competencia constitucional del Poder Judicial, es decir, no solo las establecidas en la Constitución y las leyes, sino las actividades sobre las cuales el Poder Judicial ejerce hoy en día sus funciones. No hay duda que el hecho que el legislador haya escogido las funciones que estima principales para el mantenimiento de la paz social, seguridad jurídica de las personas y otros valores esenciales de la comunidad costarricense, en nuestro criterio ello no implica una modificación sustancial o significativa directa de la organización y funcionamiento del Poder Judicial, toda vez que no se crea, *ex novo*, modifica sustancialmente o elimina, en modo alguno las funciones que naturalmente deben realizar los órganos jurisdiccionales y administrativos. De este modo, estimamos que se trata de una afectación indirecta o secundaria, además porque la reforma al Código de Trabajo reafirma la función constitucional asignada al Poder Judicial, en situaciones en las que su intervención se hace más imperativa de cara a los usuarios de la administración de justicia y sus órganos auxiliares relevantes. De ahí que, en criterio de los suscritos, no es necesario realizar la consulta al Poder Judicial. Finalmente, dentro del expediente legislativo se evidencia también que la Corte Plena tuvo oportunidad de pronunciarse en un proyecto de Ley denominado “Ley de declaratoria de servicios públicos esenciales”, expediente legislativo N° 21.097. En él, se incluía un amplio rango de actividades que serían considerados, como servicios públicos esenciales, entre ellos la “*resolución jurisdiccional de conflictos*”, lo cual, a pesar del criterio mayoritario de esta Sala en esta sentencia, habría que aceptar que había un efecto sobre la organización y funcionamiento del Poder Judicial. Sin embargo, en la sesión de Corte Plena, N° 2-19 celebrada el 21 de enero de 2019, en el Artículo XV, no se lo consideró como tal, y se acordó tener por rendido el informe, e indicar que el proyecto de ley consultado no afectaba la organización y funcionamiento del Poder Judicial.

4.- Consulta a las Organizaciones Sindicales.

En este proyecto de ley, como es usual en muchas otras iniciativas que se tramitan en la Asamblea Legislativa, se busca la mayor participación de la sociedad civil y de las instituciones públicas, para que puedan aportar elementos que permitan enriquecer la normativa. En tal sentido, se observa que la Comisión encargada de su estudio, en tratándose de intereses que afecten a los trabajadores, consultó a los diferentes sindicatos sobre el contenido del proyecto de ley. Lo anterior en aras de que debe abrirse los espacios para que las diferentes asociaciones sociales de los trabajadores puedan expresar sus puntos de vista, respecto de la iniciativa. De hecho,

consta en el expediente legislativo que el proyecto de ley fue consultado a múltiples organizaciones sindicales y asociaciones de trabajadores de todo el país, entre ellas algunas de las organizaciones del Poder Judicial, por moción de orden (3-1) aprobada por la Comisión Especial el 9 de enero de 2019, entre las que figura el Sindicato de Investigadores en Criminalística y Afines (ANIC), el Sindicato de Trabajadores y Trabajadoras del Poder Judicial (SINTRAJUD), la Asociación Nacional de Empleados del Poder Judicial (ANEJUD) y el Sindicato de la Judicatura (SINDIJUD). De igual manera, se solicitó que se refirieran a los proyectos de ley N° 21097 que contenía disposiciones sobre qué se considerarían los servicios esenciales, entre los que incluía la resolución jurisdiccional de conflictos; asimismo, se indicó otros dos expedientes legislativos N° 21156 y N° 20190. Se indica en el dictamen de mayoría, que entre estas asociaciones, fueron recibidos de igual manera la Asociación Nacional de Empleados del Poder Judicial (ANEJUD), el Sindicato de Investigadores en Criminalística, el Sindicato del Ministerio Público, el Sindicato de Trabajadores del Poder Judicial, y el Sindicato de la Judicatura (SINDIJUD). Incluso en la misma sesión se conoció otra moción de orden para que se recibiera en audiencia a los representantes de los sindicatos del Poder Judicial. Como se ve, además de la publicidad inicial que se dio al proyecto de ley, no es posible concluir que se haya limitado la participación de las asociaciones sindicales en el trámite de la Ley que nos ocupa; por el contrario, existía, hasta ese momento, amplitud para que pudieran apersonarse al expediente y pudieran aportar ideas, como soluciones a la problemática que intentaría solucionar el legislador.

IV.- Consulta sobre el fondo. Si bien no hay una referencia clara sobre el derecho a la huelga en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (1919), así como en la Declaración de Filadelfia (1944), tampoco en los Convenios 87 y 98, de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), pues se tenía por sentado que así era en el informe de discusiones del Convenio 87 (1948). Tal ausencia tampoco implica un vacío al reconocimiento de esta obligación, para aceptar que, desde antes, las constituciones del mundo pudieran establecer el derecho fundamental a la huelga y disponer sobre su regulación.

La forma en que se gesta la huelga en Costa Rica ha quedado registrada en múltiples obras historiográficas que ayudan a ubicar los motivos y las fechas de cada uno de los sucesos, incluso antes de cualquier reconocimiento a nivel internacional de la huelga. De la primera que se tiene registro, es la de los trabajadores chinos para la construcción del ferrocarril al Atlántico, el 5 de enero de 1874; el reclamo era por las malas condiciones ambientales y por la celebración de días festivos y religiosos. También, en la construcción del ferrocarril, los obreros jamaiquinos, el 26 de febrero

1879, reclamaban la falta de pago de seis días de trabajo. Sobre la huelga en los servicios públicos, se tiene el registrado por costarricenses en el año 1883, en el cual el Estado había entrado en problemas económicos que le obligaron al cierre de oficinas y a la destitución de empleados del sistema telegráfico nacional. Los telegrafistas que permanecieron quedaron con un salario cercenado en un 50% y los cincuenta y nueve empleados se lanzaron en huelga contra el Estado. En abril de 1887, en Moín algunos obreros afrocaribeños reclamaron su paga del día anterior, la cual no se les había pagado como de costumbre. Se les canceló lo debido y se regresó a la normalidad. Las huelgas de los italianos traídos para que trabajaran en el ferrocarril al Atlántico en octubre y diciembre de 1888, por incumplimientos contractuales, pago de salarios, entrega de alimentos y medicamentos (provisiones) y porque el lugar de trabajo no correspondía a lo contratado. Los obreros españoles, en 15 de noviembre de 1893, se lanzaron en huelga dado que reclamaban mala alimentación y malas condiciones del lugar de trabajo en las llanuras de Santa Clara y en las inmediaciones de la vía férrea San José-Limón. Sobre la huelga de los panaderos del 19 de julio de 1894, se reclamó contra medidas gubernamentales que obligaban a un registro periódico por parte del “Departamento de Policía de Higiene para la profilaxis de enfermedades venéreas”; a partir de dicho registro, los panaderos estarían obligados a tener un certificado de salud como constancia para que pudieran laborar. Los obreros consideraron que la medida arbitraria y utilizaron la huelga; con la consecuencia que el pan escaseó en San José. Cuando las autoridades públicas responsabilizaron a los propietarios de las panaderías, por el estado sanitario de sus dependientes, finalizó. En abril de 1901, se tuvo a los obreros del taller tipográfico Imprenta a Vapor en huelga por el atraso en el pago de salarios, por lo que abandonaron sus puestos de trabajo. Nuevamente, el 28 de mayo de 1901, más de cien panaderos volvieron a la huelga, reclamando las condiciones de trabajo en las que les tenían sumidos los propietarios. Con la reducción de obreros, aumentaba la carga de trabajo, con jornadas extenuantes de más de doce horas (de las 13:00 horas hasta las 02:00 o 3:00 horas). Reclamaban la forma de pago, que era por quintal sin embargo no era proporcional con el trabajo realizado. Reclamaron el pago de un salario fijo. El movimiento se ejerció pacíficamente y se mantuvo por casi cuatro días. Solicitaban la aprobación de un “Reglamento de Panaderías”, que regulara las condiciones laborales de los panaderos. Le correspondió intervenir al Gobernador de San José y finalmente se logró un acuerdo de recibo para las partes en conflicto. Ya algunos historiadores marcan a inicios del Siglo XX como el momento del surgimiento de los gremios de trabajadores, dejando de lado las sociedades mutualistas, para luego dar paso a los sindicatos. Una tercera huelga sucede el 10 de julio de 1903, mediante el cual el gremio de los panaderos sale victorioso al imponer sus condiciones a los empresarios de las panaderías, logra el pago de los sueldos, respeto a las tareas de

trabajo y la contratación de los panaderos pertenecientes al gremio respectivo. En 1919, durante el gobierno de Federico Tinoco Granados, concretamente en el mes de mayo, se lanzan en huelga los panaderos, las pureras, las cigarreras, y los empleados municipales, exigiendo aumento de sus salarios. Para junio, se lanzan los maestros con las mismas pretensiones y que no se continuara con la destitución de más maestros. Lo anterior por secuelas de la Primera Guerra Mundial, cierre del mercado cafetalero y la disminución en el precio del banano, hace al país caer en condiciones económicas serias, se protesta por las condiciones laborales de los grupos de trabajadores sumidos en jornadas excesivas, salarios paupérrimos, y destituciones. Luego durante la huelga general de febrero de 1920, se hace un importante reconocimiento por parte del gobierno de la época, como es oficialmente la huelga como un derecho. Tanto los gremios de Ebanistas y Carpinteros, los albañiles, los mecánicos, los pintores del ferrocarril, refresquerías, hosterías, sodas, cafeterías, empleados de la Fábrica Nacional de Licores, obreros del Asilo Chapuí (jornaleros, peones y jardineros), funcionarios de La Gaceta, empleados del tranvía, costureras, zapateros, marineros, tipógrafos, panaderos, asalariados de las compañías eléctricas, protestan por la negativa patronal de concederles una jornada de trabajo de ocho horas y el aumento de sus salarios. Como es evidente, se produjo una “huelga general” en los sectores público y privado. Contó con el apoyo económico del “Comité de Huelga”, de la Confederación General de Trabajadores. Como forma de solución, el 4 de febrero, el Gobierno decreta medidas a favor de las pretensiones de los funcionarios públicos y establece la jornada laboral en ocho horas y un aumento salarial del 20%. El movimiento se mantuvo por más tiempo, debido a la negativa de algunos patronos de avalar las pretensiones de los obreros; pero ya para el 10 de febrero, la mayoría de las actividades volvieron a la normalidad. Es importante destacar que, durante esa época, el gobierno manifestó que la huelga es un derecho, lo siguiente:

“se anuncia, organizado por varios obreros, un movimiento huelguístico en esta capital y otros de igual género se manifiestan en preparación. La huelga es un derecho, decía la hoja del Gobierno, y el Gobierno de la República lo ampara, como una consecuencia de su respeto por las libertades individuales. Pero ese derecho supone también en los que lo ejercen el deber de respetar la voluntad de los trabajadores que no quieran participar en él, así como no alterar en forma alguna el orden público. Esta Dirección de Policía se considera obligada a manifestar que garantizará la libertad de los obreros para ejercer el derecho de huelga, pero igualmente amparará sin restricciones de ninguna clase a los obreros que decidan, por su parte continuar trabajando y hace saber así mismo,

que en cumplimiento de su obligación no tolerará ningún acto particular o colectivo que tienda a perturbar el orden público. Dirección General de Policía. San José 2 de febrero de 1920. Aquiles Acosta. Director General” (De la Cruz, 1981, p.107).

De igual forma, continúan los movimientos de huelga el 14 de enero de 1921, contra la United Fruit Company por la destitución de varios de los obreros. Pretendían la restitución de ellos y reclamaron el aumento salarial de un 30%. El movimiento contó inicialmente con el liderazgo de la Federación de Trabajadores de Limón, posteriormente se les unió la Confederación General de Trabajadores; sin embargo, la huelga tuvo un fin atípico dado el conflicto limítrofe con Panamá que obligó a un replanteamiento de las prioridades, y apoyo al país. El 10 de agosto de 1921, se produce una huelga en solidaridad de los obreros estadounidenses de apellidos Sacco y Vanzetti. Esto produjo un altercado y uso de la fuerza, pero prevalecieron los huelguistas. En 1934, en otra huelga bananera con diez mil trabajadores, que da inicio el 9 hasta el 28 de agosto, donde reclamaron por eliminar el trabajo a destajo, establecer jornadas de trabajo por seis horas diarias, un salario mínimo de seis colones diarios, salario mensual de mínimo cincuenta colones para los trabajadores de muelles, pagos quincenales y no pagos por cupones, proporcionarles las herramientas de trabajo y vivienda, extenderles los beneficios de la Ley de Accidentes de Trabajo N° 53 del 31 de enero de 1925, contar con dispensarios médicos en fincas con personal mayor a diez trabajadores, control de precios en el comisariato y el reconocimiento al Sindicato de Trabajadores del Atlántico. El 1° de setiembre de ese año se produce otra huelga con menor participación de trabajadores, sin embargo, pese a las medidas de represión, las pretensiones de los obreros prevalecen mediante el Contrato-Ley del 10 de diciembre de 1934. Como es evidente, la huelga se llevó a cabo de hecho, y así prevaleció hasta que fue formalmente reconocida por el Estado costarricense.

Otros antecedentes formales al derecho a la huelga se pueden encontrar en la Constitución Política de 1917, en el que se estableció que:

“Artículo 10. Es obligación del Estado velar por el bienestar de las clases trabajadoras, y para ello dictará las leyes necesarias...”

Se atribuye además a las luchas sociales la promulgación de algunas disposiciones específicas que fueron regulando la materia laboral, como el Decreto XXXV, del 18 de diciembre de 1841, sobre la jornada de trabajo de diez horas de los peones agrícolas y en actividades artesanales; el Decreto CI, del 3 de octubre de 1846,

para la regulación del trabajo y salarios en la Imprenta Nacional; el Decreto III, del 30 de enero de 1874, en cuanto a los derechos y deberes de los trabajadores, construcción del ferrocarril, y escala salarial; el Decreto Ejecutivo LXXXVIII del 21 de diciembre de 1889, para los trabajos en obras públicas. Y, con la Ley N°100 del 9 de diciembre de 1920, a raíz del movimiento de huelga general y ante la renuencia del sector privado de reconocer los compromisos adquiridos en ella, donde la lucha culminó con el establecimiento de la jornada de ocho horas para los jornaleros, artesanos, trabajadores en fincas y empresas similares, y de diez horas para los empleados de comercio. En esa misma ley se regula el trabajo extraordinario.

En el caso de Costa Rica, en forma cristalina se constitucionaliza el derecho a la huelga en 1943, incluso antes de la adopción de la Carta de las Naciones Unidas, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La Constitución Política de 1871, en principio de corte liberal, contenía, aun así, algunos preceptos que comprometían al Estado costarricense con ciertas prestaciones de contenido social, como era el derecho a la educación. Se dice que el corte liberal costarricense de esa Constitución no estaría del todo en la misma sintonía que sus precursores ingleses, pero sí, en muchos de sus efectos, en el cual la pobreza, enfermedad y el hambre campeaba entre muchos de nuestros coterráneos de aquella época. Como respuesta se introduce la reforma constitucional de las garantías sociales y la materialización de muchos de los principios contenidos en él, con el Código de Trabajo de 1943. Este tiene la virtud de irrumpir en el contexto costarricense en un *status quo*, para sustraer las relaciones de trabajo del campo del derecho civil y mercantil, para humanizar más dichas relaciones. De esta forma, se permite que aflore un tanto más ese atributo del ser humano que es el trabajo y una vida digna.

El entonces Presidente de la República, Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia, empeñado en cambiar esas situaciones tan apremiantes, en el cual, el Estado no podía estar al margen, logra primero la legislación clave en materia de seguridad social, al impulsar la enmienda a la Constitución Política de 1871, y posteriormente la aprobación del Código de Trabajo en 1943. Al proponer la reforma constitucional, indica en su mensaje al Congreso Constitucional del 1° de mayo de 1942, que:

“La ley que crea la Caja Costarricense de Seguro Social y la obligatoriedad de los seguros que amparan la vida del trabajador, constituye el primer eslabón de una serie de reformas que consideramos imprescindibles para equilibrar las justas relaciones entre patronos y asalariados. Colocándonos en un punto de vista enteramente cristiano, creemos que

para asegurar las bases de la paz futura del pueblo costarricense, es necesario consignar en la Constitución el principio que crea los seguros sociales como un derecho inalienable de los trabajadores, administrado por la Caja Costarricense de Seguro Social. Ese principio, junto con el que crea el salario mínimo, la jornada máxima de ocho horas, el derecho de sindicalización para patronos y obreros, la protección del anciano, la madre y el niño como un deber social del Estado, y todas aquellas otras medidas que el Poder Ejecutivo considere justas para levantar el nivel espiritual, moral y físico de las clases trabajadoras, formará parte de un proyecto para un nuevo capítulo de la Constitución que se llamará de Garantías Sociales”.

Basta con transcribir parte del mensaje que él envió al Congreso Constitucional de la época, en la que destacó que:

“...con lo dicho no hemos querido significar que estas normas de Gobierno hayan sido o sean privilegio exclusivo de nosotros. Muy al contrario: ellas tienen un profundo respaldo histórico que nadie puede negar. El Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919, al concretar el pensamiento de justicia social que imperó en el mundo como corolario de la primera guerra mundial, consideró en el preámbulo de su parte XIII que dio lugar a la Constitución de la Organización Internacional de Trabajo, entre otros nobles conceptos, los siguientes:

“Que existen condiciones de trabajo que implican para un gran número de personas la injusticia, la miseria y las privaciones, lo cual engendra tal descontento que constituye una amenaza para la paz y la armonía universales; que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a la reglamentación de las horas de trabajo, a la fijación de una duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, a la fijación de una duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, al reclutamiento de la mano de obra, a la lucha contra el paro, a la garantía de un salario que asegure condiciones de existencia decorosas, a la protección del trabajador contra las enfermedades generales o profesionales y los accidentes de trabajo, a la protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, a las pensiones de vejez y de invalidez, a la defensa de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, a la afirmación del principio de la libertad de asociación sindical, a la

organización de la enseñanza profesional y técnica y a otras medidas análogas; y que la no adopción por una nación cualquiera de un régimen de trabajo realmente humano pone obstáculos a los esfuerzos de las demás naciones deseosas de mejorar la suerte de los obreros en su propios países”.

En consecuencia, desde hace un cuarto de siglo las naciones que suscribieron dicho Tratado, “movidas por sentimientos de justicia y humanidad, así como por el deseo de asegurar una paz mundial duradera que no puede fundarse sino sobre la base de la justicia social”, proclamaron oficialmente y al unísono la necesidad de promulgar leyes como la que ahora os proponemos. Sin embargo, algunas de esas naciones, por causas que todos vosotros conocéis, olvidaron muy pronto la inmovible verdad que respalda a esos principios y dieron lugar, con la no aplicación de los mismos, a que se desarrollara con el tiempo un nuevo y más grande conflicto mundial. Pero, en cambio antes y después de que éste se desatara, muchos otros pueblos empezaron a dar validez, en la práctica, a tan justas doctrinas. Y la tendencia ha ido tomando poco a poco cuerpo, hasta el punto de que hoy constituye una corriente de liberación incontenible. La creciente fraternidad de los pueblos y el desarrollo constante de la democracia a modo de común denominador entre ellos, han tenido la virtualidad de dar soluciones idénticas en denominador entre ellos, han tenido la virtualidad de dar soluciones idénticas en sus lineamientos generales a problemas que en todas partes se han originado en la falta de protección oportuna y suficiente para los grupos menos capacitados económicamente. Todas las instituciones creadas por la legislación del trabajo guardan una analogía de conjunto que tiende a internacionalizarse cada día más, y esto sólo puede tomarse como signo de que se ha llegado a un consenso universal sobre lo que debe hacerse y cómo debe hacerse en cuestiones de tanta trascendencia. Y así es”. (https://www.imprentanacional.go.cr/editorialdigital/libros/literatura%20costarricense/libro_de_calderon_guardia_edincr.pdf)

Pero, cabe destacar ya sobre el tema del paro y de la huelga, lo siguiente:

“La reglamentación del derecho de los patronos al paro y de los trabajadores a la huelga la hacemos en el Título Sexto de nuestro proyecto. Creemos, con los más reputados autores que han escrito sobre estos extremos, que los conflictos colectivos de carácter económico y social, por

mucho que sean objeto de estudio y de regulación por el Derecho de Trabajo, son siempre, en el fondo, fenómenos antijurídicos. Lo normal en la sociedad es el orden y la continuidad en el trabajo y en la producción. Y sólo porque las huelgas y los paros son síntoma seguro de que el organismo social donde aquéllas y éstos ocurren no marcha con la regularidad que debiera, nosotros pretendemos dar juridicidad a hechos que carecen de ella, con el propósito de regular cuidadosamente el ejercicio de los derechos respectivos, y de prevenir, para lo futuro, el acaecimiento de dichas huelgas o paros. Bien sabemos que la Organización Internacional de Trabajo adoptó, el 12 de noviembre de 1921, un convenio en Ginebra, que obliga a sus signatarios a garantizar a todas las personas ocupadas en la agricultura los mismos derechos de coalición que los trabajadores urbanos y a derogar toda disposición legislativa o de otra clase que tenga por objeto restringir dichos derechos en lo que atañe a los trabajadores agrícolas. Pero nuestro íntimo convencimiento es que la agricultura, lo mismo que sus actividades conexas, constituye en un país como el nuestro que depende y vive exclusivamente de lo que producen sus campos, un verdadero servicio público, que no puede ni debe paralizarse, por razones de interés común, a causa de una huelga o de un paro. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 56 del Capítulo relativo a las Garantías Sociales, nosotros prohibimos la suspensión de los trabajos agrícolas y similares por razón de conflictos colectivos y, para garantía y protección de finqueros y de peones, establecemos la obligatoriedad del arbitraje, en la seguridad de que las autoridades judiciales, asesoradas por representantes de patronos y trabajadores, sabrán dirimir los litigios económico sociales que se pueden presentar, a base de estudio justicia y equidad". (https://www.imprentanacional.go.cr/editorialdigital/libros/literatura%20costarricense/libro_de_calderon_guardia_edincr.pdf).

¿Cómo justificar que a pesar de la existencia de obligaciones internacionales se propone y se aprueba legislación contraria a esa corriente internacionalista? Es claro, que la única razón reside en que era una fuente económica de suma importancia para el país, lo que posteriormente fue declarado inconstitucional por parte de esta Sala o reformado por el legislador, una vez que la economía costarricense fue diversificándose. La lamentable disposición de entender como servicios públicos, 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 (art. 376, inciso b), del Código

de Trabajo), que estuvo vigente por tantos lustros, fue posteriormente despejada por esta Sala en su Sentencia N° 1998-01317 de las 10:12 horas del 27 de febrero de 1998. En ella, se conoció una acción de inconstitucionalidad interpuesta por varios sindicatos contra disposiciones del Código de Trabajo, alegando, entre otros derechos, la afectación al derecho de sindicación, acción sindical y despliegue de la actividad sindical. Al ser un precedente de relevancia para esta sentencia, se cita de la siguiente manera:

“DEL DERECHO DE SINDICACIÓN.- Para entender el enfoque constitucional del derecho de sindicación es indispensable referirse en primer término al artículo 60 de la Constitución Política, cuyo párrafo primero dice:

“Artículo 60.- Tanto los patronos como los trabajadores podrán sindicalizarse libremente, con el fin exclusivo de obtener y conservar beneficios económicos, sociales o profesionales”.

*El numeral 60 -parcialmente transcrito- contenido en el Título Quinto de la Constitución Política (“Derechos y Garantías Sociales”) consagra la sindicación como un derecho de libertad, que faculta a quienes emplean los servicios de otras personas (empleadores) y a quienes prestan los servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato de trabajo (trabajadores), a constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes, así como a afiliarse a estas organizaciones para preservar y lograr los fines que el mismo artículo 60 prescribe como propios de la actividad sindical. El citado artículo establece al menos cuatro postulados cuya mención permitirá el desarrollo de los razonamientos siguientes, a saber: a) que el derecho de sindicación pertenece a los trabajadores y a los empleadores; b) que la condición de trabajador o empleador es suficiente para optar, en libertad, por la afiliación a esta clase de organización; c) que la organización sindical es idónea para preservar y conseguir los intereses de los trabajadores y empleadores sindicados; y d) que los intereses de los trabajadores y empleadores que inspiran la acción de los sindicatos, son únicamente los de naturaleza económica, social o profesional. **DEL CONTENIDO DE LA ACCIÓN SINDICAL.-** La garantía de la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación encuentra también apoyo en los Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa y aplicables en nuestro país de conformidad con el artículo 7 de*

la Constitución Política. En el caso concreto y en lo que atañe a la acción sindical, el Convenio Número 87 de la O.I.T. aprobado mediante ley número 2561 de once de mayo de mil novecientos sesenta, llamado Convenio Relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, establece límites a los trabajadores y empleadores para formar parte de la organización, que son la observancia de los estatutos de la organización y que la actividad desplegada armonice con la legislación interna del Estado miembro. Disponen los artículos 2º y 8.1 citados:

“ARTICULO 2.- Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

“ARTICULO 8

1. Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad”.

Para hacer posible la acción sindical, los numerales 3.2, 8.2 y 11 del Convenio 87 de la O.I.T. exigen expresamente a las autoridades públicas garantizar el ejercicio legal del derecho y por otro abstenerse de entorpecerlo o limitarlo ilegítimamente:

“ARTICULO 3. 1.(...) 2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”.

“ARTICULO 8.1. (...) 2. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio”.

“ARTICULO 11.- Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a

los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”.

En cuanto al contenido de la acción sindical, el artículo 3.1 del Convenio de cita enumera un elenco de derechos y facultades que derivan del derecho de sindicación, entre los que están el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el derecho de elegir libremente a sus representantes, el derecho de organizar su administración y sus actividades y el derecho de formular su programa de acción. Dispone textualmente el artículo de cita:

“ARTICULO 3. 1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción”.

Atendiendo a la letra y al espíritu de todas las disposiciones transcritas, resulta evidente que mediante el Convenio 87 de la O.I.T. lo que se pretende es definir los derechos básicos que integran y constituyen el contenido de la libertad sindical, si bien el ejercicio de esos derechos debe encuadrarse en el orden de la legalidad. Las normas de carácter internacional transcritas garantizan además a los afiliados a las organizaciones de carácter sindical, un área de libertad frente a los poderes públicos de los Estados miembros, pues así como les llama a los trabajadores y empleadores a promover y ejercer el derecho de sindicación, obliga a los Estados miembros del Convenio a no obstaculizar la actividad sindical y a no interferir indebidamente en las actividades de esa naturaleza. Ello permite concluir que la normativa citada repudia la intromisión estatal aun de orden legal que pueda menoscabar, esto es, menguar irrazonable, desproporcionada o innecesariamente la actividad sindical. Ahora bien, específicamente en relación con la acción sindical en el sector agrícola, mediante la ley número 3172 del doce de agosto de mil novecientos sesenta y tres, la Asamblea Legislativa aprobó el Convenio N° 11 de la O.I.T. -que es el Convenio relativo a los derechos de asociación y de coalición de los trabajadores agrícolas- de mil novecientos veintiuno, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo. El artículo 1° del Convenio N°11 ordena, en relación con los trabajadores del área agrícola, que debe garantizarse a este sector de la economía los mismos

derechos de asociación y coalición que asisten a los trabajadores del sector industrial. Estatuye en su parte final el deber de los Estados que ratifiquen el Convenio N°11, de derogar cualquier disposición que tenga por efecto menoscabar dichos derechos, en lo que respecta a los trabajadores agrícolas. Dice la norma:

“ARTICULO 1.- Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a asegurar a todas las personas empleadas en la agricultura los mismos derechos de asociación y de coalición que a los trabajadores de la industria, y a derogar cualquier disposición legislativa o de otra clase que tenga por efecto menoscabar dichos derechos en lo que respecta a los trabajadores agrícolas”.

*Se tiene entonces que la libertad de sindicación en el sector agrícola se encuentra reforzada de manera expresa por el Convenio N° 11 de la O.I.T. mediante el cual se pretende que la población laboral de ese sector alcance el nivel de otros sectores, específicamente del sector industrial, de forma que pueda disfrutar de los mismos derechos sociales y potenciar la acción sindical para el cumplimiento de sus fines. **DEL DERECHO DE HUELGA.**- Para garantizar de manera efectiva la libre acción sindical, entendida ésta como el ejercicio y disfrute del derecho de sindicación, enfocado a desarrollar y alcanzar los fines constitucionales plasmados en el artículo 60, el constituyente incorporó en el artículo 61 constitucional mecanismos jurídicos que forman parte del contenido esencial del derecho de sindicación, como son “(...) el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, (...)”. Dichos institutos constituyen medidas de presión legítimas o medios de defensa de los intereses de los trabajadores y empleadores que se perfilan como el derecho de incumplir transitoriamente el contrato de trabajo, de conformidad con la legislación nacional vigente, con el propósito de preservar, afirmar y perseguir los intereses que enuncia la propia Constitución y a los que el Estado debe procurar los adecuados cauces jurídicos e institucionales”.*

Ahora bien, para abordar la consulta formulada, esta Sala se abocará a conocerla en el mismo orden presentado por los consultantes, de la siguiente manera:

1.- La reforma al artículo 349, del Código de Trabajo y 19, de la Ley de Notificaciones (establecidos en los artículos 1° y 3° del proyecto). Los artículos establecen lo siguiente:

“Artículo 349.- Los sindicatos están obligados:

(...)

d. A enviar cada año al mismo Departamento una nómina completa de sus miembros, y señalar un medio electrónico para atender notificaciones. Dicha dirección electrónica debe estar debidamente registrada y actualizada ante el Ministerio de Trabajo, y será utilizada exclusivamente para recibir notificaciones en los trámites de calificación de movimientos huelguísticos regulados en este código y para los efectos del trámite del artículo 375 bis de este código. El Ministerio de Trabajo brindará acceso público y en línea a la lista de medios electrónicos establecidos por cada una de las organizaciones sindicales registradas. En caso de incumplimiento de este requisito, las resoluciones que se dicten se tendrán por notificadas de forma automática.

...

Transitorio.- Para el cumplimiento de la obligación establecida en el inciso d) de este artículo se establece el plazo de treinta días contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley”.

“Artículo 19- Resoluciones. Las siguientes resoluciones se notificarán a las personas físicas de forma personal. Tendrán ese mismo efecto las realizadas en el domicilio contractual, la casa de habitación, o el domicilio real o registral.

a) El traslado de la demanda o auto inicial en cualquier clase de proceso, salvo que la parte demandada o interesada ya haya hecho señalamiento para atender notificaciones en el mismo expediente, o en los procesos de expropiación, cuando exista señalamiento para atender notificaciones en el expediente administrativo, o en los procesos de calificación de los movimientos huelguísticos en que se procederá de conformidad con el Código de Trabajo [...].”.

Sobre este tema, los reclamos que se formulan no están del todo claros; sin embargo, se entiende que la duda de constitucionalidad proviene de la innovación que establece el legislador al establecer la obligación de señalar un medio electrónico para recibir notificaciones, lo que consideran es una medida exclusiva y discriminatoria para los sindicatos. Manifiestan que violenta la libertad sindical y el derecho a la sindicación (Convenio 87, de la OIT). Estiman que establecer la notificación inicial en forma personal es una garantía del derecho a la defensa y del debido proceso, y que establecer este tipo de notificación electrónica es una clara injerencia en la organización administrativa. Lo primero que debe establecer la Sala, al igual que se ha establecido en otros casos, es que el legislador, en uso del principio de configuración de las normas procesales y procedimientos administrativos, puede estructurarlos técnicamente de la forma y la manera que estime correctos. En tal sentido, el legislador puede diseñar los procesos de tal forma que permita su desarrollo lógico y concatenado de procedimientos, únicamente limitado por los derechos fundamentales contenidos en el Derecho de la Constitución (se reitera aquí lo establecido en el punto 1) sobre los vicios de procedimiento, y la protección de datos personales Ley N° 8968 "Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales"). En tal sentido, la escueta fundamentación de este punto, no permite extraer cómo se considera una injerencia en el aspecto de la organización administrativa del Sindicato, si lo que dispone es un requisito al externo del sindicato, como parte del cumplimiento de una obligación establecida en el inciso d), del numeral 349, del Código de Trabajo, y un requerimiento procesal para dar curso a los trámites de calificación de movimientos huelguísticos contenidos en el Código de Trabajo. Los sindicatos, en tesis de principio, deben moverse y acomodarse a la legalidad de sus actuaciones.

En realidad, estima la Sala, que la exigencia responde a una formalidad, a un esquema de requisitos para tener por establecido el proceso judicial, a partir del rompimiento de la paz laboral y social. En este sentido, muchas veces el movimiento de huelga se desborda de la relación trabajadores-patrono, y dependiendo de su importancia permea a la sociedad en general con implicaciones sociales y económicas serias. En este sentido, se actualiza la disposición a una era digital dentro de la libre conformación del legislador sobre ciertas actuaciones jurisdiccionales urgentes de carácter económico y social, evita las prácticas dilatorias que pueden producirse en las notificaciones personales y contrarias a la buena fe procesal. Adicionalmente, se trata de un esquema procesal cuyo fin es coadyuvar con la eficiencia del proceso, así como la urgencia del Estado en controlar la legalidad de un mecanismo de presión de los trabajadores que ejercen no solo un impacto entre las partes en conflicto, sino más allá de ellos. De ahí que, lo que es necesario es la garantía de que en la implementación de

este tipo de medios para practicar notificaciones, para las partes del litigio se hace necesario que sean seguras y efectivas a los medios electrónicos señalados, así como que garanticen el recibido de la notificación de curso, como medio para garantizar un avance procesal correcto, y el ejercicio adecuado del derecho a la defensa y debido proceso. Por otra parte, no es una obligación exclusiva dirigida únicamente a los sindicatos; por el contrario, son obligaciones que han sido establecidas en diferentes cuerpos normativos como el párrafo 1º, del artículo 134 y 137, del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

1.1 Nota del Magistrado Rueda Leal sobre el punto 1.- “La reforma al artículo 349 del Código de Trabajo y 19 de la Ley de Notificaciones (establecidos en los artículos 1º y 3º del proyecto)” del considerando IV.- “Consulta sobre el fondo”.

Advierto que los artículos 134 y 137 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios están referidos a un procedimiento administrativo, no a un proceso jurisdiccional, por lo que no resulta útil su alusión a los efectos de resolver el sub lite.

2.- Sobre el artículo 371, por violación a diversos motivos de constitucionalidad. El artículo establece lo siguiente:

“Artículo 371- La huelga legal es un derecho que consiste en la suspensión concertada y pacífica del trabajo, en una empresa, institución, establecimiento o centro de trabajo, acordada y ejecutada por una pluralidad de tres personas trabajadoras, como mínimo, que represente más de la mitad de los votos emitidos conforme al artículo 381, por los empleados o las empleadas involucrados en un conflicto colectivo de trabajo, para lo siguiente:

a) La defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales.

b) La defensa de sus derechos en los conflictos jurídicos colectivos señalados en el artículo 386.

Serán ilegales las huelgas políticas o aquellas que no tengan conexión directa con la relación de empleo o incumplimientos laborales imputables al patrono.

Además de la huelga contractual se permitirá también la huelga que tenga por finalidad protestar contra políticas públicas, siempre que dichas políticas afecten de forma directa los intereses económicos o sociales de los trabajadores. En este caso deberán cumplirse los requisitos del artículo 377 de este código, con excepción de la conciliación previa. Este tipo de huelgas no podrá tener una duración superior a 48 horas, ni podrán reiterarse por el mismo motivo.

La regulación del párrafo anterior no afectará el derecho a realizar marchas, concentraciones, mítines u otras manifestaciones permitidas por el ordenamiento jurídico que se realicen en horas no laborales, sin restricción alguna de duración.

Las anteriores disposiciones tampoco afectarán el derecho a manifestarse de los trabajadores independientes, o de aquellas personas que no se encuentren vinculadas a una relación laboral.

Aparte de los casos indicados en este artículo, no se permitirán huelgas atípicas ni serán consideradas como legales ningún otro tipo de huelgas.

No se considerará pacífica ninguna huelga que conlleve bloqueos en vías públicas o que impida el acceso a las instalaciones o servicios públicos, la realización de sabotaje sobre bienes públicos, la perpetración de conductas que comporten un ilícito penal, o que imposibiliten el derecho a laborar de los trabajadores que no se encuentren en huelga”.

Consultan sobre lo dispuesto en el párrafo 3°, que dispone:

“Serán ilegales las huelgas políticas de cualquier índole o aquellas que no tengan conexión directa con la relación de empleo o incumplimientos laborales imputables al patrono”.

Se acusa de que se trata de una limitación totalmente injustificada.

De conformidad con la redacción, una primera objeción respecto de la violación al principio de legalidad, es porque la indefinición de la huelga “política”, vulnera los artículos 11, de la Constitución Política y de la Ley General de la Administración Pública. Aducen que la carga ideológica del momento puede teñir tal calificación y ser contraria al principio de certeza y seguridad jurídica.

El uso de conceptos demasiado amplios pueden tender a restringir la libertad al autorizar actuaciones estatales contra ellas demasiado generales, sin embargo, también puede ser parte de la estrategia del legislador de permitir a los Tribunales de Justicia precisar los términos jurídicos, en las leyes, especialmente, cuando se trata de comportamientos que ofrecen gran dificultad por estar en áreas jurídicas de gran capacidad de absorción, y deben delimitarse entre derechos humanos, como los derechos a la manifestación política (artículo 26 Constitucional), de la asociación política (artículo 98 Constitucional), entre otros. En este sentido, frente a conceptos con gran capacidad de absorción, no podría exigirse una descripción detallada, con lenguaje exhaustivo y preciso, de conductas u omisiones, pues evidentemente, la manifestación política está protegida constitucionalmente, por los diversos recaudos constitucionales. La técnica que usa el legislador no es inconstitucional, en el tanto se vale del operador jurídico para dibujar y trazar una línea divisoria entre lo que establece el artículo 371 consultado, en cuanto a la huelga contractual y la protesta contra políticas públicas que afecten a los trabajadores, en cuyo caso, los jueces deben interpretar restrictivamente el concepto de huelga política, y los derechos humanos en forma amplia, pues habrá casos en los cuales las políticas públicas tienen un impacto directo en los derechos o intereses de los trabajadores.

Entonces, aunque la norma no define qué son huelgas políticas, esto supone que su contenido puede ser llenado, judicialmente, en concordancia con la reforma al artículo 371, del Código de Trabajo. La Sala toma nota que el proyecto de ley consultado garantiza con esta disposición que permitirá la huelga que tenga por finalidad protestar contra las políticas públicas, siempre que afecten de forma directa los intereses económicos y sociales de los trabajadores. En consecuencia, la falta de definición de huelga “política” no es contraria al principio de legalidad y por lo tanto no es inconstitucional.

En segundo lugar, la duda se mantiene respecto de la ilegalidad de lo que no tenga conexión directa con la relación de empleo o incumplimiento laboral imputable al patrono. Esto toda vez que afirman que el Comité de Libertad Sindical de la OIT establece que la declaratoria de ilegalidad de una protesta por las consecuencias sociales y laborales de la política económica del gobierno y su prohibición, constituye una grave violación de la libertad sindical. La indefinición mencionada agrega ese tipo de restricción a la libertad de expresión y asociación, la cual sería una restricción arbitraria, y debería reconocerse la seguridad jurídica de quienes ejercen ese derecho. Hay un sesgo prohibicionista, que restringe la manifestación contra decisiones del gobierno que directamente atentan contra ciudadanos y trabajadores. En este sentido,

afirman que hay afectación a la libertad sindical. La decisión de montos de salarios mínimos no depende de una relación laboral específica, o decisiones políticas que inciden en calidad de vida, la inflación, la estructura de precios de bienes y servicios, etc. Entonces no se podría protestar si en la relación laboral hay un pago por encima del mínimo legal. Asumen la misma posición respecto de otros ejemplos, reformas tributarias, ambientales, seguridad ocupacional, etc.

Para la Sala, evidentemente el Estado está en la posibilidad de establecer políticas y regulaciones a los derechos fundamentales, en una necesidad de conciliar el ejercicio de ellos, dado que no son absolutos, y se requiere del ejercicio responsable. El artículo 61 Constitucional hace remisión a la ley y corresponde al legislador establecer este balance, sujeto claro está a la revisión judicial cuando corresponda. Es importante señalar, además, que la huelga política es la que en doctrina se puede conocer como la huelga extralaboral, la cual estaría en contraposición de la huelga laboral o contractual. Esta última, sería la huelga que tiene su origen en conflictos de una relación propia de trabajo, mientras que las primeras se fundamentan ya no en conflictos de la relación laboral, sino que en la que tiene motivos políticos o ajenos al vínculo laboral. En tal sentido, la huelga trasciende la relación laboral y afecta de modo directo al patrono con la finalidad de trascender a la vida política y social del país. Lo que se pretende es la cesación o adopción de medidas gubernativas que favorezcan los intereses de una categoría de trabajadores. En este sentido, hay ordenamientos jurídicos que regulan este tipo de huelgas, como en Holanda, con medidas más o menos restrictivas, y donde no lo estaría, los Tribunales sostienen que se puede practicar por falta de regulaciones, como en República Checa, Suráfrica, Croacia, República Eslovaca. En Costa Rica, el legislador está reconociendo plenamente la huelga laboral y la huelga que tiene como finalidad protestar contras políticas públicas, optando restringidamente en este tipo de huelga, pero que afecte de forma directa los intereses económicos o sociales de los trabajadores.

Dicen los consultantes que las cosas deben ser vistas desde su función, alegan que la huelga debe ser abordada para defensa de intereses y derechos económicos y sociales como grupo social. El Comité de Libertad Sindical amplía su cobertura no solo a cuestiones *ad intra* de la relación laboral, sino a cuestiones de los intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores presentes en grandes cuestiones de política, económica y social. Pero, en el criterio de la Sala, la presión que ejerce este tipo de huelga es sobre los poderes públicos y sus instituciones, y no es extraño que la doctrina reconozca a la huelga política, como una forma abusiva por los móviles según la doctrina francesa, muchas veces ajena a la especificidad de la relación laboral, de

modo que permite concluir que no es estrictamente atinente a la relación laboral. El meollo del asunto, es determinar si la forma en que aborda el legislador esta prohibición, estaría dentro de su área de competencias constitucionales. El que el legislador adopte una forma u otra para regular la huelga, es una función que la realiza desde la perspectiva del artículo 61, Constitucional, por establecer un ejercicio de un instituto de derecho laboral colectivo, que no debe mezclarse, con la relación laboral en sentido estricto, es decir, con la contractual.

La Sala estima, que en el caso que nos ocupa, la huelga no debe ser equiparada a otras formas de manifestación política, más aún, la legislación que se propone es cuidadosa, por cuanto no establece prohibición alguna a la manifestación política o el derecho a la asociación política, cuando señala que la *“...regulación del párrafo anterior no afectará el derecho a realizar marchas, concentraciones, mítines u otras manifestaciones permitidas por el ordenamiento jurídico que se realicen en horas no laborales, sin restricción alguna de duración”*. Lo que hace es que declara ilegales el uso de lo que se conoce como la huelga, con fines distintos a aquellas que no tengan conexión directa con la relación de empleo o incumplimiento laborales imputables al patrono. La huelga legal, es una forma de suspensión de los contratos laborales una vez que se han agotado los requisitos del artículo 377, salvo el de la conciliación previa. La reforma al artículo 371, del Código de Trabajo, circunscribe la huelga a los supuestos, que podrían calificarse como típicas manifestaciones de huelga, movimientos de acción sindical de los trabajadores, para la defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales, así como la defensa en los conflictos jurídicos colectivos del artículo 386, del Código. Por todo ello, no se considera que sea inconstitucional.

Además, los consultantes señalan que producto de la moción 7-2, que se aprobó el 3 de setiembre, se introdujo una excepción con un párrafo exigiendo que haya afectación directa a los intereses económicos o sociales de los trabajadores, en cuyo caso, se debe cumplir con el artículo 377, del Código de Trabajo, con excepción de la conciliación previa. Aducen que limita la huelga a cuarenta y ocho horas y no podrá reiterarse por el mismo motivo. La consideran una mordaza y se atenta contra el principio de participación democrática, con violación al artículo 9, de la Constitución Política. Concluyen que se falta a la progresividad contenido en el artículo 26, de la Convención Americana de Derechos Humanos. Alegan los consultantes que la normativa implica censura previa.

Al abordar el problema que los consultantes formulan a esta Sala, tiene que analizarse primero desde los límites del derecho a la huelga. Lo que en doctrina

nacional hace alusión a los límites externos e internos. Lo primero, tiene relación con un problema de la inserción del derecho a la huelga en un sistema jurídico: rango jerárquico que el legislador o constituyente le dé, y de las limitaciones entendidas como las mutuas relaciones recíprocas con otros derechos de igual rango. En cuanto a lo segundo; es decir, a lo interno, se construye por la noción del derecho a la huelga y los principios que lo informan, los cuales se verán también amoldados por los derechos y principios de mayor rango. Es claro, que debe existir alguna forma de tutela de los derechos de terceros frente a un movimiento huelguístico que afecta a miles de costarricenses, es ahí donde, si bien, la legislación rectifica y corrige la utilización de la figura de la huelga solo para fines laborales o cuando las políticas públicas puedan afectar en forma directa los intereses económicos o sociales de los trabajadores. Pero, es en sí mismo, un derecho fundamental a disposición de los trabajadores públicos y privados, y debe haber razones de peso, para limitar o incluso para prohibir el ejercicio de este derecho.

2.1 Razones particulares del Magistrado Rueda Leal en relación con el punto 2.- “Sobre el artículo 371, por violación a diversos motivos de constitucionalidad” del considerando IV.- “Consulta sobre el fondo”.

En cuanto a este punto, considero que el numeral 371 no es inconstitucional por las siguientes razones.

Tal ordinal del proyecto consultado establece:

“Artículo 371- La huelga legal es un derecho que consiste en la suspensión concertada y pacífica del trabajo, en una empresa, institución, establecimiento o centro de trabajo, acordada y ejecutada por una pluralidad de tres personas trabajadoras, como mínimo, que represente más de la mitad de los votos emitidos conforme al artículo 381, por los empleados o las empleadas involucrados en un conflicto colectivo de trabajo, para lo siguiente:

a) La defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales.

b) La defensa de sus derechos en los conflictos jurídicos colectivos señalados en el artículo 386.

Serán ilegales las huelgas políticas o aquellas que no tengan conexión directa con la relación de empleo o incumplimientos laborales imputables al patrono.

Además de la huelga contractual se permitirá también la huelga que tenga por finalidad protestar contra políticas públicas, siempre que dichas políticas afecten de forma directa los intereses económicos o sociales de los trabajadores. En este caso deberán cumplirse los requisitos del artículo 377 de este código, con excepción de la conciliación previa. Este tipo de huelgas no podrá tener una duración superior a 48 horas, ni podrán reiterarse por el mismo motivo.

La regulación del párrafo anterior no afectará el derecho a realizar marchas, concentraciones, mítines u otras manifestaciones permitidas por el ordenamiento jurídico que se realicen en horas no laborales, sin restricción alguna de duración.

Las anteriores disposiciones tampoco afectarán el derecho a manifestarse de los trabajadores independientes, o de aquellas personas que no se encuentren vinculadas a una relación laboral.

Aparte de los casos indicados en este artículo, no se permitirán huelgas atípicas ni serán consideradas como legales ningún otro tipo de huelgas.

No se considerará pacífica ninguna huelga que conlleve bloqueos en vías públicas o que impida el acceso a las instalaciones o servicios públicos, la realización de sabotaje sobre bienes públicos, la perpetración de conductas que comporten un ilícito penal, o que imposibiliten el derecho a laborar de los trabajadores que no se encuentren en huelga”.

En concreto, la norma regula tres tipos de huelgas: las huelgas contractuales, las huelgas puramente políticas y las huelgas contra políticas públicas. Las primeras serían legales, las segundas serían absolutamente ilegales y las terceras serían legales en tanto afecten de forma directa los intereses económicos o sociales de los trabajadores.

Al respecto, las Diputadas y los Diputados consultan sobre el contenido del párrafo 3º, que dispone: “Serán ilegales las huelgas políticas de cualquier índole o aquellas que no tengan conexión directa con la relación de empleo o incumplimientos laborales imputables al patrono”, toda vez que consideran que se trata de una limitación injustificada.

Ahora, si bien se acusa que existe una indefinición del concepto de “huelga política”, en la Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, sexta edición (2018), se observa que este tipo de huelgas no están resguardadas por los principios de libertad sindical:

“760. Las huelgas de carácter puramente político y las huelgas decididas sistemáticamente mucho tiempo antes de que las negociaciones se lleven a cabo no caen dentro del ámbito de los principios de libertad sindical.

(Véanse Recopilación de 2006, párrafo 528; 340º informe, Caso núm. 2413, párrafo 901; 344º informe, Caso núm. 2509, párrafo 1245; y 353º informe, Caso núm. 2619, párrafo 573.)

761. Las huelgas de carácter puramente político no entran en el ámbito de la protección deparada por los Convenios núms. 87 y 98.

(Véanse 346º informe, Caso núm. 1865, párrafo 749; y 353º informe, Caso núm. 1865, párrafo 705.)

(...)

763. Si bien las huelgas de naturaleza puramente política no están cubiertas por los principios de la libertad sindical, los sindicatos deberían poder organizar huelgas de protesta, en particular para ejercer una crítica contra la política económica y social del gobierno.

(Véanse Recopilación de 2006, párrafo 529; 344º informe, Caso núm. 2509, párrafo 1247; 348º informe, Caso núm. 2530, párrafo 1190; 351º informe, Caso núm. 2616, párrafo 1012; 353º informe, Caso núm. 2619, párrafo 573; 355º informe, Caso núm. 2602, párrafo 668; 360º informe, Caso núm. 2747, párrafo 841; y 372º informe, Caso núm. 3011, párrafo 646.)”.

Lo anterior, aun cuando sea *soft law*, muestra que no existe controversia a nivel del Comité de Libertad Sindical sobre la falta de tutela internacional de las huelgas puramente políticas. Así, queda a libre discrecionalidad de cada país permitir las o no.

En este caso, el proyecto considera ilegales las huelgas políticas que no tengan conexión directa con la relación de empleo o incumplimientos laborales imputables al patrono, lo cual, por lo expuesto anteriormente, no lo estimo improcedente.

Por otra parte, las Diputadas y los Diputados también consultan sobre la exigencia de que en las huelgas contra políticas públicas haya afectación directa a los intereses económicos o sociales de los trabajadores y que, además, limita la huelga a cuarenta y ocho horas y la posibilidad de reiterarla por el mismo motivo.

Sobre este último aspecto, remito a las razones separadas que consignó en el punto 3.- *“Sobre el plazo de cuarenta y ocho horas dispuesto en el artículo 371 consultado”* de este considerando.

3.- Sobre el plazo de cuarenta y ocho horas dispuesto en el artículo 371 consultado. El rango del derecho a la huelga es constitucional, lo mismo que su relación en igualdad con el derecho al paro. El artículo 61, de la Constitución Política de 1949, consagra el derecho a la huelga. Así,

“Artículo 61.- Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia”.

Pero, el primero, como derecho fundamental, se relaciona con otros derechos individuales (civiles y políticos), así como las garantías sociales (derechos económicos, sociales y culturales) contenidas en la Constitución. Adicionalmente, a lo interno, debe indicarse que la misma Constitución Política limita el derecho a la huelga a los servicios públicos y conforme a sus regulaciones. En este sentido, la Sala entiende que la Constitución hace referencia a los servicios públicos y su régimen, pero sin que eso signifique que se pueda desconstitucionalizar el derecho, pero sí establecerle límites al mismo. Tampoco sería permisible que como derecho fundamental que es, sea objeto una interpretación restrictiva que haga imposible su goce a quienes válidamente lo pueden ejercitar. Lo que el Constituyente delegó fue su regulación interna, tomando en consideración los límites externos, por supuesto, la vida, la salud y la seguridad pública. Conforme a las regulaciones que se proponen reformar del Código de Trabajo, no todos los servicios públicos son esenciales, y sobre los cuales recaen algunas prohibiciones. El Constituyente, a su vez, marcó otro límite a la huelga que debería tomar en cuenta el legislador, el cual sería desautorizar todo acto de coacción o de violencia. Hay una clara referencia a la razonabilidad y proporcionalidad de la legislación que se adopte en cumplimiento de esta disposición. En consecuencia, cuando la disposición que dice que *“Este tipo de huelgas no podrá tener una duración superior a 48 horas, ni podrán reiterarse por el mismo motivo”*, en el criterio de la Sala resulta constitucional, toda vez que la legislación no prohíbe este tipo de huelga, más bien autoriza que se pueda protestar contra políticas públicas que afecten intereses económicos y sociales de los trabajadores, en cuyo caso, no es irrazonable sujetar a este tipo de huelga a un plazo de cuarenta y ocho horas, tomando en cuenta primero que haya una afectación directa en la relación estatutaria con el tipo de servicios que se presta, segundo porque

correspondería al Estado o sus instituciones reconocer los salarios si la huelga finalmente es declarada legal, y en esas circunstancias, puede ser que no es responsable directa ni indirectamente. En este sentido, el país puede que se encuentre respondiendo a circunstancias completamente ajenas, por condiciones externas, de naturaleza internacional, o incluso nacional, que obligan a una respuesta política al marcar derroteros económicos nuevos, sobre los cuales, los trabajadores podrían protestar. En estos casos, estima la Sala, que la huelga como medio de hacer valer una protesta que contrasta contra estas políticas, debe estar a un término razonable en una relación estatutaria y por una sola vez. Lo mismo debe interpretarse, conforme con el Derecho de la Constitución, que en aquellos servicios públicos donde se permite el ejercicio de la huelga, según el tipo servicios públicos, es constitucional que se señalen unos parámetros de tiempo establecidos en los párrafos finales de los artículos 376 quater (importancia trascendental) o 376 quinquies (servicios de educación), del Código de Trabajo, que se pretende reformar. De ahí que, si para servicios de importancia trascendental o servicios de educación estarían los primeros limitado a diez días naturales, o los segundos a veintiún días naturales consecutivos, o diez naturales discontinuos. Se recuerda, en todo caso, que no existen limitaciones algunas para participar en protestas fuera de las horas laborales de los trabajadores; en cuyo caso, estaría garantizado el derecho fundamental a la protesta.

Sobre este párrafo del artículo, se duda también si es una restricción que va más allá del proyecto original, por lo que denuncian la inconexidad del texto y una dirección equivocada del proyecto, al impedir manifestarse nuevamente por un mismo motivo. Por la forma en que se resuelve sobre el límite, es innecesario pronunciarse en este sentido. En todo caso, sobre la necesidad de conexidad del proyecto de ley con el proyecto que le dio origen, y si éste se mantiene durante el *iter* legislativo, esta Sala observa que en la exposición de motivos se indica que:

“La continuidad en la prestación de los servicios públicos es un principio fundamental de la Administración Pública y un derecho del ciudadano. Por ende, el Estado costarricense está obligado a garantizar esa continuidad, especialmente en aquellos servicios esenciales para la población, puesto que de ellos dependen la vida, la salud, la seguridad de las personas, tales como: servicios hospitalarios, suministro de electricidad, agua y combustibles, fuerzas de policía, controladores aéreos y marítimos, comedores escolares y servicios para la atención de emergencias, entre otros. Por lo tanto, la continuidad en la prestación de esos servicios no debe verse interrumpida bajo ninguna circunstancia.”

Además, cuando se trata de servicios públicos en los que está permitida la huelga, nuestra legislación actual tiene serias deficiencias en cuanto al procedimiento para la declaratoria de ilegalidad. Esta situación genera dudas, vacíos, especialmente en cuanto a los plazos abusivos que provocan enorme incertidumbre entre la población afectada y hasta en los propios servidores públicos que se unen a la huelga. La prolongación excesiva genera falta de certeza sobre si la huelga cumple o no con los requisitos para la legalidad. Los efectos de esa falta de seguridad son dañinos para los trabajadores, el patrono y los ciudadanos tanto desde la perspectiva económica como desde la social. Este proyecto pretende acabar con esa incertidumbre y ajustar el procedimiento para hacerlo razonable y aclarar las reglas del juego para todas las partes”.

Como se ve, los motivos que se exponen al presentarse la iniciativa de la ley es la posibilidad de poner plazos y límites a la huelga, especialmente cuando hay afectación de los servicios públicos y aquellos catalogados como servicios públicos esenciales. Las razones de la iniciativa abarcan temas de fondo como de procedimiento. No escapa del entendimiento de esta Sala, que el legislador buscaba diferentes opciones por regular el ejercicio de la huelga, en el sector público, como en efecto ocupa al proyecto de ley. Más aún, puede decirse de la exposición de motivos que:

“Este proyecto propone la realización de los siguientes cambios (sin perjuicio que durante el desarrollo del procedimiento legislativo se establezca la necesaria reforma por conexidad de otras disposiciones normativas), a fin de brindar tutela oportuna a los derechos fundamentales de toda la población y seguridad jurídica frente a la decisión ilegítima de suspender labores en los servicios públicos esenciales”

En consecuencia, no estima la Sala que exista inconexidad en el proyecto de ley que nos ocupa.

3.1 Razones separadas del Magistrado Rueda Leal en relación con el punto 3.- “Sobre el plazo de cuarenta y ocho horas dispuesto en el artículo 371 consultado” del considerando IV.- “Consulta sobre el fondo”.

El artículo 1º del proyecto de ley n.º 21.049 “Ley para brindar seguridad jurídica sobre la huelga y sus procedimientos” propone reformar el numeral 371 del Código de Trabajo, en lo que interesa, de la siguiente manera:

“Además de la huelga contractual se permitirá también la huelga que tenga por finalidad protestar contra políticas públicas, siempre que dichas políticas afecten de forma directa los intereses económicos o sociales de los trabajadores. En este caso deberán cumplirse los requisitos del artículo 377 de este código, con excepción de la conciliación previa. Este tipo de huelgas no podrá tener una duración superior a 48 horas, ni podrán reiterarse por el mismo motivo.

La regulación del párrafo anterior no afectará el derecho a realizar marchas, concentraciones, mítines u otras manifestaciones permitidas por el ordenamiento jurídico que se realicen en horas no laborales, sin restricción alguna de duración”.

Al respecto, las Diputadas y los Diputados consultantes sostienen que el plazo de 48 carece de una justificación técnica para estimar razonable la posibilidad de realizar una huelga durante ese plazo, pues su objetivo es limitar y restringir el ejercicio de la libertad de expresión y de pensamiento. Afirman que la restricción atenta además contra el principio de participación democrática.

Sobre este punto, estimo adecuado que el Estado establezca regulaciones razonables al derecho a la huelga.

Prima facie, me parece que el plazo cuestionado no debe ser interpretado de manera aislada y, a falta de disposición expresa que lo delimite, resulta necesario integrarlo con otras disposiciones. Precisamente, la norma de marras, luego de estipular ese plazo, clarifica que las marchas, concentraciones, mítines y otras formas de manifestaciones que se realicen en horas no laborales no tienen restricción alguna de duración. Es decir, las 48 horas referidas, en principio, se podrían entender únicamente como laborales, con la consecuente posible extensión de días hábiles según las jornadas respectivas. Lo anterior lo consideraría proporcional, siempre y cuando se respete la prohibición de la huelga en los servicios públicos esenciales y no se sobrepasen los plazos máximos establecidos en los demás servicios.

En adición, el mismo proyecto consultado propone la reforma del artículo 378 del Código de Trabajo en los siguientes términos:

“Artículo 378- La huelga, cualquiera que sea su modalidad, sea que la convoque uno o más sindicatos o, en su caso, una coalición de personas trabajadoras, podrá ejecutarse intermitentemente, de manera gradual o de forma escalonada. En estos casos, los días y las horas de suspensión, así como la modalidad de la huelga, deben

ser comunicados, por escrito, a la parte empleadora previamente a su inicio, directamente o por medio del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

En ningún caso se podrá reiterar una huelga por los mismos motivos de una anteriormente realizada”.

En el sentido anterior, considero que la huelga, cualquiera que sea su modalidad (incluidas las que se den contra políticas públicas que afecten de forma directa los intereses económicos o sociales de los trabajadores), puede ejecutarse de manera intermitente, gradual o escalonada y, además, la norma contempla expresamente la posibilidad de computar las horas de suspensión. Por lo que, al hacer un análisis en abstracto de la norma, el plazo de 48 horas no sería irrazonable. De ahí que *a priori* no encuentre algún vicio de constitucionalidad.

4) Constitucionalidad de la prohibición absoluta de la huelga en los servicios públicos esenciales, dispuesta en el artículo 376 consultado. Redacta el Magistrado Rueda Leal.

Los consultantes consideran que la modificación del numeral 376 del Código de Trabajo violenta el derecho a la huelga (artículo 61 de la Constitución Política y numerales 371 y siguientes del Código de Trabajo), el Convenio C87 de la OIT y los principios de interdicción de la arbitrariedad, razonabilidad y proporcionalidad. Consideran que ese ordinal, el cual contempla diez actividades como servicios esenciales, excede la definición en sentido estricto de tal noción, restringida a aquellas cuya interrupción afecta la salud, vida y seguridad de las personas.

Opinan que el numeral 61 de la Constitución Política delegó en el legislador la determinación de los servicios públicos en los que se prohíbe o restringe la huelga (reserva de ley), quien los reguló en los artículos 375 y 376 del Código de Trabajo. Ahora, el ordinal 375 debe interpretarse según la norma constitucional, es decir, muy lejos de entender una prohibición indiscriminada de la huelga en los servicios públicos y en el sentido de que su alcance debe ser delimitado en función del numeral 376. En cuanto al inciso d) de este último artículo, sostienen que la restricción se impone solo a los trabajadores absolutamente indispensables para garantizar el funcionamiento mínimo. Manifiestan que, aun cuando se puede admitir que la norma contiene una prohibición relativa que restringe el derecho a la huelga de los trabajadores absolutamente indispensables, no se puede sostener que tal disposición prohíba de manera absoluta y general la huelga en los servicios esenciales, incluidos los de salud. Estiman que el esquema del funcionamiento mínimo del servicio soluciona cualquier

contradicción entre el derecho a la continuidad de la prestación de los servicios esenciales y el derecho a la huelga, ambos protegidos constitucionalmente. Consideran innecesaria la incorporación de la norma al proyecto.

Afirman que el ejercicio del derecho a la huelga constituye una herramienta necesaria para expresar malestar y disconformidad con la administración y gobernabilidad del país, para que así se genere un diálogo de compromisos y acuerdos.

Razonan que el inciso d) del numeral 376 del Código de Trabajo concilia de manera razonable y proporcionada el derecho fundamental a la huelga con los derechos a la vida, la salud y la seguridad de las personas (aspectos reconocidos y desarrollados por el Comité de Libertad Sindical).

Arguyen que la inclusión de una lista de servicios esenciales no es una alternativa justa ni remedial para regular las huelgas. Citan este criterio de la OIT: *“Es innegable que el carácter “esencial” de un servicio público se establece a partir de al menos cuatro criterios aceptados por la doctrina de la OIT: 1) cuando este contribuye de manera directa a la protección de bienes, a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, en conjunto con el respeto, la vigencia, el ejercicio y la efectividad de los derechos y las libertades fundamentales; 2) la esencialidad del servicio está vinculada a la magnitud del mismo; 3) el concepto de servicio público esencial que conlleva una ponderación de valores e intereses; y 4) el concepto de servicio público implica una constante evolución de la situación política, económica y social de cada país”*. Refieren que el incremento de los servicios esenciales restringe de manera desproporcionada e irrazonable el derecho a la huelga y, por esa razón, abiertamente transgrede el principio de interdicción de la arbitrariedad, lo cual *“condena la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa”*.

Mencionan que no existe una fundamentación técnica que justifique coartar el derecho a la huelga. Si bien es razonable que este sea regulado, no debe ser vaciado de contenido, sino que tiene que haber un balance entre el derecho a la huelga y la garantía del mínimo vital del servicio público. Justamente, la OIT establece que el mantenimiento del servicio mínimo constituye salvaguarda el derecho a la huelga a la vez que garantiza la satisfacción de las necesidades vitales de los usuarios. Arguyen que el Convenio C87 de la OIT es una fuente objetiva de derecho y no puede ser vulnerado.

Señalan que prohibir el derecho de huelga en servicios públicos y establecer una lista taxativa más amplia de lo que *“en esencia constituye un servicio esencial”* (garantizar la protección de la vida, la salud y la seguridad de la población), son medidas

contrarias a la Constitución Política y a varios convenios internacionales (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos), en donde se reconoce el derecho a formar sindicatos y el derecho a que estos funcionen sin obstáculos, salvo las restricciones que señale la ley, las cuales, en todo caso, no deben ser concebidas como prohibiciones absolutas.

Concluyen que fijar límites en el numeral 376 del Código de Trabajo no va a evitar las huelgas, sino que va a contribuir a que estas se desarrollen al margen de la ley y a que se demuestre que el sistema jurídico fue incapaz de resolver los conflictos laborales.

Respecto de este extremo de la consulta, la Sala no observa algún vicio de constitucionalidad por el fondo con base en la siguiente explicación.

A) Primer presupuesto general: naturaleza *soft law* de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical (CLS) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

A los efectos de absolver esta consulta, consideramos fundamental *ab initio* clarificar el carácter no vinculante de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT y qué implicaciones derivan de esto.

La OIT es una agencia “tripartita” de la Organización de Naciones Unidas que despliega su trabajo a través de tres órganos fundamentales con representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores:

- *“La Conferencia Internacional del Trabajo establece las normas internacionales del trabajo y define las políticas generales de la Organización. La Conferencia, que con frecuencia es denominada el parlamento internacional del trabajo, se reúne una vez al año. Es también un foro para la discusión de cuestiones sociales y laborales fundamentales.*
- *El Consejo de Administración es el órgano ejecutivo de la OIT y se reúne tres veces al año en Ginebra. Toma decisiones sobre la política de la OIT y establece el programa y el presupuesto, que después es sometido a la Conferencia para su adopción.*
- *La Oficina internacional del trabajo es la secretaría permanente de la Organización Internacional del Trabajo. Es responsable por el conjunto de*

actividades de la OIT, que lleva a cabo bajo la supervisión del Consejo de Administración y la dirección del Director General”²

El CLS, creado por la OIT en 1951, es un Comité del Consejo de Administración y, en tanto órgano de control, tiene como propósito analizar quejas por violación a la libertad sindical, que pueden ser formuladas por organizaciones de empleadores o de trabajadores. Está compuesto, como órgano tripartito, por nueve miembros titulares y nueve suplentes, provenientes en cantidades iguales de los grupos Gubernamental, Trabajadores y Empleadores del Consejo de Administración, amén de un presidente independiente electo por ese mismo Consejo.³

Sobre la naturaleza de las decisiones del CLS, la Oficina Internacional del Trabajo señaló:

“2. (...) El Comité se reúne tres veces por año y, teniendo en cuenta las observaciones transmitidas por los gobiernos, realiza un examen de las quejas presentadas en contra de ellos y recomienda al Consejo de Administración, según corresponda, que un caso no requiere un examen más detenido (informe definitivo) o que se debe llamar la atención del gobierno interesado sobre los problemas que se han encontrado e invitarlo a tomar las medidas apropiadas para resolverlos (informes provisionales o en los que el Comité pide que se le mantenga informado de la evolución de la situación). Finalmente, el Comité puede tener que determinar si resulta apropiado tratar de obtener el acuerdo del gobierno concernido para que el caso sea elevado a la Comisión de Investigación y de Conciliación.

3. Las conclusiones adoptadas por el Comité en casos específicos están destinadas a orientar a los Gobiernos y las autoridades nacionales en las discusiones y acciones

2 Página oficial de la Organización Internacional del Trabajo. Recuperado en: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/lang--es/index.htm>

3 Oficina Internacional del Trabajo. La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical. Sexta edición (2018). Recuperado en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_635185.pdf

*a realizar en seguimiento de sus recomendaciones en materia de libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. (...)*⁴

De lo anterior se observa que a lo interno de la OIT se conciben las decisiones del CLS como recomendaciones con carácter de pautas de orientación, lo cual concuerda con el hecho de que no hay norma jurídica convencional que expresamente les confiera carácter vinculante a tales decisiones.

A mayor abundamiento, obsérvese que, en el caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, el demandado planteó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) una excepción de litispendencia, puesto que los sindicatos ya habían denunciado a ese estado ante la OIT, esta última había encontrado culpable a Panamá, y ya se había dictado una resolución recomendando una serie de medidas que debían ser cumplidas. No obstante, la Corte rechazó la gestión, entre otros argumentos, porque:

“57. Además, la naturaleza de las recomendaciones emitidas por dicho Comité [se refiere al Comité de Libertad Sindical] es diferente a la de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana. En el primer caso se trata de un acto propio de un órgano de la OIT con el efecto jurídico propio de una recomendación a los Estados. En el segundo caso se trata de una sentencia que, en los términos de la Convención, es definitiva e inapelable (artículo 67), y de obligatorio cumplimiento (artículo 68.1).” (Sentencia de 18 de noviembre de 1999 -Excepciones Preliminares-; el destacado no corresponde al original).

Ergo, a nivel del máximo órgano convencional en materia de derechos humanos dentro del ámbito americano también se ha afirmado la distinta naturaleza jurídica entre una “recomendación” del Comité de Libertad Sindical, cuyo efecto jurídico está restringido a los límites propios de una decisión de este tipo, y una sentencia de la Corte IDH, la cual (entre otras características que la distinguen de la primera) es de obligatorio acatamiento, según el numeral 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

4 Oficina Internacional del Trabajo. La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical. Sexta edición (2018). Recuperado en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_635185.pdf

Ahora, aun cuando las recomendaciones del CLS no sean vinculantes, esta Sala reconoce el valor jurídico y doctrinario de los pronunciamientos de los órganos de control, distinto al de las simples recomendaciones de carácter axiológico o teórico. De este modo, las recomendaciones del CLS resultan útiles como guías calificadas para orientar la interpretación y aplicación de la normativa laboral, por cuanto son fuente de *soft law* en la medida que, a pesar de que ninguna disposición normativa les confiera carácter vinculante, siempre revisten de relevancia jurídica. Sin embargo, tal grado de importancia no implica que las autoridades nacionales carezcan de un margen de apreciación ante una recomendación de la CLS, siempre que se advierta una justificación razonable y debidamente sustentada, que en modo alguno conlleve una actuación contraria a la obligación de actuar de buena fe en el cumplimiento de los tratados internacionales. Específicamente, en el ámbito constitucional, la recomendación de un órgano de control de la OIT vendría a ser un elemento relevante por considerar entre otros factores implicados, también de gran trascendencia, a la hora de resolver un conflicto entre bienes constitucionales (incluso de naturaleza no laboral, como los relativos al resguardo del ambiente, la salud, la vida, la seguridad o la propiedad), donde lo fundamental es procurar el adecuado equilibrio entre estos y evitar una transgresión al contenido esencial de alguno de ellos, todo ello bajo la égida del principio general de que toda acción privada que dañe la moral o el orden público, o que perjudique a un tercero, está sujeta a la acción de la ley (artículo 28 de la Constitución Política).

Aclarado este punto, el discurrir de esta tesis en el *sub examine* tomará en consideración varias de las recomendaciones del CLS; empero, de algunas se apartará la Sala, en la medida que constituyen *soft law* y dando razones fundadas para ello. En este sentido, en tanto *soft law*, las referidas recomendaciones devienen adecuadas para desarrollar los contenidos de la Constitución, mas no para ir a contrapelo de estos, toda vez que, desde un punto de vista jerárquico positivo, evidentemente, las primeras no se pueden anteponer a los segundos, de plena naturaleza jurídico-positiva y vinculante (*hard law*).

B) Segundo presupuesto: la delegación de la definición del concepto de servicio público en el legislador.

El numeral 61 de nuestra Constitución Política actualmente reza:

“ARTÍCULO 61.- Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación

que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia.”

Este texto, que se ha mantenido invariable desde 1949, expresamente reconoce el derecho de los trabajadores (públicos y privados) a la huelga; empero, a la vez señala que aquel no es de carácter absoluto, toda vez que contempla una salvedad: los servicios públicos. A lo anterior se acompaña la disposición de que tanto la determinación de los servicios públicos como su regulación queda relegada al ámbito de la ley, quedando obligado el legislador a desautorizar todo acto de coacción o violencia.

Al respecto, es importante advertir que el artículo 61 *supra* mencionado es una replicación del contenido del ordinal 56 de la Constitución Política de 1871, que había sido introducido a través de una reforma parcial (ley n.º 24 de 2 de julio de 1943):

“ARTÍCULO 56.- Se reconoce el derecho de los patronos al paro y de los trabajadores a la huelga salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia.”

Ahora bien, de la lectura de las actas de la Constituyente de 1949 se colige que la regulación del derecho a la huelga de los trabajadores fue objeto de intensas discusiones en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente. En concreto, los criterios expuestos por los Diputados se leen en las actas n.ºs 122 y 123:

1. Acta n.º 122 de 3 de agosto de 1949:

“En relación con el artículo 56, la fracción Social Demócrata presentó moción para que se lea así:

“Se reconoce el derecho de los patronos al paro y de los trabajadores a la huelga, con el fin exclusivo de obtener y conservar beneficios económicos, sociales o profesionales, salvo en los servicios públicos”. [61]

El señor MONTEALEGRE observó la conveniencia de mantener el concepto final del artículo 56, en el sentido de que las regulaciones que haga posteriormente la ley al derecho de huelga, deben desautorizar todo acto de coacción o de violencia.

El Licenciado ESQUIVEL se pronunció en términos parecidos. Además sugirió decir, en lugar de servicios públicos, “servicios de utilidad pública”, expresión más correcta, ya que la primera se puede entender como los servicios que se prestan en las oficinas públicas.

El Diputado MONGE ALVAREZ acogió la sugerencia de don Edmundo Montealegre, pero no el cambio de expresiones apuntado por el segundo.

El Diputado TREJOS indicó la conveniencia de prohibir las huelgas en las labores agrícolas, dada la importancia vital de la producción agrícola de nuestro país. Una huelga en esta clase de labores puede traer como consecuencia la pérdida de una o más cosechas, con los perjuicios consiguientes para la colectividad.

El Licenciado FACIO expresó que, sin perjuicio de que en el futuro se estudie con más cuidado el significado gramatical e ideológico, de los términos “servicios de utilidad pública”, delimitando los campos de cada uno de ellos, piensa que es mejor mantener la redacción original de la Constitución del 71 en esta materia. En Derecho Administrativo, son servicios públicos aquellas actividades, que, por su importancia y significado en la vida nacional, no pueden ser paralizadas, como la producción y distribución de energía eléctrica. En esa acepción amplia, quedan comprendidas las ramas básicas de la agricultura, en las que no es posible aceptar la huelga que venga a paralizarlas.

El Diputado ESQUIVEL aclaró que el principio de poner a salvo del derecho de paro o de huelga las actividades agrícolas fundamentales, lo establece nuestro Código de Trabajo en su artículo 369, inciso b). La explicación es fácil; siendo la agricultura la actividad fundamental del país, sobre la que gravita nuestra economía, no puede aceptarse una huelga que venga a paralizar actividades vitales para la nación. De ahí -continuó diciendo- que estamos en la obligación de erigir en norma constitucional la prohibición de huelgas en la agricultura. Añadió que la fórmula “servicios de utilidad pública” es más comprensiva que la de “servicios públicos”, que originalmente trae el artículo 56.

El Representante BAUDRIT SOLERA manifestó que juzgaba innecesario el distinguo entre servicios públicos y servicios de utilidad pública, porque del Derecho de Trabajo tiene un concepto distinto de lo que en Derecho Administrativo se entiende por servicios públicos, que se refieren a todas

aquellas actividades de interés público, estén o no en manos de la Administración Pública. Leyó al efecto párrafos de Castorena Cabanellas, y Francisco Walter Linares. Agregó que el Proyecto del 49 iba más allá en esta materia. Expresamente excluía la huelga sólo respecto de los servidores públicos. Luego se refirió al estudio del Licenciado Otto Fallas, profesor de Derecho de Trabajo en nuestra Escuela de Derecho, estudio que ha venido citando en ocasiones anteriores. Leyó lo que en relación con el artículo 56 de la Carta del 71 escribió el mencionado catedrático de Derecho de Trabajo. En cuanto a la prohibición de las huelgas en las labores agrícolas, se manifestó en desacuerdo ya que ciertas actividades agrícolas pueden ser de interés público pero otras no. Si en las primeras está prohibida la huelga no existe razón alguna para extender esa prohibición a las segundas.

El Diputado ESQUIVEL de nuevo intervino en el debate. Explicó que las razones del señor Baudrit Solera le venían a dar la razón, ya que servicios públicos es una cosa para el Derecho Administrativo y otra para el Derecho de Trabajo. Es mejor entonces, acoger el término que luego no se preste a torcidas interpretaciones. Todos entienden el concepto de servicios de utilidad pública.

El Diputado MONGE ALVAREZ expresó que no era por el camino de las restricciones que se pueden detener las huelgas. Es necesario ir a sus causas, terminar con una serie de injusticias sociales. Quienes pretenden detener las huelgas por el sistema de las restricciones ignoran que son un fenómeno social que obedece a muchas causas complejas. El derecho a la huelga es una de las conquistas fundamentales alcanzadas por los trabajadores, después de luchas cruentas. La moción del señor Esquivel -añadió luego- representa un cercenamiento a ese derecho de la clase trabajadora ya que prohíbe las huelgas en servicios de utilidad pública y en las labores agrícolas.

El Licenciado ESQUIVEL aclaró que no estaba introduciendo principios nuevos en el texto constitucional que cercenen o restrinjan el derecho de huelga de los trabajadores. Está simplemente llevando a la Constitución limitaciones que ya constan en el Código de Trabajo, que prohíbe las huelgas en las labores agrícolas. No lo mueve en ninguna forma el interés mezquino de coartarles, a los trabajadores, un derecho, sino el patriótico de salvaguardar la economía del país, que se perjudicará enormemente con la huelga en las actividades fundamentales de la agricultura. En cuanto a los servicios de utilidad pública,

tan sólo pretende decir claramente lo que nuestra Constitución del 71, en su artículo 56, dice en una forma ambigua.

El Diputado ZELEDON indicó que él entendía que la huelga se producía, una vez agotados los recursos legales para alcanzar una solución pacífica y justa del problema. Piensa que debe decirse en el texto constitucional que se garantiza el derecho de huelga de los trabajadores, pero una vez que se hayan agotado todos los recursos y medios legales para solucionar pacíficamente el conflicto planteado.

Sometida a votación la moción Social Demócrata, fue desechada.

Se entró a discutir luego la moción del Licenciado ESQUIVEL, que dice:

“Se reconoce el derecho de los patronos al paro y de los trabajadores a la huelga, salvo en las labores agrícolas y en los servicios de utilidad pública, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o violencia”. [61]

El Diputado HERRERO manifestó que la prohibición de las huelgas en las labores agrícolas va en beneficio de todos los costarricenses sin distinciones de ninguna clase.

El Representante MONGE ALVAREZ insistió en que la moción en debate representaba una violación de la garantía del artículo 56. Recordó que la Asamblea, en cierta forma se había comprometido a no cercenar ninguna de las garantías sociales del texto constitucional del 71. La moción de Esquivel prácticamente acaba con el derecho de huelga logrado por los trabajadores después de las más trágicas luchas de la historia. No debe olvidarse que la gran mayoría de los trabajadores del país son agrícolas. Si se les restringe el derecho de ir a la huelga, se les estará cercenando uno de sus derechos básicos. De hecho pues, se está prohibiendo ese derecho a la mayoría de los trabajadores costarricenses. Agregó que en la zona bananera existen muchas actividades que bien pueden paralizarse mediante una huelga. De pasar la moción en debate, los trabajadores de esa zona no podrán ir a la huelga en casos justificados. Insistió nuevamente en que no era por el camino de las restricciones como se puede terminar con el fenómeno social de las huelgas, aun cuando expresamente se prohíban en determinadas actividades, como

fenómenos sociales que son, en cualquier momento pueden aparecer. En este sentido, citó las huelgas de la “Northern” y del “Ferrocarril Eléctrico al Pacífico”. De acuerdo con nuestras leyes, ambas huelgas estaban prohibidas. Sin embargo, como obedecían a causas justas, no se las pudo detener. Las huelgas no se pueden acabar llevando las prohibiciones a la Constitución. Sólo se acabarán cuando se hayan solucionado los problemas que las motivan.

El señor MONTEALEGRE indicó que en sus largos años que ha pasado dedicado a la agricultura, nunca ha presenciado una huelga en el campo. Personalmente -dijo- sólo he asistido a una huelga: la de brazos caídos. En esa oportunidad cerramos las lecherías. Sin embargo, la leche la distribuíamos gratuitamente a las familias pobres y a las instituciones de beneficencia.

El Diputado CHACON manifestó que había votado la moción anterior deseada, pero no votará la que está en debate, que prácticamente viene a suprimir una garantía social. Si se prohíbe ir a la huelga a los trabajadores agrícolas, que en Costa Rica son la gran mayoría, quiere decir que el derecho de huelga habrá desaparecido en Costa Rica. (...) Consideró también muy amplio el término “servicios de utilidad pública”. Prefiere que se mantenga el texto original del artículo 56.

(...)

Los Representantes LEIVA y BAUDRIT SOLERA expusieron las razones que los llevan a no votar la moción del Licenciado Esquivel. El primero indicó que había votado la anterior deseada por considerarla más justa. Agregó que llevar a la Constitución la prohibición de ir a la huelga a los trabajadores del campo, es retroceder notablemente en esta materia. (...) El segundo, -señor Baudrit Solera- expresó que votaría la moción si de la misma se excluye la prohibición en cuanto a los trabajadores agrícolas. No hay razón alguna para quitarle a un gran sector de los trabajadores del país el derecho de ir a la huelga en casos determinados. Cuando la actividad agrícola es realmente de interés público, se proscribió por nuestra legislación de trabajo, el derecho a la huelga en tales actividades. Añadió que a la gran masa de trabajadores campesinos se les está privando del medio, de defender sus conquistas económicas y sociales. Evidentemente tal cosa significa un retroceso inexplicable en esta materia pues en general, los países civilizados del mundo han otorgado a los trabajadores el derecho fundamental de la huelga, derecho

que han ganado después de una larga y penosa lucha. En la cuarta conferencia de la Organización Internacional de Trabajo, celebrada hace muy pocas semanas en Río de Janeiro, se estableció que debe equipararse el trabajador agrícola a los otros trabajadores en sus derechos, Eso se dijo y se acordó en la mencionada conferencia con el voto de nuestros delegados. Sin embargo, en la Asamblea Constituyente de Costa Rica, poco después, se intenta un retroceso de verdad inexplicable. En lo demás el exponente se refirió de nuevo a lo que antes expuso sobre servicios públicos.

El Diputado FACIO manifestó que aún cuando se prohibieran las huelgas, éstas no desaparecerían. Si se autorizan, tampoco por ello se van a multiplicar. Pensar de ese modo es ignorar que las huelgas son fenómenos sociales, ajenos a la Constitución o a las leyes, producto de situaciones de hecho. Las huelgas deben admitirse con valor como una característica de los tiempos económicos actuales. Prohibir el derecho de huelga en una Constitución es tarea fácil, pero inocua, ya que el problema social que la huelga representa y que la produce, no se habrá solucionado en ninguna forma. Agregó que sobre este tema se había discutido mucho en el seno de la Comisión Redactora del Proyecto del cuarenta y nueve. En un primer momento se adoptó el principio del derecho de huelga sin limitaciones, como un recurso valedero para todos los trabajadores del país, pero una vez agotados determinados trámites rigurosos de solución pacífica. Sin embargo, posteriormente la Comisión alteró su parecer, prohibiendo el derecho a la huelga en los servicios públicos muy calificados, sistema muy usual en la legislación de trabajo de los países latinoamericanos y finalmente hemos vuelto al texto de la Constitución del 71, que resume el mismo principio. Luego el señor Facio hizo un llamado a sus compañeros de la Cámara para que se mantenga inalterable el derecho de huelga, tal y como lo consigna la garantía del artículo 56 porque con ello estaría diciéndole la Asamblea Constituyente al país, que las Garantías Sociales, promulgadas por Calderón con propósitos determinados que todos conocemos y con independencia de ese origen, son garantías a las que todo trabajador costarricense es acreedor, y que la antigua Oposición viene a purificar, haciéndola suya esa tesis. (...)

El Representante HERRERO expresó que iba a votar la moción en debate, sin pensar en cercenar un derecho a los trabajadores. Sin embargo, en obsequio

de su sinceridad y buena fe, sugiere al proponente que retire de la misma la prohibición referente a la huelga en las labores agrícolas.

El señor ESQUIVEL accedió a retirar esa parte de su moción, pero no sin antes dejar constancia de lo ruinoso y deplorable que sería para la economía del país una huelga en las actividades agrícolas. Mi moción -dijo- tendía a evitarle al país daños mayores en el futuro. La actividad fundamental de la nación es la agricultura, sobre la que descansa nuestra maltrecha economía. Si una huelga en el futuro afecta las actividades agrícolas, los daños serían incalculables. Sólo pretendía con mi moción evitarle al país semejante situación.

El Diputado MORUA indicó que había votado la moción desechada. No pensaba votar la del señor Esquivel por cuanto mantenía la prohibición de ir a la huelga a los trabajadores agrícolas, con lo que se privaba a los trabajadores de la Bananera de ese legítimo derecho.

El señor ACOSTA JIMENEZ apuntó que habiendo retirado el proponente la prohibición de la huelga en las labores agrícolas, las palabras sobraban, (...) Añadió luego que tal como estaba el artículo 56 de la Carta del 71, cuando al país se le presenten movimientos huelguísticos, se pueden solucionar. Está con el mantenimiento del derecho de huelga, porque no sería justo privarles a los trabajadores de ciertas corporaciones extranjeras que se han llevado y se llevan millones de dólares del país, ir a la huelga para mejorar sus condiciones sociales y económicas. Además, al proceder de este modo, es consecuente con sus ideas anteriores, cuando propuso que el capítulo de las Garantías Sociales se discutiera artículo por artículo, sin menoscabar ninguna garantía.

El Diputado GAMBOA declaró que no votaría la moción en debate, pues se queda con el texto del artículo 56. El término "servicios de utilidad pública" lo considera demasiado amplio. El día de mañana se pueden considerar una serie de actividades agrícolas e industriales como de utilidad pública. Es dejar la puerta abierta para cercenar el derecho de huelga de los trabajadores.

Sometida a votación la moción del señor Esquivel, con la enmienda apuntada, se aprobó. En consecuencia el artículo de la nueva Constitución se leerá:

"Se reconoce el derecho de los patronos al paro y de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios de utilidad pública, 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”. [61]”

2. Acta n.º 123 de 4 de agosto de 1949:

“(…)

Artículo 4º.- Se continuó en la discusión del capítulo de las Garantías Sociales de la Constitución del 71.

El Representante ARROYO presentó moción de revisión del artículo aprobado ayer en relación con el derecho de huelga de los trabajadores y patronos. De prosperar la revisión, hace moción para que el artículo respectivo se lea así:

“Se garantiza el derecho de huelga a los trabajadores y de paro a los patronos, con el fin exclusivo de obtener y conservar beneficios económicos, sociales o profesionales, salvo en los servicios públicos. Para el ejercicio de este derecho existirá una reglamentación especial que asegure un período conciliatorio. Queda terminantemente prohibido el ejercicio de violencia o coacción como medio de impulsar, mantener o paralizar los movimientos de huelga o paro”. [61]

El proponente indicó que la fórmula aprobada en la sesión anterior representada un cercenamiento del derecho de huelga. En el futuro un Congreso puede interpretar en una forma muy amplia los alcances del término “servicios de utilidad pública”, menoscabando el derecho de huelga. Se puede hasta llegar a decir que un contrato bananero, por ejemplo, es de utilidad pública, para poner a la empresa al margen de movimientos huelguísticos.

El Licenciado ESQUIVEL expresó que la única variante de su moción aprobada con respecto al artículo 56 de la Carta 71, que tanto parece haber preocupado al Representante de la Rerum Novarum, señor Arroyo, es la que se refiere a la incorporación del concepto: “servicios de utilidad pública” en lugar de “servicios públicos”, que es mucho más comprensivo. Precisamente el Código de Trabajo da ese significado al término “servicios públicos”. Agregó que su actitud no obedecía al deseo de cercenar un derecho a los trabajadores, ni a hacer ilusoria una garantía social. Se ha ceñido a lo que en esta materia trae el Código de Trabajo, el cual dentro del término “servicios públicos” incluye

una serie de actividades fundamentales, que no pueden ser afectadas por una huelga. Esas actividades de manifiesto interés público- como la producción y distribución de energía eléctrica- deben ponerse al margen de una huelga, no para estrujar a los trabajadores, sino en beneficio de la sociedad en general. Insistió en que su intención no fue la de coartar un derecho a los trabajadores, sino la de buscar el justo medio, evitando así a la colectividad los peligros de una huelga indiscriminada.

El Diputado MONGE ALVAREZ manifestó la complacencia al enterarse de que el compañero Arroyo ha presentado una moción de revisión sobre lo acordado en la sesión anterior respecto al derecho de huelga, consagrado en todas las Constituciones de los países más adelantados. Agregó luego que había buscado en los libros de los tratadistas de derecho de trabajo, los alcances de la acepción “servicios de utilidad pública”. Sin embargo, ninguno de los tratadistas a quienes consultó se refiere a ese término. Todos hablan de “servicios públicos”, en los que están prohibidas las huelgas. Además el término aprobado de la moción del señor Esquivel es demasiado amplio, comprende prácticamente todas las actividades económicas del país, ya que todas son de evidente utilidad pública. Indicó después lo que en la sesión anterior expuso, esto es, que no es por el camino de las restricciones como se puede acabar con el fenómeno social de las huelgas.

El Diputado VARGAS VARGAS declaró que deliberadamente no había querido participar en el debate. En la sesión anterior no votó la moción del compañero Monge Álvarez, por cuanto la huelga reciente del Ferrocarril Eléctrico al Pacífico -que él había apoyado y defendido- demostró la injusticia de prohibirles a los trabajadores de servicios públicos ir a la huelga, cuando los motivos eran justos. Luego leyó respecto a las limitaciones al derecho de huelga, algunos conceptos del tratadista de la materia. Dr. Carlos García Oviedo, catedrático de la Universidad de Sevilla. Añadió que votaría la moción planteada que se ajusta a una realidad. Caso de no prosperar la moción del señor Arroyo, está de acuerdo en que se mantenga el artículo 56 íntegro.

El Diputado BRENES GUTIERREZ, manifestó que estaba con la tesis del señor Esquivel, que se ajusta en un todo a lo dispuesto en el artículo 369 del Código de Trabajo. El término aprobado “servicios de utilidad pública” es el que conviene y opina que no perjudica en nada a los trabajadores.

El Licenciado GAMBOA indicó que votaría la revisión, pues considera que de mantenerse la fórmula aprobada en la sesión anterior, el derecho de huelga está amenazado de muerte. Mañana, para evitar un movimiento huelguístico en determinada industria, se dirá que es de utilidad pública. Lo mismo podría ocurrir respecto de cualquier contratación bananera. En la Constitución debe establecerse en una forma que no se preste a dudas o a malas interpretaciones, el derecho legítimo de los trabajadores a la huelga.

Sometida a votación la revisión, fue aprobada.

Se entró a discutir luego la moción de fondo del señor Arroyo.

El Diputado HERRERO observó que en esta materia ocurre que los problemas de cada uno de los países son distintos. En países altamente industriales las huelgas en los servicios públicos -por ejemplo, en los transportes- son las más perjudiciales. Sucede lo contrario en países pequeños como Costa Rica, donde los servicios de utilidad pública son los de mayor importancia. Agregó que lo más conveniente era acoger la redacción del artículo 56 de la Constitución del 71, para evitar un largo debate.

El Representante ROJAS VARGAS se manifestó de acuerdo con la moción del señor Arroyo, más justa que la fórmula aprobada ayer. Además fortalece y vigoriza el derecho de huelga restringiendo tan solo a los servicios públicos.

En materia de restricciones es preciso emplear los términos más concretos y exactos. El término “servicios públicos” es menos extenso que el de “servicios de utilidad pública”. O para decirlo en otras palabras, el segundo incluye al primero. Agregó que el derecho de huelga debe mantenerse, ojalá con el menor número de restricciones.

El Diputado SOLORZANO también se manifestó de acuerdo con la moción en debate. Expresó que por más esfuerzos de dialéctica que se hagan no lo convencerán de que el término “servicios de utilidad pública” sea más expresivo que el de “servicios públicos”. Con la fórmula aprobada se garantiza el derecho de huelga y al mismo tiempo se deja en el aire. Por otra parte, se abre una puerta muy ancha para que los Congresos del futuro anulen ese derecho de la clase trabajadora.

El señor CASTRO SIBAJA manifestó que, caso de no aprobarse la moción del señor Arroyo, ha presentado a la Mesa una para que se mantenga la redacción original del artículo 56. Añadió que le parecía reglamentaria la inclusión en el texto constitucional del período conciliatorio antes de llegar a la huelga. Tal eventualidad la contempla nuestra legislación sobre la materia.

El Licenciado BAUDRIT SOLERA expresó que mantenía el criterio expuesto en la sesión anterior en cuanto a que la fórmula aprobada no introduce ninguna variación fundamental a la Constitución del 71 en materia de derecho a la huelga. Estima que más bien se amplía tal derecho, pues entre los servicios públicos hay algunos que son de interés público, pero otros no. El término aprobado lo sigue considerando más adecuado por las razones expuestas en la sesión anterior. De todos modos -agregó- lo fundamental es que el legislador va a definir qué son servicios públicos y qué son servicios de utilidad pública. La composición ideológica de la Asamblea Legislativa llevará a la restricción o a la ampliación el término. La ley vendrá a ser el reflejo de la integración de la Asamblea. Si esta se inclina a la izquierda, los servicios públicos serán pocos. Si por el contrario, tiende a la derecha serán muchos. Por esas razones y dado que hay empeño manifiesto en ello, aun se mantiene firme en su criterio, votará la moción del compañero Castro Sibaja para volver a la redacción del artículo 56 de la Carta de 1871.

El Diputado ZELEDON observó que la moción del señor Arroyo satisfacía en todo sus anhelos en la sesión anterior, razón por la cual le daría su voto.

El Diputado CHACON JINESTA se refirió brevemente al asunto en discusión. Empezó diciendo que la fórmula aprobada en la sesión anterior prácticamente liquidaba el derecho de huelga de los trabajadores. En Costa Rica la gran mayoría de los trabajadores son de la agricultura, cuyas ramas evidentemente son de utilidad pública. De mantenerse este concepto, es lógico que el derecho de huelga habrá desaparecido de nuestra legislación. Estima más prudente mantener la redacción original del texto del 71, por lo que sugiere al compañero Arroyo que retire su moción para darle curso a la de Castro Sibaja. El proponente acordó retirar su moción.

Sometida a votación la moción del Diputado Castro Sibaja para que se conserve el artículo 56 tal y como está, fue aprobada.

En consecuencia el artículo 56 de la nueva Constitución se leerá así:

“Se reconoce el derecho de los patronos al paro y de los trabajadores a la huelga salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia”. [61]

Del análisis de los argumentos de los Diputados se extrae una serie de elementos útiles para definir los alcances que el Constituyente le dio al numeral 61 de la Constitución Política en relación con el concepto de “servicios públicos”. Precisamente, durante la discusión de las mociones relativas a la norma de marras, surgieron argumentos favorables y contrarios a utilizar los conceptos de “servicios públicos” o de “servicios de utilidad pública”, los cuales para mayor claridad se exponen de forma puntual.

- 1) La primera moción del 3 de agosto de 1949 que buscó modificar el artículo 56 de la Constitución Política de 1871 fue desechada; no obstante, durante su discusión surgieron varios elementos relacionados con la referencia que se hizo a “servicios públicos”:
 - i. El Diputado Esquivel propuso cambiar ese término por “servicios de utilidad pública”, ya que, según su criterio, este era más correcto y, además, por servicios públicos se podían entender los que prestaban las oficinas públicas.
 - ii. Los Diputados Facio y Baudrit procuraron dar algún tipo de definición a “servicios públicos”. El primero los conceptualizó como aquellas actividades que, por su importancia y significado en la vida nacional, no podían ser paralizadas, como la producción y distribución de energía eléctrica, y las ramas básicas de la agricultura en una acepción amplia. El segundo señaló que se referían a todas aquellas actividades de interés público, estuvieren o no en manos de la Administración Pública. En relación con su definición, el Diputado Facio consideró que era mejor mantener la redacción de la Constitución de 1871.
- 2) La segunda moción del 3 de agosto de 1949, esta vez formulada por el Diputado Esquivel, sugirió que se modificara la norma en los siguientes términos: *“Se reconoce el derecho de los patronos al paro y de los trabajadores a la huelga, salvo en las labores agrícolas y en los servicios de utilidad pública, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o violencia”*. Debido a lo anterior, acerca de los servicios de utilidad pública y los servicios públicos, los constituyentes se pronunciaron de esta manera:

- i. Los Diputados Chacón y Gamboa manifestaron que el término “*servicios de utilidad pública*” era muy amplio y preferían el texto original del numeral 56. Precisamente, el Diputado Gamboa aclaró que con el término “*servicios de utilidad pública*” podría significar una serie de actividades agrícolas dentro de esa categoría.
 - ii. El Diputado Facio se expresó en los siguientes términos: “*sobre este tema se había discutido mucho en el seno de la Comisión Redactora del Proyecto del cuarenta y nueve. En un primer momento se adoptó el principio del derecho de huelga sin limitaciones, como un recurso valedero para todos los trabajadores del país, pero una vez agotados determinados trámites rigurosos de solución pacífica. Sin embargo, posteriormente la Comisión alteró su parecer, prohibiendo el derecho a la huelga en los servicios públicos muy calificados, sistema muy usual en la legislación de trabajo de los países latinoamericanos y finalmente hemos vuelto al texto de la Constitución del 71, que resume el mismo principio*”.
 - iii. El Diputado Baudrit Solera nuevamente señaló lo que ya había expuesto sobre servicios públicos.
 - iv. Finalmente, previo retiro del Diputado Esquivel de la parte de su moción referida a las labores agrícolas, la Asamblea Nacional Constituyente aprobó que el artículo de la siguiente manera: “*Se reconoce el derecho de los patronos al paro y de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios de utilidad pública, 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*”.
- 3) El 4 de agosto de 1949 se interpuso una moción de revisión del numeral aprobado el día anterior y, de prosperar la revisión, se propuso otra moción para que el artículo se leyera: “*Se garantiza el derecho de huelga a los trabajadores y de paro a los patronos, con el fin exclusivo de obtener y conservar beneficios económicos, sociales o profesionales, salvo en los servicios públicos. Para el ejercicio de este derecho existirá una reglamentación especial que asegure un período conciliatorio. Queda terminantemente prohibido el ejercicio de violencia o coacción como medio de impulsar, mantener o paralizar los movimientos de huelga o paro*”. En ese momento se discutió de esta forma:
- i. El Diputado Arroyo, quien fue el proponente, consideró que el Congreso podía interpretar en una forma muy amplia los alcances del término “*servicios de utilidad pública*”, lo que menoscababa el derecho de huelga y, además, manifestó que con lo anterior se podía llegar a decir que hasta un contrato bananero era de utilidad pública.

- ii. El Diputado Esquivel refirió que el Código de Trabajo daba significado al término “*servicios públicos*”, el cual incluía una serie de actividades fundamentales de manifiesto interés público- como la producción y distribución de energía eléctrica-, no para “*estrujar*” a los trabajadores, sino en beneficio de la sociedad en general.
 - iii. El Diputado Monge Álvarez manifestó que, luego de haber buscado en los libros de los tratadistas de derecho de trabajo los alcances de la acepción “*servicios de utilidad pública*”, ninguno se refería a ese término, sino que todos hablaban de “*servicios públicos*”, en los que estaban prohibidas las huelgas; además, consideró que el término (haciendo referencia a servicios de utilidad pública) era demasiado amplio y comprendía prácticamente todas las actividades económicas del país, ya que todas eran de evidente utilidad pública.
 - iv. El Diputado Vargas Vargas estaba de acuerdo, si no se aprobaba la moción planteada, con que se mantuviera el artículo 56 íntegro.
 - v. El Diputado Gamboa señaló que el derecho de huelga estaba “*amenazado de muerte*”, pues evitarían movimientos de esa naturaleza en una industria si esta se calificaba de utilidad pública, lo cual podría ocurrir con cualquier contratación bananera, por lo que en una Constitución debía establecerse alguna forma que no se prestase a dudas.
 - vi. La moción de revisión fue aprobada.
- 4) El 4 de agosto de 2019 se conoció la moción de fondo del Diputado Arroyo, para lo cual, de relevancia, se debatió lo siguiente:
- i. El Diputado Herrero expuso que en Costa Rica los servicios de utilidad pública eran los de mayor importancia y que lo más conveniente era acoger la redacción del artículo 56 de la Constitución de 1871 para evitar un largo debate.
 - ii. El Diputado Rojas Vargas consideró que se fortalecía y vigorizaba el derecho de huelga al limitar tan solo los servicios públicos; asimismo, argumentó que en materia de restricciones era preciso emplear los términos más concretos y exactos. Señaló que “*servicios públicos*” era menos extenso que el de “*servicios de utilidad pública*”, y que el último incluía al primero. Agregó que el derecho de huelga debía mantenerse, ojalá con el menor número de restricciones.
 - iii. El Diputado Solórzano expresó que no lo convencían de que el término “*servicios de utilidad pública*” fuese más expresivo que el de “*servicios públicos*”, y que con el primero se abría una puerta muy ancha para que

los Congresos del futuro anularan el derecho a la huelga de la clase trabajadora.

- iv. El Diputado Baudrit Solera sostuvo que mantenía el criterio expuesto en la sesión anterior, en cuanto a que la fórmula aprobada no introducía ninguna variación fundamental a la Constitución de 1871 en materia de derecho a la huelga, sino que más bien ampliaba ese derecho, pues entre los servicios públicos hay algunos que son de interés público y otros no; agregó: *“lo fundamental es que el legislador va a definir qué son servicios públicos y qué son servicios de utilidad pública. La composición ideológica de la Asamblea Legislativa llevará a la restricción o a la ampliación el término. La ley vendrá a ser el reflejo de la integración de la Asamblea. Si esta se inclina a la izquierda, los servicios públicos serán pocos. Si por el contrario, tiende a la derecha serán muchos. Por esas razones y dado que hay empeño manifiesto en ello, aun se mantiene firme en su criterio, votará la moción del compañero Castro Sibaja para volver a la redacción del artículo 56 de la Carta de 1871”*.
 - v. El Diputado Chacón Jinesta refirió que la fórmula aprobada en la sesión anterior prácticamente liquidaba el derecho de huelga de los trabajadores; expuso que, en Costa Rica, la gran mayoría de los trabajadores son de la agricultura, cuyas ramas evidentemente eran de utilidad pública, por lo que de mantenerse este concepto, el derecho a la huelga desaparecería; finalmente, consideró más prudente mantener la redacción original del texto de 1871 y sugirió a Arroyo el retiro de su moción para darle curso a la de Castro Sibaja.
 - vi. El Diputado Arroyo aceptó retirar su moción.
- 5) Finalmente, el 4 de agosto de 1949 se aprobó la moción del Diputado Castro Sibaja para que se conservara el artículo 56 de la Carta de 1871, tal y como estaba: *“Se reconoce el derecho de los patronos al paro y de los trabajadores a la huelga salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia”*.

Así las cosas, del estudio de las actas no se desprende alguna discusión propiamente de la moción del Diputado Castro Sibaja, quien propuso que se mantuviera

la redacción original del artículo 56 de la Constitución de 1871⁵, sino, únicamente, varias manifestaciones aisladas de Diputados que, durante el debate de otras mociones, consideraron más conveniente volver a la redacción original. Ahora, de lo expuesto por los Constituyentes también se observa que reconsideraron acudir al término “*servicios de utilidad pública*”, inicialmente aprobado, porque lo estimaron demasiado amplio, de manera que, finalmente, lo sustituyeron por la noción de “*servicio público*”, tenida como más ajustada. Sin embargo, no menos cierto es que no se llegó a algún consenso claro sobre el sentido jurídico o político de tal concepto y, más bien, la decisión final consistió en mantener lo normado en la Constitución Política de 1871, precisamente la propuesta del Constituyente Castro Sibaja.

Lo anterior es digno de destacar pues en el marco de esta replicación del ordinal 56 de la Constitución Política de 1871 (ley n.º 24 de 2 de julio de 1943) en el artículo 61 de la Ley Fundamental vigente, uno de los Constituyentes hizo referencia directa a que el término “*servicios públicos*” estaba definido en el Código de Trabajo (ley n.º 2 de 27 de agosto de 1943). En ese sentido, tanto la reforma parcial de la Constitución Política de 1871 como el Código de Trabajo fueron aprobados por el mismo Congreso Constitucional de Costa Rica con menos de dos meses de diferencia: de primero, la reforma constitucional que consignó el derecho a la huelga y su respectiva salvedad (servicios públicos según la regulación legal); y de segundo, el Código de Trabajo que estableció una lista de servicios públicos en los que no era permitida la huelga. Concerniente a lo anterior, el Código de Trabajo, al momento de su emisión, también consignaba como servicios públicos algunos prestados por sujetos particulares (verbigracia, empresas particulares relacionadas con clínicas, hospitales, higiene, aseo y alumbrado en las poblaciones). De ahí se infiere que el Constituyente del 49 no se decantó por la naturaleza pública de la entidad encargada de la prestación -elemento subjetivo- para definir “*servicio público*”, sino que, con independencia de su titularidad, subrayó la relevancia de la actividad para la colectividad; es decir, acudió a un elemento objetivo.

Dentro de este contexto, se concluye que la referencia a “*servicio público*” del ordinal 61 constitucional no partió de un concepto dogmático preciso y cerrado, sino que, en realidad, se optó por mantener la noción de la Constitución de 1871, la cual se

⁵ Solo se advierte como diferencia una coma, puesto que el artículo 56 consignaba “*trabajadores a la huelga salvo en los servicios públicos*” mientras que, según el SINALEVI, la norma actual reza “*trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos*”, lo cual, en este caso, carece de toda relevancia.

entiende en función del momento histórico de su aprobación en julio de 1943 y de su vínculo político irrefutable con la noción de servicio público del Código de Trabajo pocos meses después, en agosto de ese mismo año, que comprendía la actividad de interés general y de particular trascendencia para la sociedad. Tal situación deja entrever, además, que el Constituyente dejó el establecimiento de ejemplos concretos de servicio público al parlamentario ordinario en atención al derecho a la libre configuración legislativa. Como consigna el Diputado Baudrit Solera: “*De todos modos -agregó- lo fundamental es que el legislador va a definir qué son servicios públicos y qué son servicios de utilidad pública*”.

Ahora, resulta claro que la referida libertad de configuración debe desarrollarse con pleno respeto de los parámetros básicos derivados de la jurisprudencia constitucional. Justamente, en la sentencia n.º 1998-01317 de las 10:12 horas de 27 de febrero de 1998, este Tribunal señaló, en cuanto al artículo 61 de la Constitución Política y su concepción de servicios públicos, lo siguiente:

“VI.- DEL DERECHO DE SINDICACIÓN EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS.- (...)
En relación con el contenido de la acción sindical, específicamente lo que toca al derecho de huelga, el artículo 61 de la Constitución Política establece que la regulación del citado derecho de acción colectiva es materia de reserva de ley, siendo que toda restricción del citado derecho debe darse por vía ley y de ningún modo puede favorecer los actos de coacción o violencia. Es además resultado de la atribución conferida mediante el numeral 61 constitucional citado, que compete al legislador definir en qué casos de la actividad pública se restringe o excluye el ejercicio del derecho de huelga; mandato que se satisface mediante el artículo 375 (antes, 368) del Código de Trabajo, que debe ajustarse a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad para que sea congruente con el principio democrático sobre el que descansa el ordenamiento jurídico patrio, plasmado en el artículo 1º de la Constitución Política y que es valor supremo del Estado Constitucional de Derecho.

VII.- DE LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 375 (antes, 368) DEL CODIGO DE TRABAJO QUE EXCLUYE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA A LOS SERVICIOS PUBLICOS. La huelga, como manifestación de la acción sindical, encuentra límite cuando su ejercicio interfiere con la prestación de ciertos servicios públicos, que compete a la ley determinar según el artículo 61 de la Constitución Política. Al efecto, la frase primera del artículo 375 (antes, 368) del Código de Trabajo, que dice: “No será

permitida la huelga en los servicios públicos.(...)”, si bien pareciera proscribir la huelga en estos servicios, es decir, si bien pareciera tener un sentido impeditivo absoluto, lo cierto es que **debe entenderse en armonía con lo dispuesto en el artículo 61 de la Constitución Política, que sólo la limita para ciertos casos fijados o determinados por la ley en observancia de criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, para que resulte congruente con el fin que persigue.** Este artículo 375 (antes, 368) cuestionado, armoniza también con el artículo 8° del Convenio 87 de la O.I.T. que - como se transcribió en el Considerando III. -, estatuye la obligación de las organizaciones sindicales de adecuar su actividad a la legislación interna. En otras palabras, **si bien la huelga es un derecho de todos, ejercitable en cualquier actividad, es viable que el legislador determine en qué casos el derecho de huelga no puede ejercitarse, específicamente cuando se trate de actividades que constituyen “servicios públicos” y que por su naturaleza o por el impacto social que tienen, no sea posible suspenderlos, discontinuarlos o paralizarlos sin causar daño significativo, grave e inmediato a ciertos bienes.** Además, se entiende que en aquellas actividades públicas dentro de las que sí está permitida la huelga, no pueden sobrepasarse los límites legales fijados, pues el ejercicio de la huelga debe enmarcarse dentro de la legalidad. Con base en lo expuesto, no encuentra esta Sala que el artículo cuestionado 375 (antes, 368), al disponer: “No será permitida la huelga en los servicios públicos...”, exceda por sí solo los límites que establece la Constitución o los convenios internacionales. En síntesis, el artículo 375 (antes, 368) cuestionado no es en sí mismo inconstitucional y el análisis de inconstitucionalidad ha de desplazarse a los casos fijados por la ley en que el efecto impeditivo, en los servicios públicos, se produzca. Consecuente con lo expuesto, procede declarar sin lugar la acción en cuanto a este extremo.

VIII.- DE LA PROHIBICIÓN DEL DERECHO DE HUELGA EN EL SECTOR AGRÍCOLA.- Se irá ahora a analizar los motivos de inconstitucionalidad que exponen los accionantes en relación -en primer término- con la prohibición del derecho de huelga que dispone el Código de Trabajo para el sector agrícola en su artículo 376 inciso b) (antes, 369 inciso b). Tal y como se expuso en el considerando V, por Convenio 11 de la O.I.T. se dotó de contenido a la libertad de sindicación del sector agrícola para garantizar a esta parte de la población el libre ejercicio del derecho de sindicación en paridad de situación con el sector industrial, a través de los instrumentos de presión aceptados para la prosecución de sus fines, específicamente mediante el ejercicio del derecho de huelga. **Es evidente, a juicio de la Sala, que el artículo 376 (antes 369) hace una torpe enunciación de lo**

que preceptivamente ha de entenderse por “servicios públicos”, al menos en cuanto incluye dentro de este concepto la actividad que despliegan los trabajadores ocupados en la siembra, cultivo, atención o recolección de productos agrícolas, pecuarios o forestales; pues no encuadran esas tareas en la noción generalmente admitida de servicio público. Sin pretender agotar la definición de lo que es el servicio público como instituto jurídico, debe tenerse presente para efectos de esta sentencia, que el servicio público debe al menos estar dirigido a satisfacer necesidades colectivas y se trata de prestaciones positivas de la Administración o que están bajo cierto control y regulación de ésta. La prohibición del ejercicio de la huelga en actividades que no son servicio público, excede el artículo 61 constitucional que ordena al legislador establecer las actividades en que se restringe el ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos únicamente. De lo anterior se infiere que al identificar el legislador - en el inciso b) del artículo 376 (antes, 369) del Código de Trabajo-, a la actividad agrícola con el servicio público, incurre en arbitrariedad, pues tal inclusión no tiene fundamento jurídico y trae aparejado la negación del ejercicio del derecho de huelga en el citado sector; lo que resulta además contrario al reconocido propósito del convenio internacional N°11 de la O.I.T., de garantizar al sector agrícola el pleno ejercicio del derecho de sindicación y sus consecuencias. Con base en los motivos señalados, procede declarar con lugar la acción en este extremo, y en consecuencia debe anularse el inciso b) del artículo 376 (antes, 369) del Código de Trabajo.

IX.- DE LOS OTROS SERVICIOS PUBLICOS EN QUE SE EXCLUYE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA, QUE SEÑALA EL ARTICULO 376 (ANTES, 369) DEL CODIGO DE TRABAJO.- Del análisis hecho queda claro que la Constitución difiere a la ley enunciar en qué servicios públicos procede excluir o limitar el ejercicio del derecho de la huelga. Esto no tiene un efecto impeditivo absoluto, que proscriba de los servicios públicos el ejercicio del derecho de huelga. Por consiguiente, la ley debe discernir en qué casos ese ejercicio no es legítimo, tomando en cuenta la naturaleza de la prestación y los efectos que produciría la huelga en el ámbito de los derechos e intereses de los destinatarios o usuarios de dichos servicios. En tal caso, es viable limitar el ejercicio del derecho, lo que debe hacerse con aplicación de criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. La legislación laboral, que enumera en el artículo 376 (antes, 369) del Código de Trabajo - transcrito en el Considerando II, en qué servicios públicos se excluye la huelga, a pesar de preceder a la Constitución, que data de 1949, no por ello la contradice. No

obstante, como bien observan los accionantes y la Procuraduría General de la República en su informe, el artículo 376 (antes, 369) cuando en su inciso a) detalla los servicios públicos en que se excluye el ejercicio de la huelga, utiliza términos imprecisos que no facilitan distinguir a qué servicios públicos mínimos se refiere, al indicar: “Todos los que desempeñen los trabajadores del Estado o de sus instituciones...”. Es claro para este Tribunal que este enunciado no permite reconocer qué actividades públicas quedan excluidas del ejercicio del derecho de huelga; imprecisión que riñe con lo ordenado en el precepto 61 constitucional ya comentado, por lo que procede declararlo inconstitucional. En otro orden, el inciso c) del citado artículo 376 (antes, 369) sí define acertada y adecuadamente qué categorías de transporte público quedan limitadas en el ejercicio de la huelga; además, establece con claridad el límite al ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores ocupados en labores de carga y descarga en muelles y atracaderos. Finalmente el inciso c) también fija límites al ejercicio del derecho de huelga en el caso de “los trabajadores en viaje de cualquier otra empresa particular de transporte”, lo que debe entenderse como la imposibilidad de ejercer el derecho de huelga en la prestación efectiva del servicio de transporte público terrestre. **Por otro lado, el inciso d) del artículo 376 (antes, 369) establece parámetros que permiten limitar el ejercicio de la huelga en aquellos servicios que se tengan por absolutamente indispensables y cuya suspensión sea susceptible de comprometer los bienes jurídicos de la salud y la economía pública. En efecto, en este aparte se enuncian o distinguen prestaciones con respecto a las cuales la huelga es susceptible de comprometer el bien jurídico de la salud y la economía, al incluir las que se brindan en las clínicas y hospitales, las que aluden a la higiene, al aseo y al alumbrado de las poblaciones. La ley en este caso define las pautas para establecer en qué casos es viable excluir el ejercicio del derecho de huelga, cuales son que debe tratarse de servicios públicos absolutamente indispensables y por otro lado, que sean susceptibles de comprometer los bienes jurídicos de la salud y la economía pública; lineamientos que responden a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales.** En cuanto al inciso b) del artículo cuestionado - que excluye la huelga de la actividad agrícola -, este Tribunal remite a lo expuesto en el Considerando VIII. Finalmente, en relación con la norma contenida en el inciso e) del artículo impugnado, que autoriza al Poder Ejecutivo dictar en qué otras actividades públicas se prohíbe la huelga en la hipótesis de que la Asamblea Legislativa haya hecho uso de su facultad constitucional de suspender ciertas garantías individuales, esta Sala procede a declarar la inconstitucionalidad de tal atribución por exceder el principio de reserva de ley dispuesto en el numeral

61 constitucional, según el cual la atribución de establecer en qué prestaciones de servicio público debe limitarse el ejercicio del derecho de huelga, recae exclusivamente en el Poder Legislativo. En consecuencia, esta Sala procede a declarar la inconstitucionalidad de los incisos a) y e) del artículo 376 (antes, 369) del Código de Trabajo. (...)”.

Corolario del razonamiento expuesto, por mandato constitucional goza el legislador de una amplia libertad de configuración para definir qué entiende por servicio público y cuáles son las limitaciones al ejercicio de la huelga en este. No obstante, tal tarea debe desarrollarse dentro del marco de constitucionalidad, por lo que, según la jurisprudencia de esta jurisdicción, al Poder Ejecutivo no se le puede asignar competencia alguna para definir en qué tipo de servicio público se debe impedir el ejercicio de la huelga; por cuanto tal función es exclusiva del Poder Legislativo. Asimismo, la libre configuración del legislador debe respetar el principio constitucional de razonabilidad y proporcionalidad, para cuyos efectos deviene determinante la naturaleza del servicio público en cuestión o su particular impacto social, factores que justificarían impedir que aquel pudiere ser suspendido, discontinuado o paralizado, dado el daño significativo, grave e inmediato que ello acarrearía a ciertos bienes jurídicos de la salud, la vida, la seguridad o la economía pública. En adición, lo que el legislador defina como servicio público debe implicar la satisfacción de necesidades colectivas, así como estar referido a prestaciones positivas de la Administración o que se encuentren sometidas a un particular control por parte de aquella.

C) Constitucionalidad del artículo 376 del proyecto de ley consultado.

La norma en cuestión prohíbe la huelga en varios servicios públicos merced a que el legislador las califica como esenciales:

“1) Servicios de salud, en todos sus niveles de atención, que brinden asistencia de forma directa e integral al usuario incluyendo los servicios de hospitalización y atención médica domiciliar, consulta externa, exámenes médicos, pruebas de laboratorio y diagnóstico, todo tipo de servicio médico-quirúrgico, tratamientos médicos y/o terapéuticos así como los de rehabilitación, farmacia, citas y atenciones programadas y no programadas, emergencias y urgencias, lavandería, ropería, aseo, servicios de alimentación a pacientes, vigilancia, registros médicos, archivo, servicios de ambulancia y transporte de usuarios, y en general todas las actividades o funciones que realizan los trabajadores que llevan a cabo los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida o la salud de las personas.”

2) *Servicios de seguridad pública incluyendo servicios de policía, policía judicial, cuidado de instalaciones públicas, vigilancia, investigación, policía de tránsito, guardacostas, así como la custodia y atención de personas privadas de libertad en cualquiera de los sitios donde permanecieren.*

3) *Controladores aéreos y control migratorio en aeropuertos, puertos y puestos fronterizos.*

4) *Servicios de transporte ferroviario, marítimo, carga y descarga en muelles y atracaderos de medicamentos, suministros o equipo médico y bienes perecederos, barcos tanqueros o naves de combustible u otras fuentes de energía y los servicios de transporte público remunerado de personas en la modalidad de autobús y tren, mientras el viaje no termine.*

5) *Bomberos, servicios de búsqueda de personas desaparecidas, rescate de víctimas y servicios de atención de desastres y/o emergencias, así como llamadas de emergencias.*

6) *Los servicios necesarios para garantizar el suministro de agua potable, alcantarillado sanitario y tratamiento de aguas residuales.*

7) *Los servicios necesarios para asegurar el suministro de energía eléctrica a los consumidores, incluyendo la atención de averías, así como aquellos necesarios para la prestación de los servicios de telecomunicaciones.*

8) *Los servicios indispensables para la importación, transporte, distribución y suministro de combustible, la atención de averías que afecten los servicios descritos y el suministro en plantel a comercializadores o consumidores finales.*

9) *Servicio de comedores escolares, así como los servicios de protección, cuidado y/o albergue, de niñez y adolescencia y adultos mayores, personas con discapacidad o en estado de vulnerabilidad.*

10) *Los servicios judiciales en materia laboral, derechos fundamentales, derecho de familia, pensiones alimentarias, violencia intrafamiliar, contravenciones y flagrancia, el levantamiento, práctica de autopsias y posterior entrega de cuerpos, así como los servicios médico forense que impliquen atención urgente, incluyendo en todos los casos los servicios auxiliares necesarios para su efectiva prestación.”*

En resumen, los cuestionamientos de constitucionalidad de los consultantes refieren que la noción de servicio público esencial solo es procedente cuando su interrupción afecte la salud, vida y seguridad de las personas, tesis desarrollada por el Comité de Libertad Sindical (CLS) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En tal caso, una ponderación de derechos alcanza un mejor equilibrio, cuando, en lugar de prohibir absolutamente el derecho a la huelga en los servicios esenciales, se opta por un esquema de funcionamiento mínimo del servicio, como así regula el artículo 376 inciso d) del Código de Trabajo vigente. La propuesta de prohibición absoluta de la huelga vacía de contenido tal derecho, lo que sumado a que se da de manera general, implica que sea contraria al principio de razonabilidad y proporcionalidad. Subrayan la falta de sustento técnico para justificar la criticada limitación, lo que violenta el principio de interdicción de la arbitrariedad. A fin de fundar la alegada inconstitucionalidad mencionan el artículo 61 de la Constitución Política, el Convenio C87 de la OIT y los numerales 371 y siguientes del Código de Trabajo vigente, así como los principios de interdicción de la arbitrariedad y de razonabilidad y proporcionalidad.

Al respecto, conforme el punto A) de este considerando, observen los consultantes que las recomendaciones del CLS no son de acatamiento obligatorio, sino que son pautas de orientación, lo cual concuerda con el hecho de que no hay norma jurídica convencional que expresamente les confiera carácter vinculante a tales recomendaciones, tesis avalada incluso por la Corte IDH en Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Lo anterior no significa que esta Sala desconozca el valor jurídico y doctrinario de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, cuya autoridad técnica e histórica les da un valor superior al de una recomendación de naturaleza puramente axiológica o teórica. Empero, tal reconocimiento no significa que la jurisdicción constitucional carezca de un margen de apreciación a la hora de aplicar control de constitucionalidad, toda vez que las referidas recomendaciones, como ya se indicó, no revisten cualidad vinculante, debe primar el *hard law* -la regulación constitucional vigente - sobre el *soft law*, y de manera equilibrada se deben resguardar los diversos bienes constitucionales en juego.

Por consiguiente, la noción de servicios esenciales, allende de la vida, salud y seguridad de la persona, puede abarcar la economía pública, cuando se trate de un servicio público absolutamente indispensable y susceptible de comprometer tal bien jurídico, como estableció esta Sala en la sentencia n.º 1998-01317 de las 10:12 horas de 27 de febrero de 1998.

Aclarado lo anterior, la duda ahora corresponde a si el Legislador puede aprobar una prohibición absoluta y general en un servicio público, o si debe ajustarse a un esquema de funcionamiento mínimo del servicio, como el regulado en el ordinal 376 inciso d) del Código de Trabajo vigente.

Al respecto, esta Sala considera que el Legislador, en el ejercicio de su libertad de configuración, puede establecer la prohibición absoluta y general de la huelga en los servicios públicos esenciales, siempre que esto no violente el principio constitucional de razonabilidad y proporcionalidad. Ahora, a los efectos de precisar los alcances de las potestades del legislador en tal materia, se debe considerar lo que la propia Constitución Política regula.

De este modo, de acuerdo con el numeral 61 de nuestra Constitución Política: *Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia.* Esta norma es una replicación del ordinal 56 de la Constitución Política de 1871, conforme la reforma constitucional de 1943.

Según ya se dilucidó en el punto B) de este considerando, la referencia a “*servicio público*” del artículo 61 constitucional no partió de un concepto dogmático preciso y cerrado, sino que, en realidad, el Constituyente del 49 optó por mantener la noción del Congreso Constitucional de 1943 contenida en el numeral 56 de la Carta de 1871. Si se toma en consideración el momento histórico de la aprobación de esta norma en julio de 1943, se advierte con facilidad su vínculo político irrefutable con la noción de servicio público del Código de Trabajo pocos meses después, en agosto de ese mismo año. En lo concerniente a la huelga, esta última normativa liga el concepto de servicio público con la especial relevancia de la actividad para la colectividad; es decir, con un elemento objetivo. Por ello, desde el punto de vista de nuestra Ley Fundamental resulta plausible extender la noción de servicio público esencial a la vida, salud y seguridad de la persona, así como a la economía pública, siempre que se trate, como se indicó supra, de un servicio público absolutamente indispensable y susceptible de comprometer tal bien jurídico.

Justamente, esta particular incidencia en los mencionados bienes constitucionales justifica que el legislador opte por una prohibición absoluta de la huelga en los referidos servicios. Se trata de una alternativa que deviene razonable, en la que medida que el propio Constituyente optó por dos reglas: 1) reconocer el derecho

de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, y 2) exceptuar de la regla anterior a los servicios públicos, de acuerdo con lo que el legislador determinase.

En tal sentido, no se puede considerar que reformar lo regulado en el Código de Trabajo vigente sea inconstitucional, puesto que, precisamente, el Constituyente le encomendó al legislador regular la huelga en los servicios públicos, para lo cual es del todo competente para formular las reformas legales correspondientes.

Límite de tal atribución es, entre otros, el principio de razonabilidad y proporcionalidad (voto 1998-01317), el cual en el *sub lite* no se observa violentado, puesto que, por un lado, la propia Constitución no rechaza la opción de que la huelga sea prohibida en los servicios públicos de particular relevancia (por el contrario, hace la salvedad de la huelga en los servicios públicos según criterio del legislador), y, por otro, las consultantes no desarrollan alguna argumentación técnica, precisa y sólidamente sustentada, ni mucho menos algún test jurídico de razonabilidad, como para que este Tribunal considere al listado de servicios públicos esenciales regulado en el artículo 376 del proyecto de ley, como carente de una relevante incidencia e impacto social, de modo que su suspensión no venga a causar un daño significativo, grave e inmediato en la salud, la vida, la seguridad o la economía pública. En tal definición, el juez constitucional debe aplicar autocontención, dado el amplio margen de apreciación de que el Legislador goza en la materia, de manera que solo si con absoluta solidez se demostrare la intrascendencia de un servicio público para con los mencionados bienes constitucionales, eventualmente se podría sustentar alguna lesión al principio constitucional de razonabilidad y proporcionalidad, lo cual en la especie no ocurre.

En adición, tampoco se advierte alguna vulneración al principio de interdicción de la arbitrariedad. Como consignó la Sala en la sentencia 2018-000230 de las 10:40 horas del 10 de enero de 2018:

*“En lo que respecta al alegado establecimiento de una lista numerus clausus por parte del legislador sin la existencia de criterios técnicos, la Sala descarta que exista alguna lesión al orden constitucional. Según se desprende de los párrafos precedentes, cae en el derecho a la libre configuración del legislador la determinación de los parámetros para categorizar a una profesión como ciencia en la salud. **La Sala rechaza que, irremediamente, todas las decisiones del legislador deban contemplar un estudio técnico, toda vez que dicha situación anularía la discrecionalidad del órgano legislativo, sometiéndolo al criterio de terceros que carecen de representación democrática.** Los estudios técnicos*

son necesarios, cuando existe norma expresa al respecto (verbigracia en cuestiones ambientales) o cuando la materia los exige, so pena de transformar la discrecionalidad en arbitrariedad. En el caso de marras, la decisión del legislador elevó claramente los requisitos para ser profesional en ciencias de la salud, al demandar el grado mínimo de licenciatura y enumerar expresamente las profesiones incluidas, decisión que no requiere un estudio técnico o científico.” (Lo destacado no corresponde al original).

4.1 Voto salvado parcial del magistrado Salazar Alvarado y de la magistrada Picado Brenes sobre servicios esenciales, con redacción del primero. En el criterio de los suscritos, hay una base común para coincidir con la mayoría de que hay ciertos servicios públicos esenciales donde el legislador puede prohibir el derecho a la huelga, de manera que, en general, es posible admitir supuestos en los que la ley podría limitar el ejercicio del derecho fundamental. Pero, como en toda discusión en la que se encuentra presente la prohibición a los derechos fundamentales, es necesario que sean acordes con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En nuestro enfoque, el proyecto debería establecer solo restricciones sobre el derecho a la huelga, y no prohibiciones absolutas, como lo establecen los legisladores y, la mayoría de la Sala, como constitucional. Así, en los diez supuestos que establece el proyecto de reforma al artículo 376, del Código de Trabajo, no hay una ponderación adecuada al derecho a la huelga frente a los derechos fundamentales que le sirven de límite, porque no en todos los casos tienen la misma intensidad sobre los servicios que prestan todos los trabajadores. La normativa solo debe estar orientada a prohibir la huelga cuando este mecanismo de los trabajadores, represente una amenaza evidente y manifiesta para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población. En caso contrario, no se debe privar a una gran mayoría de servidores públicos del derecho fundamental a la huelga, cuando no sea un servicio esencial, y no exista una amenaza evidente e inminente para aquellos. En los términos establecidos, implica para muchos una restricción ilegítima y un derecho que queda en la teoría, pese a estar reconocida constitucionalmente. Los criterios del Comité de Libertad Sindical, pueden efectivamente orientar a esta conclusión, toda vez que ha estimado que:

“El principio sobre prohibición de huelgas en los «servicios esenciales» podría quedar desvirtuado si se tratara de declarar ilegal una huelga en una o varias empresas que no prestaran un «servicio esencial» en el sentido estricto del término, es decir, los servicios cuya interrupción podría

poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (caso de Nigeria N° 2432 y Sri Lanka N° 2519)”.

“No parece apropiado que todas las empresas del Estado sean tratadas sobre la misma base en cuanto a las restricciones al derecho de huelga, sin distinguir en la legislación pertinente entre aquellas que son auténticamente esenciales y las que no lo son” (caso de Canadá N° 3057).

En nuestro criterio, el principio de razonabilidad y proporcionalidad es fundamental en la interpretación del artículo 61, de la Constitución Política, pues debe hacerse un ejercicio por determinar que en ciertos puestos profesionales o incluso administrativos, podrían no representar un peligro, como para partir de una premisa tan exigente que permita concluir que todas las actividades conducen a la amenaza evidente e inminente para los el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad pública. Ciertamente, dicha conclusión podría no ser razonable. En este sentido, la restricción impuesta pesa indebidamente sobre el derecho fundamental establecido en la Constitución Política. Entonces, para constituirse en una prohibición absoluta y abarcar los diez incisos arriba mencionados, sostenemos que no en todos ellos podría justificarse como para suprimir un derecho fundamental.

Para ello, se recurre de igual manera, al Comité de Libertad Sindical, en cuanto sostiene que:

“No constituyen servicios esenciales en el sentido estricto del término: la radio-televisión, los sectores del petróleo y las instalaciones petrolíferas, la distribución de petróleo para el funcionamiento del transporte aéreo, el sector del gas, el llenado de bombonas de gas y su comercialización, los puertos (carga y descarga), los bancos, el Banco Central, los servicios de seguros, los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos, los grandes almacenes y los parques de atracciones, la metalurgia y el conjunto del sector minero, los transportes, en general, incluidos los servicios, metropolitanos, los pilotos de líneas aéreas, la generación, transporte y distribución de combustibles, los servicios ferroviarios, los transportes metropolitanos, los servicios de correos, el servicio de recolección de basuras, las empresas frigoríficas, los servicios de hotelería, la construcción, la fabricación de automóviles, las actividades agrícolas, el abastecimiento, y la distribución de productos alimentarios, las plantaciones de té, café y coco, la Casa de la Moneda, la Agencia Gráfica

del Estado y los monopolios estatales del alcohol, de la sal y del tabaco, el sector de la educación, empresas de embotellamiento de agua mineral, la reparación de aviones los servicios de ascensores, los servicios de exportación, los servicios de seguridad privada, excepto los servicios penitenciarios los aeropuertos, excepto los servicios de control del tráfico aéreo, las farmacias, las panaderías, la producción de cerveza y la industria del vidrio” (caso de República de Corea N° 1865, Filipinas N° 2252, Colombia N° 2355, entre otros).

Debe establecerse aquellos casos en los que son auténticamente esenciales y distinguir los que no lo son. Así, la disposición que nos ocupa sobrepasa un criterio de daño sobre la salud de la población, de manera que sí incide en el derecho a la huelga, y no hace una graduación o nivelación de aquellos sectores de salud que no representan peligro para la vida de los pacientes, o incluso administrativos, que pudieran no tener mayores secuelas en el derecho a la salud de las personas. Caer en la tentación por calificar que toda huelga en la atención médica domiciliar, consulta externa, exámenes médicos, pruebas de laboratorio, generan toda una amenaza evidente y inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población, es una falacia de argumentación, porque no en todas ellas conducen a situaciones donde la pérdida de la salud o la vida humana tiene una relación directa con la falta de un servicio esencial. En consecuencia, no es legítima la técnica de la norma de prohibir toda actividad, en los servicios de salud y hospitalarios.

En nuestro criterio, entonces, debe permitirse que se puedan definir, dentro de los diez supuestos establecidos en la norma en cuestión, las medidas que permitan garantizar que dicho servicio sea prestado en una expresión mínima, lo suficiente como para evitar los peligros que un servicio esencial puede acarrear, sea, amenaza o infracción a la vida, la seguridad, y a la salud de parte o de toda la población. Es importante retomar la Sentencia N° 2017-13786 de 11:50 horas del 29 de agosto de 2017, en el que la Sala conoció la negativa en el Departamento de Medicina Forense, de practicar las necropsias médico forense y entregar los cuerpos a los familiares por estar en huelga. En ella, se sopesó el derecho de los familiares del difunto a que se les entregara el acta de defunción y el cuerpo del fallecido, el derecho al respeto de las personas fallecidas, y la salud pública. En esta decisión, el suscrito magistrado Salazar Alvarado, adicionó una nota que señala que en los servicios esenciales debe definirse aquellos que son mínimos, que se necesitan mantener para proteger a los destinatarios de servicios esenciales de recibir una prestación suspendida por razón de huelga, al ponderar todos los derechos involucrados, se razona que:

“Dadas las particularidades, el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, es un límite al derecho a la huelga ante el advenimiento y posible infracción a derechos fundamentales. Lo anterior implica la prestación de los trabajos necesarios para una cobertura que garantice los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface. Así, en el ejercicio de la huelga que se produzca en servicios esenciales que atañen a la comunidad, debe existir una razonable proporción entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de aquellos. De manera, que las medidas han de encaminarse a garantizar mínimos indispensables para la conservación de los servicios, en tanto que dicho mantenimiento no puede significar -en principio- que se exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual, ni asegurar el funcionamiento normal del servicio, pero el interés de la comunidad debe ser perturbado por la huelga sólo hasta extremos razonables y no hacerlo nugatorio. Reitero, que la consideración de un servicio como esencial, no puede suponer la supresión del derecho de huelga de los trabajadores que hubieran de prestarlo, sino la necesidad de disponer de medidas precisas para su conservación; o, dicho de otra forma, para asegurar la prestación de los trabajos que sean necesarios para la cobertura de los derechos, libertades o bienes que satisface dicho servicio, sin que exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal. Así que, la falta de la entrega oportuna de los cuerpos que esperaban la práctica de una autopsia, atenta entonces contra el derecho a la salud de los familiares, en el entendido, que dicho concepto abarca la salud emocional, social, psicológica y espiritual”.

De este modo, concluimos que la determinación que hace el legislador de que los servicios esenciales establecidos en la reforma al artículo 376, del Código de Trabajo, son todas actividades donde se debe prohibir la huelga, no diferencia de aquellas actividades que permitan asegurar una prestación mínima de servicios y así dar cobertura al servicio, sin perjuicio de permitir el ejercicio del derecho a la huelga como un derecho fundamental, y no establecer, una prohibición absoluta.

5.- Sobre la disolución de los sindicatos. Redacta la Magistrada Hernández López.

En el caso de la reforma consultada, estima la Sala que los consultantes llevan la razón según los argumentos que de seguido se exponen. Para iniciar, el artículo 350 del Código de Trabajo, establece lo siguiente:

“Artículo 350- A instancia del respectivo Ministerio los Tribunales de Trabajo ordenarán la disolución de los sindicatos, siempre que se les pruebe en juicio:

- a. *Que intervienen en asuntos político- electorales, que inician o fomentan luchas religiosas, que mantienen actividades contrarias al régimen democrático que establece la Constitución del país, o que en alguna otra forma infringen la prohibición del artículo 263(*);*

() (Debido a la reforma introducida a éste Código por la Ley Sobre Riesgos del Trabajo, N° 6727 de 9 de marzo de 1982, en la que se corrió la numeración de varios artículos, la referencia al artículo 263 contenida en este inciso debe entenderse a artículo N° 333 actual.)*

- b. *Que ejercen el comercio con ánimo de lucro, o que utilizan directamente o por medio de otra persona los beneficios de la personalidad jurídica y las franquicias fiscales que el presente Código les concede, para establecer o mantener cantinas, salas de juego u otras actividades reñidas con los fines sindicales;*
- c. *Que usan de violencia manifiesta sobre otras personas para obligarlas a ingresar a ellos o para impedirles su legítimo trabajo;*
- d. *Que fomentan actos delictuosos contra personas o propiedades, y*
- e. *Que maliciosamente suministran datos falsos a las autoridades de trabajo.*

El proyecto de ley consultado, pretende reformar el artículo anterior, mediante la inclusión del siguiente agregado:

“En caso de que la autoridad judicial emita sentencia condenatoria contra el representante legal de un sindicato o contra alguno de los miembros de su órgano directivo por acciones realizadas en el ejercicio de sus cargos, por los delitos señalados en los artículos 128, 144, 229, 263, 263 bis, 264, 339 y 340 del Código Penal, en calidad de autor, instigador o cómplice, enviará copia de la misma al Ministro / Ministra de Trabajo para los efectos correspondientes al presente artículo”.

Ahora bien, los consultantes cuestionan el agregado al artículo 350 del Código de Trabajo, que establece la obligación de las autoridades judiciales penales de remitir copia al Ministerio de Trabajo a “*efectos correspondientes al presente artículo*”, lo que conlleva la disolución de sindicatos por algunas causales, entre otras “*que fomenten actos delictuosos contra personas o propiedades*”. Según se desprende de la disposición, dicha copia debe remitirse cuando hay condenatoria penal contra el representante legal o los miembros de su órgano directivo, cuando han realizado ciertos delitos específicos en el ejercicio de sus cargos.

Para resolver la presente consulta, es necesario de previo, establecer los principios constitucionales bajo los cuales, puede operar una sanción administrativa, como la es la disolución de un sindicato.

A.- Fines de la actividad sindical:

En Costa Rica, el artículo 60 de la Carta Política consagra el derecho a formar sindicatos, tanto a favor de los patronos como de los trabajadores, con el propósito exclusivo de obtener, y conservar beneficios económicos, sociales y profesionales. De esta forma, por sindicatos debe de entenderse aquellas agrupaciones sociales con relevancia constitucional, cuya libre creación y actuación garantiza la Ley Suprema y cuya participación en el aparato del Estado se encuentra, expresamente, previsto, incluso desde antes de que se contará con nuestra actual Constitución Política (1943 Código de Trabajo). De esta forma tal derecho –considerado por ende como una libertad individual y colectiva- se integra tanto por la facultad que poseen los trabajadores de constituir una organización gremial, como para adherirse a ella. Sobre el particular, en el Derecho Internacional Público se ha realizado un exhaustivo desarrollo de tal libertad, indicándose como eje principal el derecho de asociación, que poseen todas las personas con el propósito de defender y proteger cualquier tipo de interés legítimo, tales como los de orden social, político, económico, religioso, cultural, profesional, laboral, sindical y de cualquier otro orden. Lo anterior por cuanto, dentro de los derechos fundamentales de toda persona, debe de tomarse en consideración aquél que tiene en su faceta como trabajador de fundar, libremente, asociaciones que lo representen de manera auténtica y le otorgue al mismo tiempo la oportunidad de participar de manera libre en sus actividades sin riesgo alguno de represalias posteriores. Sobre este orden de ideas, y partir de la interpretación conjunta de los artículos 339 del Código de Trabajo y el artículo 60 de la Carta Política es que se consolida entonces la libertad sindical, o la teoría triangular de la libertad sindical, la cual se encuentra conformada por tres aspectos esenciales: 1) **Libre sindicación:** el

libre ingreso y retiro del sindicato; 2) **Pluralidad sindical**: la pluralidad de agrupaciones sindicales y 3) **Autonomía Sindical**: la autonomía necesaria en las asociaciones sindicales para actuar libremente frente al Estado, frente a otras organizaciones o frente al empleador, todo con el fin de que las agrupaciones colectivas puedan desarrollarse y cumplir con sus objetivos sin injerencias extrañas a sus fines específicos. De esta forma, tanto los patronos como los trabajadores podrán sindicalizarse libremente, con el fin exclusivo de obtener y conservar los beneficios e intereses supra mencionados.

Ahora bien, siendo que el propósito de los sindicatos es, obtener y conservar beneficios económicos, sociales y profesionales de los trabajadores, es válido que el legislador regule dicha actividad, incluso, que pueda establecer sanciones en contra de las organizaciones sindicales, de conformidad con los alcances de los artículos 28 y 61 de la Constitución Política, ya que sólo pueden dedicarse a fines lícitos y dentro del marco de respeto al ordenamiento jurídico.

B.- Límites de la actividad sindical:

En ese sentido, como todo derecho fundamental, el legislador está legitimado para regularlo, en este caso de conformidad con lo establecido en los artículos 28 y 61 de la Constitución Política, incluyendo dentro de esas limitaciones, sanciones administrativas, cuando se desvían los objetivos de estas organizaciones de la consecución de fines legítimos a ilegítimos en lesión a bienes jurídicos fundamentales. Como establece la jurisprudencia y doctrina en la materia, cualquier sanción que, el legislador pretenda imponer, debe ajustarse a los límites impuestos en la Constitución, incluyendo los principios de proporcionalidad y razonabilidad. En ese sentido, no se discute la legitimidad que tiene el Estado de sancionar conductas que atenten contra bienes jurídicos de terceros o de la colectividad, pues es claro que el artículo 28 de la Constitución, le otorga potestades al Estado de perseguir y sancionar todas aquellas conductas que atenten contra los derechos de terceros, la moral, buenas costumbres y el orden público. En el caso concreto, también opera como obligación del legislador, lo dispuesto en el artículo 61 parte final que lo conmina a legislar para desincentivar que este derecho sirva de velo para proteger organizaciones que cometen actos de coacción y violencia contra el orden público. En lo que interesa, señala la norma:

ARTÍCULO 61.- Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación

que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia.

La anterior premisa, implica por ejemplo, que el legislador puede establecer la sanción de disolución de un sindicato, cuando éste –y de conformidad con los alcances de lo dispuesto en el presente considerando-, por ejemplo, se estructure y se conduzca como organización criminal, tendiente a realizar actos de violencia y delictivos, como el terrorismo, para dar un ejemplo. Sin embargo, tal potestad que le concede la Constitución, encuentra sus límites en los preceptos, principios y valores constitucionales que conforman el Derecho de la Constitución, como se procede a explicar a continuación.

En razón de lo anterior, los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, marcan el camino para establecer la conformidad constitucional de una sanción. En ese sentido, la construcción legislativa de cualquier sanción, debe de operar a partir de un análisis e interpretación teleológica, que lleve a desarrollar una conexidad entre los bienes jurídicos que pretende tutelar determinada sanción (principio de razonabilidad), con el propósito de establecer una conducta que, sea eficaz y eficiente para amenazar o lesionar significativamente dichos bienes a través de su conducta (principio de proporcionalidad).

Finalmente, cualquier tipo de prohibición y de sanción, debe garantizar que, el administrado tenga la posibilidad de deslindar las acciones y modalidades (de comisión) que se encuentran en el precepto legal, de las acciones que no son consideradas ilícitas o que son sancionadas de diferente forma; es decir, que estas no sean ambiguas, para evitar el escenario donde las personas, no puedan determinar su actuar, por las dudas, sobre cuál es la acción o modalidad de comisión, que es sujeción de una sanción.

C.- Operatividad del actual artículo 350 del Código de Trabajo con el Derecho de la Constitución.

La libertad (actividad) sindical, debe de entenderse como, la facultad que tienen los trabajadores de organizarse con el respaldo de normas de rango constitucional (aquellas formaciones sociales con relevancia constitucional), cuya libre creación y actuación garantiza la Ley Suprema y (cuya participación en el aparato del Estado se encuentra, expresamente, previsto). De esta forma tal derecho –considerado por ende como una libertad individual y colectiva- se integra tanto por la facultad que poseen los trabajadores de constituir una organización gremial, como para adherirse y renunciar a

ella. Sobre el particular, en el Derecho Internacional Público se ha realizado un exhaustivo desarrollo de tal libertad, indicándose como eje principal el derecho de asociación, que poseen todas las personas con el propósito de defender y proteger cualquier tipo de interés legítimo, tales como los de orden social, político, económico, religioso, cultural, profesional, laboral, sindical y de cualquier otro orden. Lo anterior por cuanto, dentro de los derechos fundamentales de toda persona, debe de tomarse en consideración aquél que tiene en su faceta como trabajador de fundar, libremente, asociaciones que lo representen de manera auténtica y le otorgue al mismo tiempo la oportunidad de participar de manera libre en sus actividades sin riesgo alguno de represalias posteriores.

Como se indicó en la sección anterior, el legislador está legitimado para regular la actividad sindical, (en este caso) de conformidad con lo establecido en los artículos 28, 60 y 61 de la Constitución Política, incluyendo dentro de esas limitaciones, sanciones administrativas y judiciales, cuando se desvían los objetivos de estas organizaciones de la consecución de fines legítimos a ilegítimos en lesión a bienes jurídicos fundamentales.

Como se extrae de los anteriores párrafos, la actividad sindical es individual y colectiva, pero el Sindicato como órgano que agremia a sus sindicatos, definitivamente funge como una organización que agrupa intereses colectivos (actividad colectiva). En razón de lo anterior, es evidente que la construcción y el uso de sanciones, deben de partir de esta diferenciación, ya que su asimilación a ultranza, puede generar la aplicación de sanciones que de manera no razonable y desproporcionada, imponga sanciones sobre actos meramente personalísimos, sobre una colectividad que no tuvo/tiene, control alguno sobre la actuación que originó la sanción.

En el caso en concreto del actual artículo 350 del Código de Trabajo, este establece la posibilidad de sancionar un sindicato, mediante su disolución, ante determinados supuestos; es decir, es una sanción que afecta la actividad colectiva del sindicato. En la versión actual del artículo 350, éste deja muy claro que, para ordenar la disolución de un sindicato, es necesario probar **-en el Juicio de disolución que se realiza en la Jurisdicción laboral ver (el 351 del Código de Trabajo)** que el Sindicato (es decir, la actividad gremial), decidió:

- a. Que intervienen en asuntos político- electorales, que inician o fomentan luchas religiosas, que mantienen actividades contrarias al régimen democrático que*

establece la Constitución del país, o que en alguna otra forma infringen la prohibición del artículo 263();*

() (Debido a la reforma introducida a éste Código por la Ley Sobre Riesgos del Trabajo, N° 6727 de 9 de marzo de 1982, en la que se corrió la numeración de varios artículos, la referencia al artículo 263 contenida en este inciso debe entenderse a artículo N° 333 actual.)*

- b. Que ejercen el comercio con ánimo de lucro, o que utilizan directamente o por medio de otra persona los beneficios de la personalidad jurídica y las franquicias fiscales que el presente Código les concede, para establecer o mantener cantinas, salas de juego u otras actividades reñidas con los fines sindicales;*
- c. Que usan de violencia manifiesta sobre otras personas para obligarlas a ingresar a ellos o para impedirles su legítimo trabajo;*
- d. Que fomentan actos delictuosos contra personas o propiedades, y*
- e. Que maliciosamente suministran datos falsos a las autoridades de trabajo.*

La posición de que, el juicio de disolución opera **-ejercicio de comprobación probatoria que, se realiza en la jurisdicción laboral-** sobre una decisión gremial (conglomerada), se refuerza al analizar los verbos establecidos en los incisos supra citados, ya que estos desarrollan actividades ejercidas por un sujeto en condición de plural, es decir, el sindicato como organización conformada por un conglomerado de personas. En ese mismo orden de ideas, el artículo actual, incluso desarrolla por aparte y en su sección final, que para los casos de responsabilidad personalísima, queda “*a salvo la acción que cualquier perjudicado entable para que las autoridades represivas impongan a los responsables las sanciones previstas por el artículo 257 del Código Penal u otros aplicables al hecho ilícito que se haya cometido.*”

D.- Las causales de disolución del artículo 350 del Código de Trabajo, únicamente pueden ser declaradas en sede jurisdiccional.

En relación con lo desarrollado en el párrafo anterior, la disolución de un Sindicato que se ordene dentro de los alcances del artículo 350 del Código de Trabajo, únicamente puede determinarse mediante el juicio de disolución que es competencia de la Jurisdicción laboral. Lo anterior implica que, ningún proceso administrativo, podrá ordenar la disolución de un sindicato, aunque invoque la existencia de una o de algunas de las causales que contiene el artículo 350 del Código de Trabajo, ya que dicha potestad, es competencia exclusiva del Juez Laboral. La anterior premisa, ha sido

desarrollada por esta Sala, mediante resolución número 71 de las 15:55 horas de 1989, de la siguiente forma:

*“La Sala considera que la Dirección de Organizaciones Sociales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social tiene plenas potestades registrales para acoger o rechazar la inscripción de los documentos relativos a las organizaciones sociales que deban serlo en virtud de la ley, pero no para ejercer la policía administrativa que le está vedada en virtud de los principios de autonomía e independencia sindicales, implícitas en el artículo 60 de la Constitución Política y más aun, en el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por ley No. 2561 de 11 de mayo de 1960. Estos principios están recogidos con toda claridad en los siguientes párrafos de la sentencia No. 155 de las 14,30 horas del 19 de diciembre de 1984 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que esta Sala prohíja a saber “a dicho Ministerio corresponde, por medio del Departamento de Organizaciones Sociales, la más estricta vigilancia sobre las organizaciones sociales, con el exclusivo propósito de que estos funcionan ajustados a las prescripciones de ley, **pero, en todo caso, el principio de libre sindicalización le impide cualquier acto administrativo que afecta la existencia misma del sindicato, pues una medida de más naturaleza solo puede tomarla los tribunales de justicia, de acuerdo con los artículos 350 y 351 del Código citado”**”*

E.- Constitucionalidad de las causales para la disolución de un Sindicato.

Del análisis integral de las secciones precedentes, queda claro que, para que una causal de disolución de un sindicato, sea conforme a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, es necesario que el juicio de sanción opere en el sentido de la responsabilidad de los actos cometidos, a partir de una decisión previa tomada por los líderes sindicales, y con la participación del resto de integrantes del sindicato, es decir, por su conglomerado, de conformidad con las reglas con las que, cada una de estas organizaciones cuenta, para tomar las decisiones relacionadas con los actos que pretenden ejecutar en relación con los intereses y razones de ser de las agrupaciones sindicales.

En razón de lo anterior, las causales de disolución de un Sindicato que establece el artículo 350 del Código de Trabajo, no permiten el traslado de una sanción personalísima –como una condena penal a uno de sus integrantes, por ejemplo-, como

razón para sancionar los derechos fundamentales de una colectividad. Validar un criterio contrario al anterior, implica que, al resto de integrantes del sindicato, se les estaría sancionando por el actuar de terceras personas sobre los cuales no cuentan con poder, para determinarlos o variarlos; sin dejar de lado que, en relación con el actuar delictivo y personalísimo de una persona, que ostente el cargo de líder sindical, no existe obligación o deber alguno impuesto en contra de cualquier persona que forme parte del resto de integrantes del sindicato, que obligue a estos últimos, a evitar que sus líderes cometan delitos o cualquier tipo de infracción.

F.- Sobre la inconstitucionalidad del agregado consultado.

De conformidad con los alcances anteriormente descritos, esta Sala considera que, el agregado al artículo 350 del Código Trabajo aquí consultado, presenta los siguientes roces de constitucionalidad.

G.- Violación a los artículos 28, 39 y 60 de la Constitución Política.

Estimamos que, el párrafo final consultado introduce una nueva regulación al artículo 350 del Código de Trabajo, para autorizar la disolución de los sindicatos de forma directa, que es contraria a la Constitución Política, en cuanto traslada las consecuencias de la responsabilidad penal y personalísima, de uno o varios de las y los dirigentes sindicales por delitos de lesiones, daño agravado, incumplimiento de deberes, bloqueo de carreteras, omisión de auxilio, entre otros, cometidos durante manifestaciones o fuera de ellas, al resto de integrantes del sindicato, generando consecuencias sancionatorias sobre sus derechos fundamentales. En ese sentido, el agregado consultado genera sanciones a partir de actos sobre los cuales –el resto de integrantes del Sindicato- ni siquiera, tuvieron control sobre el curso de los hechos condenados, o incluso, sobre hechos que eventualmente ni siquiera tuvieron conocimiento que se estaban cometiendo, por la comisión de delitos que no podrían significar la muerte jurídica de la organización, desde un punto de vista de razonabilidad y proporcionalidad.

Lo anterior implica que, al resto de integrantes del sindicato, se les estaría sancionando por el actuar de terceras personas sobre los cuales no cuentan con poder para determinarlos o variarlos; sin dejar de lado que, en relación con el actuar delictivo y personalísimo de una persona, que ostente el cargo de líder sindical, no existe obligación o deber alguno impuesto en contra de cualquier persona que forme parte del resto de integrantes del sindicato, que obligue a estos últimos, a evitar que sus líderes cometan los delitos que pretende la reforma en consulta.

En conclusión, las causales de disolución de un Sindicato que establece el artículo 350 del Código de Trabajo y tomando en cuenta sus fines, no permiten el traslado de una sanción personalísima –como una condena penal a uno de sus integrantes, por ejemplo-, como razón para sancionar los derechos fundamentales de una colectividad al ejercicio de su derecho a pertenecer a un sindicato o ejercer actividad sindical.

H.- Violación al derecho de un juicio justo.

En otro orden de ideas, la reforma consultada, deja sin contenido el derecho a un juicio justo, ya que genera de previo, un vaciamiento del derecho de defensa, al constituir un juicio, en el cual los interesados carecen de toda posibilidad real de defender sus intereses. En este punto, resulta arbitrario, y nugatorio del derecho de defensa, pretender que el resto de integrantes del sindicato, acudan a un juicio laboral, para defender la subsistencia de su sindicato, en el cual tendrán que afrontar y desvirtuar, la intangibilidad de hechos penales previos (sobre los cuales el juez laboral, carece de competencia para desacreditar) cometidos de manera personalísima por terceras personas, sobre los cuales ni siquiera –además que no tienen la posibilidad legal- fueron llamados a comparecer en la sede penal.

I.- Violación al principio de razonabilidad.

Como se indicó anteriormente, el legislador está legitimado para regular la actividad sindical, en este caso de conformidad con lo establecido en los artículos 28, 60 y 61 de la Constitución Política, incluyendo dentro de esas limitaciones, sanciones administrativas impuestas judicialmente, cuando se desvían los objetivos de estas organizaciones de la consecución de fines legítimos a ilegítimos en lesión a bienes jurídicos fundamentales.

En razón de lo anterior, esta Sala observa roces de constitucionalidad del agregado consultado, específicamente en relación con el principio de razonabilidad, que a continuación se expondrán:

- a) La sentencia condenatoria emitida en contra del representante legal de un sindicato o en contra de alguno de los miembros de su órgano directivo, por acciones realizadas en el ejercicio de sus cargos, permite que acciones condenadas en sede penal, pero fuera del contexto de una huelga, puedan ser utilizados para accionar la disolución de un sindicato, sin que la norma laboral actual, garantice que, dentro de los alcances del inciso d) del artículo 350 del Código Laboral, se permita deslindar, entre el acto doloso e ilegal, y su conexidad

dentro del contexto de una huelga. Nótese que en el caso del artículo 263 del Código Penal, se estaría disolviendo un sindicato, por entorpecer el funcionamiento de los transportes por tierra, agua y aire a los servicios de comunicación o de sustancias energéticas, a pesar de que el hecho condenado, se haya ejecutado fuera del contexto de una huelga. Lo anterior es posible, ya que, la interpretación, que pretende que, el agregado consultado opere en función del inciso d) del artículo 350 del Código Laboral, únicamente establece como condición, que dicha condena sea ejecutada por el representante legal de un sindicato o en contra de alguno de los miembros de su órgano directivo, por acciones realizadas en el ejercicio de sus cargos. El anterior problema, también se encuentra en los artículos 144, 229, 263 bis, 264, 339 y 340 del Código Penal.

- b) Recordemos que, la construcción legislativa de cualquier sanción, debe de operar a partir de un análisis e interpretación teleológica, que lleve a desarrollar una conexidad entre los bienes jurídicos que pretende tutelar determinada sanción (principio de razonabilidad). Ahora bien, la referencia al artículo 128 del Código Penal que realiza el agregado consultado, no cumple con requisito desarrollado anteriormente. En el caso del artículo 128 del Código Penal, este tipifica varias modalidades de comisión de lesiones culposas. En ese sentido, el tipo penal desarrolla una modalidad de culpabilidad del tipo “imprudente”, donde el agente por una parte, se puede representar tanto el disvalor de acción, como el disvalor del resultado, pero no pretende este último, como también sucede que, en otros casos, el agente no se representa ni el disvalor de la acción, ni el disvalor del resultado. En ese sentido, si la razón de ser de una sanción administrativa, como la disolución del sindicato, lo es la sanción para con las acciones gremiales, para cuando estas se desvían voluntariamente de los objetivos lícitos de estas organizaciones, con el fin de procurar beneficios ilegítimos, o de causar lesión a bienes jurídicos fundamentales, no se logra entender cómo, el acto personalísimo de una persona que, no pretende una lesión a un derecho fundamental, o peor aún, que ni siquiera se representa que está en curso de acción de amenazar o de lesionar un bien jurídico tutelado, puede servir para que los Sindicatos (como órgano) no procuren beneficios ilegítimos o generan lesiones en derechos fundamentales.

En definitiva, ninguno de los escenarios anteriormente descritos, cuenta con la razonabilidad necesaria para que su función –desde la óptica de una sanción-, pueda tutelar los bienes jurídicos que, se pueden ver afectados a raíz del ejercicio de la actividad sindical colectiva que, pretenda procurarse beneficios ilegítimos o provocar lesiones en derechos fundamentales.

J.- Violación al principio de proporcionalidad.

En secciones anteriores, se estableció en relación con el principio de proporcionalidad que, la construcción de la sanción debe de operar con el propósito de establecer una conducta que, sea eficaz y eficiente para amenazar o lesionar significativamente dichos bienes a través de su conducta. En el caso del artículo 350 del Código de Trabajo, su función es la tutela de los bienes jurídicos que, se pueden ver afectados a raíz del ejercicio de la actividad sindical colectiva que, pretenda procurarse beneficios ilegítimos o provocar lesiones en derechos fundamentales.

Sin embargo, el principio de proporcionalidad, en lo que respecta a las sanciones, no se limita únicamente a lo descrito en el párrafo anterior, ya que también ante casos como el presente, donde existe una ponderación de derechos fundamentales en juego, se convierte en un parámetro que no permite que, ante la actividad sancionadora, se deje sin el contenido mínimo, de cualquiera de los derechos fundamentales que se encuentran en disputa.

Es claro que, el artículo 350, desarrolla un escenario donde el juez, debe de ponderar los derechos fundamentales de las personas que forman parte de un Sindicato, con los derechos fundamentales de las personas que se han visto afectadas, por el ejercicio de la actividad sindical colectiva que, pretenda procurarse beneficios ilegítimos o provocar lesiones en derechos fundamentales. También debe de recalcar, que a diferencia de una controversia entre personas particulares u de otro tipo de organizaciones privadas que no tienen un fin social, la colisión de derechos fundamentales que, se origina entre la disputa de una persona particular y el ejercicio sindical, reviste de especial diferencia, ya que no se debe de perder de vista que, la actividad sindical, debe de tener una repercusión positiva en la sociedad y en la democracia.

Bajo el anterior escenario, el principio de proporcionalidad se constituye, como una garantía que propicia que, toda persona que haya recibido un daño sobre sus intereses, por el ejercicio ilegítimo de la actividad sindical, encuentre su reparación, ocurriendo a las leyes, sin que de por medio, y de previo al análisis de todas las soluciones posibles, se anule, extinga o se deje sin contenido del todo de manera arbitraria, el derecho a sindicalizarse que tienen las personas trabajadoras

En relación con el objeto del recurso, en las sesiones de la Comisión Legislativa que, aprobó la reforma consultada, se discutió como el agregado al artículo 350 del Código de Trabajo, vendría a fungir como un complemento de los incisos c) y d) de dicha

norma. Para el Diputado Villalta Florez-Estrada, la condición actual del inciso d) del artículo 350 del Código de Trabajo, genera incertidumbre jurídica, ya que la referencia que realiza dicha causal (fomenten actos delictuosos), es sumamente abierta y no permite que la actividad sindical se pueda auto-determinar. Dicho criterio, también es compartido por el Diputado Carlos Ricardo Benavidez Jiménez. En ese sentido, la Comisión dictaminadora, observó como un avance el agregado consultado, en razón de que este indicara taxativamente, una serie de delitos a los cuales consideran, se refiere el inciso d) del artículo en mención.

Sin embargo, la elección de delitos que fue insertada en el agregado en consulta, presenta los siguientes roces de constitucionalidad. Para el presente análisis, partiremos del hecho de que, una organización sindical no puede ser condenada penalmente por ninguno de los delitos que establece la reforma, es decir los artículos 128, 144, 229, 263, 263 bis, 264, 339 y 340 del Código Penal, ya que dicho escenario es inviable por lo dispuesto en el artículo 39 de nuestra Constitución.

Sin embargo, el uso de las modalidades típicas o de comisión que contienen dichos delitos, sí podrían ser invocados para la disolución de un sindicato (tanto con el artículo actual, como con el agregado que pretende la reforma), ya que lo necesario es la comprobación de que, los Sindicatos **“fomentan actos delictuosos”**, es decir, como una suerte de instigación (fomentar) la comisión de actos delictuosos en contra de personas y propiedades.

Pero a pesar de lo anterior, el roce de constitucionalidad que se observa radica en que, la selección de los artículos 263 bis, 264, y 340 del Código Penal, que realiza el agregado consultado, puede dejar sin contenido el derecho a la huelga (violación al principio de proporcionalidad), por lo que se dirá.

En el caso de las huelgas, los actos de sus participantes, se convierten, inexorablemente, en consecuencias inevitables del ejercicio de la huelga, que de abrirse la oportunidad jurídica, para ser utilizadas para sanciones ulteriores, como la disolución de un sindicato, prácticamente impedirían el ejercicio democrático y participativo de una huelga.

Si se observa con detalle, los tipos penales insertados en el agregado en consulta, describen modalidades de comisión que son inevitables en el marco de cualquier tipo de huelga, como las que contiene el artículo 263 bis (impidiere, obstruyere o dificultare, en alguna forma, el tránsito vehicular o el movimiento de transeúntes); el artículo 264 (abandonaren sus puestos [destinado al transporte remunerado]), o el artículo 340

(rehusare, omitiera, retardare, la prestación de un auxilio legalmente requerido por autoridad competente). Así por ejemplo, cualquier marcha sindical, sin importar la calificación final de la huelga, terminará impidiendo, obstruyendo, o dificultando de manera inexorable, el tránsito vehicular, el movimiento de transeúntes (263 bis); en igual sentido, cualquier huelga, sin importar la calificación final de la huelga, terminará con funcionarios públicos que abandonaran momentáneamente sus puestos de manera inexorable (264), lo que implica que, solicitudes de auxilio requeridas por otras autoridades, no podrán ser cumplidas (artículo 339) o ser atendidas en dicho momento (artículo 340).

En ese sentido resulta desproporcionado, que se ordene la disolución de un sindicato, porque este último fomentó entre sus agremiados, el ejercicio de su derecho constitucional a manifestarse, o de ejercer su derecho a la huelga. Partiendo de las anteriores premisas, no es lo mismo que, un funcionario público –por las razones que sean- bloquee una vía pública, al hecho de que, un conglomerado de trabajadores estatales, mediante el ejercicio de su manifestación a través de la huelga, entorpezcan las vías públicas. En el primero de los casos, si el agente carece de justificación alguna, deviene razonable su sanción penal; pero en el segundo de los casos, partiendo del ejercicio legal de la huelga, desde un punto de vista constitucional no es posible su sanción, ni su uso ulterior para disoluciones de cuerpos sindicales. Lo anterior obedece a que, el propósito del sujeto activo, no era el de amenazar o lesionar significativamente dichos bienes a través de su conducta, sino el de la defensa de los intereses colectivos y laborales que representa; si lo anterior es así, menos se justifica que tales acciones sean utilizadas para ordenar la disolución de un sindicato.

Por la anterior razón, se reafirma que, el problema que genera el roce de constitucionalidad en comentario, no se encuentra de los anteriores tipos penales, ya que es claro, que el ejercicio del derecho constitucional a la huelga, de conformidad con las circunstancias particulares del caso, opera como una causal de justificación que termina desplazando la responsabilidad penal de cualquiera de los artículos 144, 263 bis, 264, 339 y 340 del Código Penal; el problema, es su uso (accesorio) como medida de presión .

K.- Consideraciones adicionales sobre el actual artículo 350 del Código de Trabajo, y sobre el uso de las acciones de los artículos 144, 229, 339 y 340 del Código Penal.

Tal y como se indicó, el juicio de disolución opera **-ejercicio de comprobación probatoria que, se realiza en la jurisdicción laboral-** sobre una decisión gremial (conglomerada). En ese sentido, lo necesario es la comprobación de que, los Sindicatos **“fomentan actos delictuosos”**, es decir, como una suerte de instigación (fomentar) la comisión de actos delictuosos en contra de personas y propiedades.

En el apartado anterior, se hizo mención al espíritu del legislador en relación con su afán de, tipificar taxativamente los escenarios delictivos o de violencia a los cuales hacen referencia los incisos c) y d) del artículo 350 del Código de Trabajo. Para los diputados Benavidez Jiménez y Villalta Florez-Estrada, el agregado consultado viene a fungir más bien, como una suerte de garantía a favor de la actividad sindical, al determinar con precisión el contenido de los incisos en mención.

En la sección anterior, esta Sala hizo referencia a los roces de constitucionalidad que implican sobre el ejercicio del derecho a la huelga, la elección de determinados tipos penales. En ese sentido, se hizo mención a los artículos 128, 263 bis, 264, 339 y 340.

Sin embargo y a partir del ejercicio de comprobación probatoria que, realiza el juez laboral ante un juicio de disolución, esta Sala considera que existen escenarios razonables y proporcionales para aplicar tanto los incisos c) y d) del actual artículo 350, como el mismo agregado consultado, en relación con ciertas excepciones que, contienen los artículos 144, 229, 339 y 340 del Código Penal.

En el caso del artículo 144 del Código Penal (Omisión de Auxilio), éste sanciona a quien encuentre perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o amenazada de un peligro cualquiera y omita prestarle el auxilio necesario, según las circunstancias. Es claro que, la actividad sindical que fomente la omisión de auxilio en las circunstancias anteriormente descritas, implica una grosera transgresión a los fines de la actividad sindical a tal punto que, fomentar el escenario de la muerte de una persona, es un ataque en contra de los derechos fundamentales que no puede ser tolerado.

Igual circunstancia ocurre con el delito de daños agravados, en el caso donde la actividad sindical fomente los daños en contra de propiedades de otras personas, en las

cuales, de manera ulterior y conexas, termine desembocando en la muerte o bien lesión de la propiedad. El fomento de la violencia a determinado nivel –prácticamente atentando en contra del orden público-, a tal punto que termine incluso generando la muerte de terceras personas, implica un ataque en contra de los derechos fundamentales que no puede ser tolerado, y carece de toda conexidad con los fines que persiguen los sindicatos.

Similar criterio ocurre con los artículos 339 y 340 del Código Penal. Si el juicio de disolución logra comprobar que, la actividad sindical fomentó el abandono de sus funciones, en personas que por el tipo de puesto, la no prestación de servicios, puede generar la pérdida de vidas humanas, y afectaciones graves a la salud, entonces será válida la invocación del inciso d) del artículo 350 del Código de Trabajo, ya que, la consecución ilícita de los beneficios propios que, procura la actividad sindical, fomentados a través del incumplimiento de deberes o de una denegatoria de auxilio a determinado nivel, a tal punto que termine generando por ejemplo, la muerte de terceras personas, implica un ataque en contra de los derechos fundamentales que no puede ser tolerado, y carece de toda conexidad con los fines que persiguen los sindicatos.

L.- Constitucionalidad de la referencia al artículo 263 del Código Penal.

Finalmente, esta Sala considera que, las acciones tipificadas en el artículo 263 del Código Penal, cuentan con la razonabilidad y proporcionalidad para generar un juicio de disolución, de conformidad con los alcances del inciso d) del artículo 350 del Código de Trabajo.

Ahora bien, como se indicó supra el propósito de los sindicatos es, obtener, y conservar beneficios económicos, sociales y profesionales de los trabajadores. Anteriormente también, indicamos como la actividad sindical tiene un impacto positivo sobre la sociedad y la democracia, a través de sus conquistas sociales. En ese sentido, carece de toda conexidad con los fines que persiguen los sindicatos, aquellos actos delictivos que han sido fomentados por la actividad sindical, que generan graves afectaciones en el orden público o en la economía del país. En ese sentido, impedir, estorbar o entorpecer *“el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua y aire a los servicios públicos de comunicación o de sustancias energéticas”*, puede aparejar graves afectaciones en la economía del país y en el orden público. Fomentar actos de violencia a tal punto que termine generando el desabastecimiento agravado de combustible, la inoperatividad de las comunicaciones o telecomunicaciones (o

cualquier otra tecnología dispuesta para la comunicación de las personas), la paralización agravada del sector productivo, o la prestación de servicios esenciales que dependen exclusivamente del abasto de sustancias energéticas, implica un ataque en contra de los derechos fundamentales de personas y de la colectividad, que no puede ser tolerado, y carece de toda conexidad con los fines que persiguen los sindicatos. No existe duda que, la destrucción de los diversos sectores que componen la economía nacional, conllevará un escenario en el cual, la conquista obtenida por la actividad sindical carezca de razón alguna de ser, ya que inexorablemente, los gremios forman parte de dicha economía.

M.- Sobre el deber del Estado de garantizar la libertad de tránsito y la disolución de sindicatos.

Para esta Sala, es claro que, el Estado tiene la potestad –exclusiva- de hacer uso de la fuerza legítima para garantizar la libertad de tránsito de las personas, la cual debe ser ejercida de manera razonable y además, tomar en forma oportuna e inmediata las medidas preventivas necesarias para evitar poner en peligro la seguridad de la nación y proteger los derechos de los demás ciudadanos. Para ello, el Estado cuenta con los medios y las fuerzas de policía necesarias para remover cualquier obstáculo de la vía, desde el mismo momento en que se está produciendo el bloqueo, lo cual constituye su obligación para evitar que se violenten los derechos de las demás personas. Sin embargo, dentro del ejercicio de ponderación –propio de este tipo de casos- y mediante la aplicación del Test de Razonabilidad, el Estado no puede hacerse de mecanismos jurídicos que, de manera desproporcionada, terminen anulando del todo (vaciamiento del contenido esencial), alguno de los derechos fundamentales que se encuentran en disputa, dentro del contexto del ejercicio de una huelga, como lo es el derecho a sindicalizarse o manifestarse.

N.- Corolario.

En conclusión, el agregado consultado, violenta los principios de razonabilidad, proporcionalidad y de culpabilidad desde cuatro aristas; la primera, mediante el traslado de la responsabilidad penal personalísima a los derechos de un conglomerado; la segunda, por la violación al principio de razonabilidad, por la referencia que realiza al artículo 128 del Código Penal, ya que, no se encuentra conexidad entre los bienes jurídicos que pretenden tutelar los delitos y la sanción de disolución sindical. La tercera, por la violación al principio de proporcionalidad, ante la referencia que realiza a los delitos, 263 bis, 264, 339 y 340 – estos dos últimos, con las salvedades indicadas- del

Código Penal, ya que su uso, dejaría sin contenido el derecho a la huelga, en vista de que las acciones típicas de una huelga, inexorablemente generan como consecuencias, su encuadre dentro de los tipos penales en mención. La cuarta, el roce de constitucionalidad que implica su uso como causal directa de disolución, en relación con el derecho a un juicio justo, el cual quedaría sin contenido. En otro orden de ideas, existen escenarios donde la actividad sindical fomenta la ejecución de actos delictivos, descritos dentro de los artículos 144, 229, 339 y 340 del Código Penal, que no contienen roces de constitucionalidad, a la hora de aplicarlos dentro de un juicio de disolución de sindicato, entre otros, por la relevancia de los bienes jurídicos tutelados. Finalmente, en relación con los casos donde, la actividad sindical fomenta la ejecución de actos delictivos, descritos dentro del artículo 263 del Código Penal, no se encuentran roces de constitucionalidad, a la hora de aplicarlos dentro de un juicio de disolución de sindicato.

6.- La reforma agrega el párrafo final, del artículo 378, del Código de Trabajo. En lo que se refiere a este numeral, establece:

“Artículo 378- La huelga, cualquiera que sea su modalidad, sea que la convoque uno o más sindicatos o, en su caso, una coalición de personas trabajadoras, podrá ejecutarse intermitentemente, de manera gradual o de forma escalonada. En estos casos, los días y las horas de suspensión, así como la modalidad de la huelga, deben ser comunicados, por escrito, a la parte empleadora previamente a su inicio, directamente o por medio del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

En ningún caso se podrá reiterar una huelga por los mismos motivos de una anteriormente realizada”.

La disposición pretende establecer que [E]n ningún caso se podrá reiterar una huelga por los mismos motivos de una anteriormente realizada. Señalan los consultantes que implica que si ya hubo un movimiento de huelga por defender “*intereses económicos y sociales*” o ante un conflicto jurídico colectivo por incumplimiento de los contratos de trabajo (salarios mínimos), no podrían los trabajadores volver a realizar un nuevo movimiento de huelga por esos mismos motivos. Agregan que, si no hace referencia a los mismos hechos, implica que aún con hechos nuevos se trataría de un nuevo conflicto colectivo (persiste el incumplimiento salarial, los acuerdos alcanzados no se cumplen, se trata de incumplimientos reiterados, etc.), se prohíbe el derecho de huelga aunque el movimiento cumpla con los demás requisitos para ser declarado legal, únicamente

porque en el pasado se realizó otro movimiento por los mismos motivos. Finalmente, indican que no se contemplan plazos.

En el criterio de la Sala, se debe interpretar la disposición de conformidad con el Derecho de la Constitución, en cuyo sentido, debe entenderse que puede reiterarse una huelga por los mismos motivos a una anteriormente realizada, cuando hay cambio de circunstancias o se ha llegado a un acuerdo entre las partes, trabajadores y patronos, de modo que irrespetarlo infringiría los derechos fundamentales mencionados. Se estima que la norma interpretada de otro modo puede restringir el derecho a la huelga como mecanismo de presión de los trabajadores organizados para obtener mejoras socio-económicas en su relación laboral, especialmente porque como bien lo afirman los consultantes, puede ocurrir que existen incumplimientos, o acuerdos para deponer el movimiento que luego no son cumplidos por la parte Patronal, y que requiera retomar las medidas de presión, en cuyo caso, la prohibición constituye una limitación que cumple un fin prohibitivo, donde el medio, que es la norma impone una restricción más allá de lo que deben soportar los trabajadores, su derecho a la libertad sindical y de defensa de los intereses económicos y sociales. En este sentido, se podría beneficiar indebidamente a la parte Patronal, porque si bien la disposición prohíbe reiterar una huelga por los “*mismos motivos*”, esto debería ser entendido como la misma causa o razón, pero para que esto sea válido jurídicamente, es necesario interpretar que si se acudió de nuevo a la huelga fue por idénticas causas o razones concretas sustentadas en los mismos hechos. Los motivos deben estar obligatoriamente vinculados a hechos concretos que le sirven de base, como por ejemplo el reconocimiento del costo de la vida, que normalmente está calculado anualmente, así la disposición no se puede interpretar que prohíbe volver otro año a la negociación colectiva, y ante su fracaso, a la huelga, por el mismo motivo, si han variado las situaciones económicas del país y de los trabajadores. Únicamente si la premisa estuviera relacionada con los mismos hechos, aplicaría la regla establecida de los “*mismos motivos*” que le conectan con esa causa o razón, así resulta importante determinar si se trata de los mismos hechos que produjeron el conflicto social y económico anteriormente o no. De este modo, la restricción impuesta no debe aplicarse si existen cambios de circunstancias en la relación de trabajo, no puede entenderse que se trata de los mismos motivos si hay hechos nuevos. Por ejemplo, la limitación a acudir a la huelga por entender que son los “*mismos motivos*” un cambio en el aumento de vida debidamente acreditado y negociado por las partes pese a que hubo un acuerdo anterior para un periodo pasado, es ilógico e inconsecuente con la negociación colectiva si se pudo haber pactado un porcentaje que resulta muy inferior al rubro de años anteriores. En el criterio de la Sala, no podría limitar una nueva negociación o huelga en caso de no lograrse un acuerdo,

de lo contrario, se podría caer en una forma de interpretación contraria a la acción sindical y libertad sindical. Tampoco, podría eludir las consecuencias con sus trabajadores, si logra artificiosa y maliciosamente la deposición de la huelga, o concede ligeramente beneficios, y posteriormente incumple.

7.- La reforma al artículo 379, del Código de Trabajo, sobre la suspensión del pago de los salarios. Los consultantes señalan que la norma contempla dos cambios, que son: primero porque, aunque los trabajadores ejerzan su derecho de huelga de manera legal y de buena fe, ya no tendrían derecho al reconocimiento de su salario; y, segundo, el presupuesto del artículo 386, del Código de Trabajo, de incumplimiento generalizado de los contratos individuales de trabajo estaría siendo sustituido por el concepto mucho más restrictivo de “*incumplimiento grave*” imputable al patrono.

El artículo 379, del Código de Trabajo, consultado establece lo siguiente:

“Artículo 379- La terminación de los contratos de trabajo o cualquier otra sanción disciplinaria que correspondiere, solo será procedente a partir de la declaratoria de ilegalidad de la huelga.

En los casos de servicios esenciales, las sanciones disciplinarias que correspondan podrán ejecutarse desde el momento en que adquiera firmeza la orden judicial prevista en el artículo 375 bis de este Código.

La huelga suspende los contratos de trabajo respecto de los trabajadores que se encuentren participando del movimiento; en consecuencia, dichos trabajadores no estarán obligados a prestar sus servicios ni el empleador al pago de las remuneraciones.

Si en sentencia final se declara que los motivos de la huelga son imputables al patrono por incumplimientos graves del contrato de trabajo, el patrono deberá pagar los salarios correspondientes a los días que hubiese durado la huelga.

En ningún caso será condenado el patrono al pago de los salarios de los trabajadores que hubieran declarado una huelga en servicios esenciales.

La amortización de los salarios sujetos a reembolso se efectuará en los plazos establecidos en el segundo párrafo del artículo 173 de este

código. En caso de que el jerarca determine que resulta más conveniente para satisfacer el fin público, se podrá acordar la reposición parcial o total del tiempo no laborado, para cuyo efecto dicho jerarca emitirá una resolución razonada que especificará la forma en que se llevarán a cabo las labores, sus responsables y los mecanismos de supervisión de dicha reposición. De esta resolución remitirá copia a la Contraloría General de la República y a la Defensoría de los Habitantes”.

Sobre el primer punto, la actual integración de la Sala se decanta por establecer un cambio de criterio en su jurisprudencia, al igual que ha tenido que hacer en otros casos, cuando se considera que ocurren algunos supuestos como una falta de fundamentación adecuada de la sentencia anterior. En la Sentencia N° 2011-10832 de las 14:30 horas del 12 de agosto de 2011, en cuanto interpreta el artículo 377, del Código de Trabajo, se concluyó que:

“Ahora bien, con esta sentencia desaparece por inconstitucional la obligación legal de los trabajadores de constituir un sesenta por ciento de las personas de una empresa, lugar o negocio, establecida como uno de los requisitos para considerar una huelga legal; sin embargo, surge la cuestión de solventar la disyuntiva que deja esta sentencia estimatoria, en el sentido de cómo determinar si un movimiento huelguístico es legal o no, así como los efectos que se irradian hacia los patronos y los trabajadores. Es por ello que, para la mayoría de este Tribunal, debe efectuarse una interpretación conforme a la Constitución del artículo 377 del Código de Trabajo, el cual no resulta contrario a la Constitución Política, en el tanto se entienda que la terminación de los contratos de trabajo o, en su defecto, el rebajo salarial o cualquier tipo de sanción solo sería procedente a partir de la declaratoria de ilegalidad de la huelga. En consecuencia, los trabajadores que hubieran participado en el movimiento huelguístico antes de esa declaratoria no podrían ser despedidos, ni sus salarios rebajados, ni tampoco sancionados de forma alguna por la mera participación en la huelga, ya que, de lo contrario, se estaría produciendo una lesión a sus derechos fundamentales, en los términos contemplados y desarrollados en los anteriores considerandos de este pronunciamiento. La Sala reafirma lo expresado en el anterior considerando IV, en cuanto a los alcances de esta sentencia lo es para los conflictos colectivos del sector privado, y únicamente, con todos sus efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en el asunto base”.

Si bien en la misma sentencia se considera que el rebajo de los salarios debe darse a partir de la definición de la ilegalidad de la huelga, y justifica la conclusión en que le considera una limitación desproporcionada e irrazonable al ejercicio de un derecho fundamental, que afecta su contenido esencial, la posición de la Sala puede considerarse defectuosa *ab origine* para llegar a tal conclusión. En este sentido, debe indicarse que el artículo 377, del Código de Trabajo, señala los efectos jurídicos de la declaratoria de ilegalidad de la huelga, pero una revisión exhaustiva de los argumentos para llegar a la conclusión aludida de mantener el pago de los salarios no es clara ni se aborda adecuadamente, incluso es omisa, pues carece de la justificación y fundamentación que se requiere. La sentencia se concentra en analizar los requisitos para la declaratoria de la legalidad de la huelga, además de la objeción de constitucionalidad de que los mecanismos establecidos impedían el derecho a la huelga, lo cual fue desestimado. Así se ocupó, más que todo, de lo establecido en la obligación de agotar los procedimientos de conciliación y de cumplir el requisito que otrora se establecía del sesenta por ciento de las personas que trabajan en la empresa, lugar o negocio que se trate.

Ahora bien, la Sala debe abordar de nuevo el tema, confrontada con la escaza referencia a la razonabilidad de la medida, y a los beneficios y virtudes de dicha solución. En la actualidad, la conformación de la Sala ha variado en cuatro de sus siete miembros titulares, lo cual, por esta razón hace necesario reexaminar las condiciones descritas arriba, con el fin de cambiar el criterio, lo cual le es posible a esta Sala. Al igual que se hizo ya en otra oportunidad, al revisar la cláusula penal establecida en el artículo 10, de la Convención Colectiva del Banco Crédito Agrícola de Cartago (BANCREDITO), se analizó de nuevo la disposición que duplicaba el monto del auxilio de cesantía como indemnización, por despido declarado judicialmente ilegal. Así, por Sentencia N° 2018-08882 de las 16:30 minutos del 5 de junio de 2018, la Sala al cambiar de criterio, señaló que:

“No obstante, el Tribunal estima necesario revisar el antecedente recién transcrito y abordar específicamente el reclamo por desproporción de la cláusula penal allí establecida, al ser un tema que no recibió una consideración amplia por parte del Tribunal y tomando en cuenta, además, la decisión que ha tomado en este mismo caso, y que ha dispuesto reducir el tope máximo para el pago de cesantía, que la Sala había fijado anteriormente en un salario mensual por cada año laborado hasta un máximo de 20 años,,(sic) para dejarlo a partir de ahora en un máximo de

12 años, de conformidad con las consideraciones que al respecto se hacen infra en este mismo pronunciamiento”.

En consecuencia, el tema debe retomarse, dado que existe consenso a nivel internacional de que el pago de los salarios durante la huelga debe solucionarse de otra manera. Esto a la luz de la reforma que se discute en la Asamblea Legislativa, pues propone una solución diferente en el abordaje del problema de los salarios en tiempo de huelga. Además de lo señalado anteriormente, este elemento es importante, toda vez que propone un esquema de solución distinto. Una revisión de los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical señala que toma una posición intermedia, que deja a las partes su solución; y, los ordenamientos jurídicos de diferentes países en el mundo, marca un consenso bastante generalizado de que no procede el pago del salario de los trabajadores en huelga, toda vez que el contrato de trabajo o la relación laboral está suspendido. Es decir, los elementos primarios de la prestación del servicio no estarían presentes, de modo que para que existiera contraprestación salarial debería haber prestación del trabajo, que es precisamente lo que se suspende en la huelga. En el examen de lo anterior, el Comité de Libertad Sindical (Digesto 2006 párrafo 656), señaló:

“948. La imposición al empleador del pago de salarios correspondiente a los días de huelga cuando se declara que ésta es “imputable” al empleador, además de poder alterar el equilibrio de las relaciones laborales y ser demasiado gravoso para el empleador, plantea problemas de conformidad con los principios de la libertad sindical en la medida en que dicho pago no debería ser prohibido ni tampoco obligatorio y por ello debería ser un tema a resolver por las partes”.

Con respecto a las distintas jurisdicciones, se puede determinar que siguen criterios persuasivos, como el de la Corte Europea de Derechos Humanos, que aunque no tiene relación con la calificación de la huelga o no, sí niega el pago retroactivo de mejoras económicas conseguidas en la negociación colectiva (Schmidt and Dahlström vrs. Suecia), o en la legislación de otros países como en Francia, en que la ley no obliga, pero queda a criterio del empleador si paga o no los salarios caídos; en Alemania, la Corte Federal Laboral ha establecido que la ausencia de las obligaciones recíprocas primarias de la obligación quedan suspendidas durante la huelga; en Holanda, de acuerdo con el artículos 7:627, del Código Civil, los patronos no están obligados al pago de salarios durante el ejercicio del derecho a huelga; sin embargo, los sindicatos, usualmente, pagan el 70% del salario con el fin de compensar a los huelguistas; en la

República Checa, la legislación sobre negociaciones colectivas tampoco obliga al pago de los salarios al trabajador que participe en una huelga; Letonia y República Eslovaca, tampoco prevén el pago salarial, México así lo prevé tanto a nivel federal como estatal, entre otros países.

Ciertamente, la regla contenida en el 379, del Código de Trabajo, que se pretende aprobar, establece que la huelga suspende los contratos de trabajo de quienes estuvieren en el movimiento social, habilita al trabajador a no prestar el servicio y al patrono a no pagar los salarios, lo cual, según la legislación actual, solo sería procedente cuando se declara la legalidad de la huelga. Alegan que esto no era parte u objetivo del proyecto, que era frenar huelgas ilegales y ahora es frenar el derecho general a las huelgas. Estiman que se trata de una forma velada, con una maniobra coercitiva tácita, para desalentar el movimiento de protesta de los trabajadores.

La Sala estima que no existe una lesión a la acción sindical o al derecho de huelga de los derechos de los trabajadores, toda vez que, precisamente, no se analizó en la aludida Sentencia N° 2011-10832 de las 14:30 horas del 12 de agosto de 2011, el efecto de la suspensión de los contratos de trabajo, de la naturaleza de un contrato sinalagmático entre el empleador y trabajador, tal y como se ha concluido en muchas otras jurisdicciones del mundo, sin menoscabar por supuesto que en el caso de una negociación colectiva se pueda llegar a otra solución (especialmente para el sector privado). Además, debe tomarse en cuenta, que los sindicatos pueden crear fondos especiales para mantener los movimientos sindicales y de los trabajadores, dándoles los respectivos subsidios. Aunque se justifique que los trabajadores tendrán mayores dificultades para acudir a la huelga, ello es un asunto de hecho que escapa a la tutela de la jurisdicción constitucional, y los sindicatos deberán considerar y mantener la conveniencia de adoptar los mecanismos que permitan transitoriamente a los trabajadores el movimiento colectivo. Debe también decirse, que la reforma al artículo 379, del Código de Trabajo, que actualmente incluye el tema del rebajo salarial, en el capítulo de paros legales e ilegales, ya se encontraba propuesta como materia de discusión desde el inicio del proyecto de ley, de modo que no se puede interpretar que no estaría al alcance de los legisladores mediante el derecho de enmienda. En consecuencia, el no pago de los salarios estipulado en el proyecto de ley, no quebranta la Constitución Política.

7.1 Razones adicionales en relación con el punto 7.- “La reforma al artículo 379, del Código de Trabajo, sobre la suspensión del pago de los salarios” del considerando IV.- “Consulta sobre el fondo”.

A los efectos de esta consulta aclaro que, si bien suscribí la sentencia n.º 2011-010832 de las 14:30 horas de 12 de agosto de 2011 en cuanto a la interpretación conforme del artículo 377 del Código de Trabajo, en esa resolución se concibió que el despido, o bien, el eventual rebajo de salarios en el sector privado tenía carácter sancionatorio, por ello, era fundamental establecer primero la legalidad o ilegalidad de la huelga a efectos de aplicarlos. Justamente, el ordinal 371 del Código de Trabajo definía la huelga legal como: *“el abandono temporal del trabajo en una empresa, establecimiento o negocio, acordado y ejecutado pacíficamente por un grupo de tres o más trabajadores, con el exclusivo propósito de mejorar o defender sus intereses económicos y sociales comunes”*. Asimismo, el numeral 377 supra citado únicamente regulaba que: *“La huelga ilegal termina, sin responsabilidad para el patrono, con los contratos de trabajo celebrados por los huelguistas; quedan a salvo las sanciones de orden represivo que en contra de éstos lleguen a declarar los Tribunales Comunes. Sin embargo, en los nuevos contratos que celebre el patrono, no podrán estipularse condiciones inferiores a las que, en cada caso, regían antes de declararse la huelga ilegal”*. Otro elemento importante que consideré en esa ocasión fue que la normativa no procuraba una rápida resolución de los conflictos laborales relacionados con la calificación de la huelga.

En la actualidad, la definición de huelga cambió con la aprobación de la ley n.º 9343 de 25 de enero de 2016 *“Reforma Procesal Laboral”*, la cual, sin perjuicio de los elementos adicionales que se incorporan con el proyecto, se vino a definir en los siguientes términos: *“Artículo 371- La huelga legal es un derecho que consiste en la suspensión concertada y pacífica del trabajo, en una empresa, institución, establecimiento o centro de trabajo, acordada y ejecutada por una pluralidad de tres personas trabajadoras, como mínimo, que represente más de la mitad de los votos emitidos conforme al artículo 381, por los empleados o las empleadas involucrados en un conflicto colectivo de trabajo, para lo siguiente: a) La defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales. b) La defensa de sus derechos en los conflictos jurídicos colectivos señalados en el artículo 386. (...)”*. En adición, las reformas relativas a la terminación o aplicación de sanciones se encuentran reguladas con mayor detalle en el proyecto sometido a consulta: *“Artículo 379- La terminación de los contratos de trabajo o cualquier otra sanción disciplinaria que correspondiere, solo será procedente a partir de la declaratoria de ilegalidad de la huelga. En los casos de servicios esenciales, las sanciones disciplinarias que correspondan podrán ejecutarse desde el momento en que adquiera firmeza la orden judicial prevista en el artículo 375 bis de este Código. La huelga suspende los contratos de trabajo respecto de los trabajadores que se encuentren participando del movimiento; en consecuencia, dichos trabajadores no estarán obligados*

a prestar sus servicios ni el empleador al pago de las remuneraciones. Si en sentencia final se declara que los motivos de la huelga son imputables al patrono por incumplimientos graves del contrato de trabajo, el patrono deberá pagar los salarios correspondientes a los días que hubiese durado la huelga. En ningún caso será condenado el patrono al pago de los salarios de los trabajadores que hubieran declarado una huelga en servicios esenciales. (...)”.

Dado esta nueva regulación, de acuerdo con los numerales del proyecto supra citados, estimo razonable la falta de pago de salarios como consecuencia natural de la suspensión del contrato de trabajo, no como sanción, mientras la huelga no sea calificada de forma definitiva, en cuyo caso todo dependerá de si todavía se mantiene y de si fue declarada legal o ilegal. Lo anterior viene a tener sentido práctico en la medida que la calificación jurisdiccional de la huelga se dé en forma célere.

De ahí que, bajo este nuevo contexto, me sume al criterio de mayoría en este punto.

8.- Sobre el artículo 379 consultado en cuanto reconoce el pago de salarios por la huelga declarada legal, únicamente “por incumplimientos graves”. En cuanto al segundo punto consultado sobre este artículo 379, que el incumplimiento generalizado de los contratos individuales de trabajo estaría siendo sustituido por el concepto mucho más restrictivo de “*incumplimiento grave*” imputable al patrono, es claro que la técnica que utiliza el legislador de circunscribir el pago de los salarios dejados de percibir, con motivo de una huelga declarada legal por causas imputables al patrono, por incumplimientos graves del contrato de trabajo, no podría ir en perjuicio de lo establecido en el artículo 386, del Código de Trabajo. En este sentido, debe de aplicarse el principio protector del Derecho Laboral, con el cual se revierten los principios hermenéuticos comunes de interpretación de las normas en conflicto, para que en este caso, la parte perjudicada pueda pedir la aplicación de la norma más favorable. De este modo, interpreta la Sala los artículos 379 (por reformarse) y 386, del Código de Trabajo, de conformidad con el Derecho de la Constitución, que no podría resultar restrictivo sobre el derecho a la acción sindical, concretamente a la huelga, así como la libertad sindical, y recuperar los salarios de declararse la huelga legal. Es claro, que ello sería procedente por los siguientes motivos imputables al empleador o la empleadora: sea por incumplimiento grave del contrato colectivo de trabajo o el incumplimiento generalizado de los contratos de trabajo, del arreglo conciliatorio, de la convención colectiva o del laudo arbitral, por negativa a negociar una convención colectiva, a reconocer a la organización sindical, la reinstalación de los representantes

de las personas trabajadoras cuando haya sentencia firme que así lo ordene, maltrato o violencia contra los trabajadores o las trabajadoras. En estos casos, dicha norma regula la vía (ejecución de sentencia) en la que se podrá hacer efectivo el reclamo de los salarios dejados de percibir. De este modo, en el criterio de la Sala, la frase “*incumplimientos graves*” establecida en el párrafo cuatro, del artículo 379, que se consulta, no quebrantaría la libertad de sindicación, la acción sindical y el derecho a la huelga, contenido en los artículos 60 y 61, de la Constitución Política.

8.1 Razones distintas del Magistrado Rueda Leal en relación con el punto 8.- “La reforma al artículo 379, del Código de Trabajo, sobre la suspensión del pago de los salarios” del considerando IV.- “Consulta sobre el fondo”.

Al respecto, la propuesta de reforma al artículo 379 del Código de Trabajo, en tanto establece: “*Si en sentencia final se declara que los motivos de la huelga son imputables al patrono por incumplimientos graves del contrato de trabajo, el patrono deberá pagar los salarios correspondientes a los días que hubiese durado la huelga*”, ya se encuentra contemplada en el numeral 386 del Código de Trabajo actual, el cual no sufriría ninguna modificación ni derogación en caso de aprobarse el proyecto de ley consultado. En ese sentido, como ambas normas estarían vigentes, estimo innecesaria la aclaración que se hace en la sentencia.

9.- Artículo 375 bis, del Código de Trabajo, en cuanto establece a la huelga en los servicios esenciales como manifiestamente ilegal. Redacta el magistrado Castillo Víquez.

La disposición establece que:

“Artículo 375 bis- La huelga en servicios esenciales es manifiestamente ilegal, por lo que no requiere del trámite de calificación previsto en este Código. En este caso, dentro de las 24 horas siguientes a la suspensión de labores, la parte patronal estará obligada a solicitar al Juzgado de Trabajo la emisión de una orden dirigida a los trabajadores para que se reincorporen inmediatamente a sus labores. Con la solicitud se aportará la prueba correspondiente para acreditar la condición de servicio esencial.

La Procuraduría General de la República también estará legitimada para promover directamente la gestión indicada.

Dentro de las 24 horas siguientes a la recepción de la solicitud indicada en el primer párrafo de este artículo, la autoridad judicial dará audiencia por 24 horas a las contrapartes, que serán notificadas de conformidad con el artículo 349 en el caso de los sindicatos, o de acuerdo al artículo 377 en el caso de las coaliciones temporales de trabajadores.

Transcurrido el plazo del párrafo anterior, la autoridad judicial contará con 24 horas para resolver la solicitud planteada. Si la solicitud fuera denegada por el Juzgado por considerar que no se trata de un servicio esencial, en la misma resolución, el Juez ordenará la tramitación del caso bajo el procedimiento de calificación de la huelga. Si la solicitud fuera admitida el juez ordenará a los trabajadores que se reincorporen de forma inmediata a sus labores.

Tanto la orden judicial como la denegatoria de la solicitud podrán ser objeto de apelación. La misma deberá formularse en el plazo máximo de dos días naturales y será admitida únicamente en el efecto devolutivo.

En cualquiera de los casos, la apelación deberá presentarse ante el mismo Juzgado de Trabajo, el cual lo remitirá al superior correspondiente. Esta última autoridad convocará a las partes a una audiencia oral dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, a efecto de que las mismas expresen los agravios correspondientes, y emitirán la resolución definitiva, en forma oral, al finalizar la diligencia.

Bajo ninguna circunstancia podrán ampliarse los plazos establecidos en la presente norma”.

Para la mayoría de la Sala, esta disposición es congruente con lo resuelto en el punto 4 de vicios de fondo de esta opinión, sobre el artículo 376, del Código de Trabajo que se pretende reformar. En este sentido, debe desestimarse la duda, al estar prohibida en forma absoluta la huelga en los servicios esenciales, y por ello, es una consecuencia natural el prescindir de la calificación del trámite de la huelga. Debe tomarse en cuenta, que la exclusión a este procedimiento responde a la naturaleza de las actividades consideradas como esenciales, y porque están ligadas a la vida, a la salud, y a la seguridad pública. Otro aspecto consultado, tiene relación con la lesión al artículo 60 Constitucional, al no establecerse la posibilidad para que pudiera garantizarse un acuerdo previo sobre la base de criterios técnicos entre las partes en conflicto, para establecer los servicios de importancia trascendental (como ocurre con el 376 quater),

con el llamado esquema de prestación de servicios mínimos. La prohibición de la huelga debería estar para funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado (cuerpos de seguridad o de policía), o con servicios esenciales en sentido estricto, quienes podrían poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población. Eximen algunos otros que no ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado. Sobre este aspecto, estima esta Sala que, si bien el legislador estableció la posibilidad de definir un acuerdo previo entre las partes en conflicto en la reforma al artículo 376 ter, del Código de Trabajo, para que los trabajadores pudieran convenir ir a la huelga en aquellos servicios institucionales de importancia trascendental, esa es una solución que es competencia del legislador. Decidir si debería aplicar o no la misma fórmula jurídica es un asunto que atañe a la libre conformación o configuración del legislador, así como de oportunidad y conveniencia, que le permite decidir cuál es el mejor tratamiento jurídico de los servicios esenciales que podrían no estar afectos a la limitación al derecho a la huelga.

9.1 El magistrado Salazar Alvarado y la magistrada Picado Brenes concurren en el tanto norma es de procedimiento. El magistrado Salazar Alvarado, y la magistrada Picado Brenes, con redacción del primero, deseamos dejar constancia que nuestro voto coincide con el de la mayoría, en el tanto que lo regulado en este numeral, es el tratamiento preciso de un aspecto puntual del proyecto de ley que reforma el numeral 376, del Código de Trabajo. Si bien, sobre este último numeral salvamos parcialmente el voto, al establecer la prohibición absoluta de la huelga en ciertos casos de servicios esenciales, lo que aquí se pretende modificar sólo se ocupa del procedimiento que debe seguirse en aquellas huelgas que estarían absolutamente prohibidas como servicios esenciales. En este sentido, entendemos que se refiere a la huelga que afecta al núcleo duro de los derechos que protegen los *servicios esenciales*; es decir, en aquellos servicios susceptibles de producir una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población. Será sobre estos que cabe un procedimiento sumario para aquellos servicios en el que estaría prohibido el derecho a la huelga. En consecuencia, no es inconstitucional que sean objeto del procedimiento señalado por el legislador en esta norma.

10) Constitucionalidad de la prohibición absoluta de la huelga en los servicios judiciales y auxiliares, dispuesta en el artículo 376 consultado. Redacta el Magistrado Rueda Leal.

Atinente a este extremo, primero se debe aclarar que en el punto 4 de la consulta n.º 19-016322-0007-CO, referida a una cuestión de fondo, los consultantes alegan, por

un lado, un vicio de procedimiento por la falta de consulta a la Corte Suprema de Justicia en los términos del artículo 167 de la Constitución Política y vulneración del principio constitucional de participación ciudadana, y, por otro, inconstitucionalidades por el fondo por violación al artículo 61 de la Constitución Política. Al respecto, los vicios de procedimiento ya han sido resueltos en considerandos anteriores, por lo que ahora se procede a resolver solo lo relativo a las argüidas inconstitucionalidades por el fondo.

En cuanto al numeral 61 constitucional, los consultantes plantean una restricción excesiva, abusiva y desproporcionada al derecho a la huelga.

Subrayan que los servicios judiciales en derecho de familia, concebidos en su totalidad, aunque son muy importantes no califican como servicios esenciales a los efectos de prohibir de forma generalizada el ejercicio del derecho de huelga. No objetan la inclusión de materias como pensiones alimentarias o violencia intrafamiliar donde se discuten asuntos que pueden afectar la vida y la seguridad o el derecho a la alimentación; no obstante, la inclusión generalizada de todos los procesos de familia implica una restricción desproporcionada al derecho de huelga de las personas servidoras judiciales, pues un proceso de divorcio o un proceso para discutir cuestiones patrimoniales no pueden incluirse en la misma categoría.

Asimismo, la inclusión del concepto "derechos fundamentales" como servicios judiciales donde se prohíbe el ejercicio del derecho de huelga, implica una restricción arbitraria y desproporcionada, porque en todos los procesos judiciales se discute la tutela de algún derecho fundamental. No se objetan los procesos donde se discute la tutela de los derechos a la vida, la salud y la de las personas, como un proceso de habeas corpus o uno penal donde se ha cometido un delito contra la vida o donde está en peligro la seguridad. Empero, la prohibición de la huelga en todos los procesos donde se busque la tutela de algún derecho fundamental implicaría que los procesos puramente patrimoniales, como un juicio cobratorio civil o uno comercial, también quedarían calificados como esenciales pues en ellos también se encuentran involucrados derechos fundamentales (derecho de propiedad, libertad de comercio).

Agregan que la inclusión de los juicios contravencionales de igual manera resulta desproporcionada pues ahí se discuten infracciones de menor gravedad, donde no se tutela la vida, la salud y la seguridad de las personas. La pretensión de prohibir el derecho de huelga hasta en estos procesos, equivale a una prohibición total del derecho de huelga en todos los procesos judiciales, calificando los derechos laborales colectivos

como el bien jurídico más prescindible y de menor jerarquía respecto a cualquier otro bien jurídico tutelado.

Los mismos argumentos aplican para la pretensión de prohibir el derecho de la huelga en todos los procesos laborales, máxime que a través de un programa de servicios mínimos se puede garantizar que juzgados de trabajo funcionen para resolver procesos de calificación de huelga.

A los efectos de resolver este cuestionamiento de constitucionalidad, por su evidente conexidad, se debe remitir a lo ya explicado en el considerando relativo a la constitucionalidad de la prohibición absoluta de la huelga en los servicios públicos esenciales, dispuesta en el artículo 376 consultado.

En ese considerando se concluye que las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical (CLS) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) no son de acatamiento obligatorio, sino que son pautas de orientación, lo cual concuerda con el hecho de que no existe alguna norma jurídica convencional que de modo expreso les confiera carácter vinculante a tales recomendaciones, tesis avalada incluso por la Corte IDH en *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Lo anterior no significa que esta Sala desconozca el valor jurídico y doctrinario de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, cuya autoridad técnica e histórica les da un valor superior al de una recomendación de naturaleza puramente axiológica o teórica. Empero, tal reconocimiento no significa que la jurisdicción constitucional carezca de un margen de apreciación a la hora de aplicar control de constitucionalidad, toda vez que las referidas recomendaciones, como ya se indicó, no revisten cualidad vinculante, el *hard law* -la regulación constitucional vigente – prima sobre el *soft law*, y de manera equilibrada se deben resguardar los diferentes bienes constitucionales en juego.

Por consiguiente, la calificación de un servicio público como esencial no solo depende de que se comprometan bienes jurídicos como la vida, salud y seguridad de la persona, sino que también se justifica en la medida que se esté ante un servicio público absolutamente indispensable y susceptible de comprometer la economía pública, bien jurídico relevante conforme la sentencia de la Sala n.º 1998-01317 de las 10:12 horas de 27 de febrero de 1998.

Aclarado lo anterior, la especial relevancia del servicio de administración de justicia no solo en la vida, salud y seguridad de la persona, sino también en la economía pública justifica la calificación de aquel como servicio esencial.

Primeramente, existe el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, cobijado en los artículos 41 de la Constitución Política, 8 inciso 1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

De esta forma, el numeral 41 constitucional dispone que *“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con la ley.”* Por su parte, el ordinal 8 inciso 1) convencional regula que *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”* Asimismo, el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos humanos estipula: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”*

En segundo lugar, la propia Constitución Política reconoce en su numeral 61 *“el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia.”*

Como ya se explicó, la referencia a *“servicio público”* del ordinal 61 constitucional no partió de un concepto dogmático preciso y cerrado, sino que, en realidad, el Constituyente del 49 optó por mantener la noción del Congreso Constitucional de 1943 contenida en el artículo 56 de la Carta de 1871. Si se toma en consideración el momento histórico de la aprobación de esta norma en julio de 1943, se nota con facilidad su vínculo político irrefutable con la noción de servicio público del Código de Trabajo pocos meses después, en agosto de ese mismo año. En lo concerniente a la huelga, esta última normativa liga el concepto de servicio público con la especial relevancia de la actividad para la colectividad; es decir, con un elemento objetivo. Por ello, desde el punto de vista de nuestra Ley Fundamental resulta plausible extender la noción de servicio público esencial a la vida, salud y seguridad de la persona, así como a la economía pública, siempre que se trate de un servicio público absolutamente indispensable y susceptible de comprometer tal bien jurídico.

En el caso del servicio de administración de justicia, la Sala no advierte argumento alguno que desvirtúe la relevancia de este no solo en la salud, vida y seguridad de las personas, sino también en la economía pública, lo que naturalmente comprende incluso los procesos puramente patrimoniales. Nótese que el derecho de acceso a la tutela jurisdiccional es de tal grado de relevancia que goza de reconocimiento expreso en dos fundamentales instrumentos convencionales, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Además, en el *sub lite* no se trata de categorizar el derecho constitucional a la huelga como uno de menor rango, sino de reconocer que, por voluntad del Constituyente del 49, la propia Ley Fundamental, si bien admite el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, no menos cierto es que exceptúa de tal regla a los servicios públicos, dejando su determinación en manos del legislador. Así, dado que la tutela jurisdiccional es sin duda un servicio público con gran incidencia en la vida, salud y seguridad de las personas, así como en la economía pública, deviene constitucionalmente plausible su calificación como servicio esencial, sin que se aprecie del razonamiento de los consultantes alguna argumentación técnica, precisa y sólidamente sustentada, ni mucho menos algún test jurídico de razonabilidad, como para que este Tribunal considere tal servicio público como carente de una relevante incidencia e impacto social, de modo que su suspensión no venga a causar un daño significativo, grave e inmediato en la salud, la vida, la seguridad o la economía pública, menos aún si se toma en consideración el manifiesto y grave problema de mora judicial que afecta a los habitantes de la República en muchas competencias jurisdiccionales. Como se indicó con anterioridad, en la especie, el juez constitucional debe aplicar autocontención, dado el amplio margen de apreciación que el Legislador tiene en este campo, de modo que solo si con absoluta solidez se demostrare la intrascendencia de un servicio público para con los mencionados bienes constitucionales, eventualmente se podría sustentar alguna lesión al principio constitucional de razonabilidad y proporcionalidad, lo cual en la especie no ocurre.

En virtud de lo expuesto, la Sala estima constitucional la prohibición absoluta de la huelga en los servicios judiciales y auxiliares, dispuesta en el artículo 376 consultado.

10.1 Razones de los magistrados Salazar Alvarado y Picado Brenes. En este extremo consideramos necesario establecer que esta disposición resulta constitucional en la medida en que los servicios judiciales y auxiliares de la administración de justicia, incidan en la vida, la seguridad, o la salud de toda o parte de la población, de modo que

puede establecerse la prohibición del derecho a la huelga. Esto, al igual que lo sostuvimos en el análisis general del artículo 376, del Código de Trabajo, toda vez que es posible para el legislador establecer una prohibición absoluta para aquellos servicios públicos esenciales donde pueda existir una lesión a estos límites (vida, seguridad y salud). Para ello, remitimos a las razones expresadas en el voto salvado en el punto 4 (sobre el fondo) de esta sentencia. Sin embargo, donde no existan ese tipo de condiciones, consideramos que debería establecerse restricciones al derecho a la huelga, en cuyo caso debe exigirse una prestación mínima de servicios, como el establecido para los servicios trascendentales, que estaría regulado en el 376 ter del proyecto consultado. En este sentido, siempre debe garantizarse una expresión mínima del derecho a la huelga, para casos donde la falta de prestación del servicio no ponga en peligro la vida, seguridad y salud de parte o de toda la población.

V.- Sobre la consulta acumulada N° 19-016630-0007-CO.-

1. En cuanto a la reforma al artículo 379, del Código de Trabajo. En la consulta se pretende determinar si la reforma propuesta al artículo 379 (previamente transcrito), del Código de Trabajo, podría contravenir el principio de progresividad de los derechos laborales, porque la reforma legal dejaría la legislación peor a como existía con el Código de Trabajo de 1943. Aducen que el tratamiento salarial del proyecto quebrantaría el derecho a la huelga, porque establece la posibilidad del rebajo de los salarios desde el primer día de huelga y solamente si la huelga fuera declarada legal, y además se demostrara que el motivo de la huelga fuera imputable al patrono por un “*incumplimiento grave*” se pagarían esos salarios. Señalan que actualmente el artículo 379 establece que para proceder al rebajo de salarios se requiere una declaratoria de ilegalidad de la huelga, y que, en concordancia con la jurisprudencia de la Sala Constitucional, no puede rebajarse el salario si la huelga es declarada legal. En este sentido, consultan a la Sala si la reforma que se introduciría al artículo 379, del Código de Trabajo, es regresivo o no, de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Costa Rica el 11 de diciembre de 1968, específicamente en su artículo 8, inciso d), la Constitución Política, las disposiciones del Código de Trabajo de 1943 y sus reformas con la Ley N° 9343 del 25 de enero de 2016, “*Reforma Procesal Laboral*”, y también, con los principios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la doctrina de sus órganos de control. Indican que se deben comparar las modificaciones realizadas a dicho artículo con la legislación vigente, a fin de determinar si ellas representan cambios que impliquen una regresión en los derechos laborales. Aseguran que se elimina, del texto del artículo 379, del Código de Trabajo, el concepto de “*rebajo salarial*”, que según lo antes descrito, se ha prestado

para interpretaciones incorrectas que han tenido graves consecuencias para los empleadores, trabajadores y la sociedad en general, y que de no modificarse, se pueden seguir ocasionando.

Sobre el punto de la modificación del tratamiento salarial a partir del movimiento de huelga, debe traerse a colación lo indicado supra en la consulta legislativa N°19-16322-0007-CO, en el punto 7. Los efectos continuos del salario aún durante la huelga, se originó por la Sentencia N° 2011-10832 de las 14:30 horas del 12 de agosto de 2011, la que requiere de una nueva interpretación (Sentencia N° 2018-08882 de las 16:30 minutos del 5 de junio de 2018), lo cual da pie a la posibilidad de reexaminar el punto. Si bien, aunque por medio de la Reforma Procesal Laboral, Ley N° 9343 del 25 de enero de 2016, se intentaron aclarar los efectos de la declaratoria de ilegalidad de la huelga, como la terminación de los contratos de trabajo, o en su defecto, el rebajo salarial o cualquier otro tipo de sanción, la disposición legal es un reflejo de la decisión de la Sala, acogido por el legislador (según la mencionada Ley N° 9343 del 25 de enero de 2016) y cuyo criterio debe ser modificado, conforme a la reforma que recién se aprueba en primer debate. En efecto, se ha entendido jurisprudencialmente que debía mantenerse el pago salarial a los trabajadores desde el primer día de la huelga, con fundamento en el actual artículo 379, del Código de Trabajo. Si bien se indica que en el tercer párrafo hay suspensión del contrato, que ya está establecido en el artículo 380 para la huelga legal, y que el cuarto párrafo establece el principio de culpabilidad, que pena y sanciona al responsable, los consultantes alegan que existe un problema que podría ser regresivo. Se señala que utilizan el mismo calificativo de incumplimiento “grave” del contrato, tal y como aparece en el numeral 386, del Código de Trabajo, que lo complementa. Sin embargo, en opinión de esta Sala, como se indicó en la consulta N°19-16322-0007-CO, el aparente conflicto entre las normas señalado debe interpretarse conforme al Derecho de la Constitución, para que no limite el derecho de sindicación y de huelga, y no se aplique solo para circunscribir el incumplimiento a temas individuales del contrato de trabajo, sino a los colectivos, que también forma parte de los derechos sindicales.

Conforme lo indica la Sala, el principio de progresividad y de no regresión no puede ser absoluto, sino que dependerá de la adecuación a los cambios sociales y económicos de un país. Por Sentencia N° 2013-11088 de las 15:30 horas del 21 de agosto de 2013, cuando se conoce la inconstitucionalidad del artículo 2, de la Ley N° 8837 del 3 de mayo de 2010, “Ley de Creación del recurso de apelación de la sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal”, esta Sala enunció que:

“La progresividad debe ser entendida en relación con los niveles de obligaciones que genera cada derecho (respetar, proteger y satisfacer) independientemente de que sea civil, político, económico, social o cultural. Esto por cuanto, algunas medidas que se deben implementar tienen un carácter más inmediato que otras que son progresivas o graduales, que se desarrollan a mediano o largo plazo con el fin de lograr el pleno ejercicio de los derechos humanos. Los instrumentos de derechos humanos incluyen disposiciones que implícita o explícitamente prevén la expansión de los derechos contenidos en ellos, sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales. Los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos fueron elaborados y ampliados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en todas las demás normas convencionales sobre derechos humanos. La Declaración constituyó el primer paso para el desarrollo progresivo de los derechos humanos y por ello, sus previsiones tienen un carácter positivo en el sentido de que representan el primero de muchos avances en la protección internacional de tales derechos y en virtud de la prohibición de regresividad, sus presupuestos tienen un carácter negativo, en el sentido de que los Estados no pueden retroceder en relación con el estándar de protección establecido. El principio de progresividad exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos. En teoría, la idea es que, entre más recursos tenga un Estado, mayor será su capacidad para brindar servicios que garanticen los derechos. La obligación de implementación progresiva contiene la prohibición de no regresividad que puede ser sometida a control judicial en caso de incumplimiento. Cuando un Estado reconoce, respeta y satisface algún derecho fundamental, tiene prohibido reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o suprimir los ya existentes. Una decisión o política pública puede considerarse regresiva cuando sus resultados desmejoran, en comparación con los resultados de un punto de partida anterior que ha sido escogido como parámetro y en el campo de las normas jurídicas, si al comparar una nueva norma, se suprimen, limitan o restringen derechos anteriormente existentes. En ese sentido, la doctrina ha establecido que una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana, queda integrado en forma definitiva e irrevocable a la categoría de los derechos humanos cuya tutela resulta obligatoria. Ahora bien, para que pueda señalarse que existe una lesión al principio de progresividad y no regresividad, se requiere que exista un derecho fundamental que se hubiera reconocido y que el mismo sea limitado o restringido sin justificación razonable alguna”.

Cuando mediante una política hay una afectación negativa a un derecho fundamental, es decir, cuando se le suprime, limita o restringe, es indispensable que la medida sea acorde con el principio de razonabilidad; de lo contrario, se imposibilitaría que el Derecho evolucione cuando se le pondera con otros derechos fundamentales.

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se refieren a derechos prestacionales como el derecho a la salud o a la educación, que requieren para su desarrollo de importantes dotaciones presupuestarias del Estado hasta el máximo de sus recursos. Implican una libertad frente al Estado, y otra, a través del Estado. De este modo, debe el Estado tomar las medidas para que el derecho sea efectivo y real entre la población, pero también debe canalizar esa efectividad del derecho, de manera que lleguen a la población o sean accesibles mediante las políticas adoptadas y otras medidas, o especialmente para las personas más vulnerables, y dotar de los recursos con que dispone. En otro tipo de derechos económicos, sociales y culturales, debe reconocerse que no necesariamente requieren de importantes rubros presupuestarios, sino que su efectividad se juzga en la manera en que el Estado garantiza esos derechos, como formar sindicatos, no interferir en la organización interna, o incluso, el derecho a la huelga. Este tipo de derechos, como fundación y afiliación a sindicatos, o a la huelga, son derechos exigibles a una protección inmediata (artículo 8, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). En este sentido, con la reforma al artículo 379, del Código de Trabajo, que se consulta, tiene efectos sobre el salario porque, reafirma a la huelga como una causa de suspensión del contrato de trabajo, en cuyo caso, en consecuencia, exime prestar los servicios al trabajador, y al empleador al pago de las remuneraciones. La cuestión a dilucidar es si es regresivo sobre el salario. En este sentido, toma en cuenta la Sala, el artículo 4, del Convenio Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto a que posibilita a los Estados a que puedan establecer limitaciones sobre los derechos garantizados en el Convenio, pero determinadas por ley, solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática. En el criterio de la Sala, hay un nivel de consenso general a nivel internacional que el derecho a la huelga no conlleva *necesariamente* el derecho de los trabajadores de recibir el salario mientras permanezcan en huelga. Por ello, el Comité de Libertad Sindical lo admite para cuando haya acuerdo entre partes, para garantizar un equilibrio económico entre ellos. Lo anterior, según se indicó *supra*, que fue discutido en el punto 7 de esta opinión. Pero además, la Sala estima que no hay ninguna imposibilidad, y de hecho, los Sindicatos tienen y obtienen muchas veces recursos de los trabajadores y del Estado para formar fondos de ahorro y préstamo que les permite organizarse a lo interno para ayudar a sus trabajadores a enfrentar las consecuencias

del movimiento social, o incluso, los retos económicos de la vida. Si bien la Sala se pronunció en la Sentencia N° 2011-10832 de las 14:30 horas del 12 de agosto de 2011, para el sector privado, esta se ha aplicado al sector público también. Sobre este último sector, se han tomado diversas medidas para adecuar el país, a la apremiante situación financiera, de lo cual hay múltiples estudios financieros y económicos, así como la necesidad de adecuación de la conducta administrativa, así como la necesidad de adecuar a la negociación colectiva a la legalidad.

De ahí, que para la Sala ha sido necesario el replanteamiento del Estado Social de Derecho en nuestro país; y por ello, la necesidad de que el Estado, como los actores sociales, incluidos los sindicatos, observen la legalidad de los procedimientos de los conflictos colectivos, previos a la huelga. Por Sentencia N° 2018-019511 de las 21:45 horas del 23 de noviembre de 2018, la Sala estableció que:

“En segundo lugar, los principios de progresividad y no regresividad no implican el derecho a la inmutabilidad del ordenamiento jurídico. A manera de ejemplo, en materia de derechos humanos ambientales ha señalado la Sala:

*“Del principio de progresividad de los derechos humanos y del principio de irretroactividad de las normas en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, recogido en el numeral 34 de la Carta Magna, se deriva el principio de no regresividad o de irreversibilidad de los beneficios o protección alcanzada. El principio se erige como garantía sustantiva de los derechos, en este caso, del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en virtud del cual el Estado se ve obligado a no adoptar medidas, políticas, ni aprobar normas jurídicas que empeoren, **sin justificación razonable y proporcionada**, la situación de los derechos alcanzada hasta entonces. **Este principio no supone una irreversibilidad absoluta pues todos los Estados viven situaciones nacionales, de naturaleza económica, política, social o por causa de la naturaleza, que impactan negativamente en los logros alcanzados hasta entonces y obliga a replantearse a la baja el nuevo nivel de protección (...)** En consecuencia, en aplicación de estos dos principios, la Sala Constitucional ha establecido que es constitucionalmente válido ampliar por decreto ejecutivo la extensión física de las áreas de protección (principio de progresividad); sin embargo, **la reducción solo se puede dar por ley y previa realización de un estudio técnico ajustado a los principios razonabilidad y proporcionalidad, a las exigencias de equilibrio***

ecológico y de un ambiente sano, y al bienestar general de la población, que sirva para justificar la medida.” (Sentencia n.º 2012-013367 de las 11:33 horas del 21 de setiembre de 2012, destacado no corresponde al original; en igual sentido ver las sentencias n.º 2017-005994 de las 11:00 horas de 26 de abril de 2017 y 2014-012887 de las 14:30 horas del 8 de agosto de 2014).

Lo anterior aplica no solo a los derechos humanos ambientales sino a todos en general, como tesis de principio. Ni el derecho de progresividad ni el de no regresividad se oponen a la mutabilidad propia del derecho (modificación permanente e inevitable), por cuanto ningún derecho es inmutable o eterno, toda vez que ello significaría la petrificación del ordenamiento y haría que el Derecho dejara de ser un medio dinámico para la resolución de los problemas de la sociedad, los cuales perennemente varían con el tiempo. Lo que sí demandan los principios mencionados es que la tónica sea aspirar siempre y de preferencia a aumentar la cobertura de los derechos humanos e igualmente de los prestacionales en aras del Estado Social de Derecho; empero, tal meta no es ajena al contexto socio económico de una coyuntura histórica determinada ni a la obligación de efectuar un ejercicio de ponderación y optimización de los diversos principios, derechos y valores constitucionales en juego (verbigracia, entre el principio del Estado Social de Derecho y el del Equilibrio Presupuestario), de manera que en el contexto de una insostenibilidad financiera del Estado particularmente seria, debidamente acreditada desde el punto de vista técnico, se puedan tomar medidas para paliar la situación, siempre que estas se adopten salvaguardando los derechos fundamentales cobijados en la Constitución Política y los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos ratificados por Costa Rica, así como las cualidades esenciales del régimen político del país (en una república democrática, libre, independiente, multiétnica y pluricultural, cuyo Gobierno es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable), lo que implica que los remedios en cuestión no pueden vaciar de contenido a ningún derecho constitucional, situación que en la especie y en estos momentos no se observa que ocurra con la regulación cuestionada” (lo escrito en negrita es del original).

Es por ello que, si bien hay un cambio normativo con la reforma, ello obedece a la necesidad de ajustar el ordenamiento jurídico a las nuevas condiciones económicas y sociales actuales, las cuales no son antojadizas. Se busca alcanzar un máximo equilibrio de derechos y del equilibrio financiero como principio constitucional en conflicto, toda vez que, toda actuación del Estado debe estar ajustada al principio de

legalidad, y no le sería posible, pagar salarios a los funcionarios que no estuvieren prestando sus labores de forma regular, y mucho menos, irregularmente por un movimiento social que posteriormente no cumpla con los requisitos respectivos. En ese sentido, sería ilegal como así el pago salarial en esas condiciones. En todo caso, debe tomarse en consideración, que el tratamiento del salario, salvo disposiciones constitucionales y convencionales concretas, es fijado conforme a los mecanismos establecidos conforme a la ley (artículo 57, de la Constitución Política).

Sobre la consulta de un posible conflicto entre el párrafo 3º, de la reforma, al artículo 379, del Código de Trabajo, y el 380, del Código de Trabajo, no será necesario pronunciarse, toda vez que no se refiere a un posible conflicto de constitucionalidad, pues lo que hace es solo señalar los ámbitos de suspensión de los contratos de trabajo. Respecto del párrafo 4º, de la reforma al artículo 379, del Código de Trabajo, debe traerse a colación lo indicado en el punto 7 de la consulta N° 19-016322-0007-CO, de manera que debe reiterarse que no habría conflicto entre esa disposición y el artículo 386, del Código de Trabajo, vigente. Por último, no se aborda la razonabilidad y proporcionalidad de la disposición, toda vez que, revisada la consulta se evidencia que se pretende una opinión de la Sala en abstracto, si el proyecto de ley cumple con estos principios, señalando “*con base en lo explicado y expuesto anteriormente*”, sin embargo, no se precisa en cuáles de los elementos de estos principios, estaría la duda de constitucionalidad de los consultantes.

2.- Constitucionalidad de la prohibición absoluta de la huelga en los servicios de transporte ferroviario, marítimo, carga y descarga en muelles y atracaderos de bienes perecederos, dispuesta en el artículo 376 consultado. Redacta el Magistrado Rueda Leal.

Con relación a este punto, los consultantes dudan de la constitucionalidad de que el artículo 376 consultado haya calificado como servicio esencial al transporte ferroviario, marítimo, carga y descarga en muelles y atracaderos de bienes perecederos, toda vez que ello no implica en forma directa una actividad, cuya suspensión, discontinuidad o paralización pueda causar daño significativo a los derechos a la vida, salud y seguridad pública.

Con el propósito de resolver esta duda de constitucionalidad, por su evidente conexidad, se debe remitir a lo ya explicado en el considerando relativo a la constitucionalidad de la prohibición absoluta de la huelga en los servicios públicos esenciales, contemplada en el numeral 376 supra citado.

En ese considerando se concluye que las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical (CLS) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) no son de acatamiento obligatorio, sino que son pautas de orientación, lo cual concuerda con el hecho de que no existe alguna norma jurídica convencional que de modo expreso les confiera carácter vinculante a tales recomendaciones, tesis avalada incluso por la Corte IDH en *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Lo anterior no significa que esta Sala desconozca el valor jurídico y doctrinario de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, cuya autoridad técnica e histórica les da un valor superior al de una recomendación de naturaleza puramente axiológica o teórica. Empero, tal reconocimiento no significa que la jurisdicción constitucional carezca de un margen de apreciación a la hora de aplicar control de constitucionalidad, toda vez que las referidas recomendaciones, como ya se indicó, no revisten cualidad vinculante, el *hard law* -la regulación constitucional vigente – prima sobre el *soft law*, y de manera equilibrada se deben resguardar los diferentes bienes constitucionales en juego.

Por consiguiente, la calificación de un servicio público como esencial no solo depende de que se comprometan bienes jurídicos como la vida, salud y seguridad de la persona, sino que también se justifica en la medida que se esté ante un servicio público absolutamente indispensable y susceptible de comprometer la economía pública, bien jurídico relevante conforme la sentencia de la Sala n.º 1998-01317 de las 10:12 horas de 27 de febrero de 1998.

Además, se debe señalar que la propia Constitución Política reconoce en su numeral 61 “*el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia.*”

Como ya se explicó, la referencia a “*servicio público*” del ordinal 61 constitucional no partió de un concepto dogmático preciso y cerrado, sino que, en realidad, el Constituyente del 49 optó por mantener la noción del Congreso Constitucional de 1943 contenida en el artículo 56 de la Carta de 1871. Si se toma en consideración el momento histórico de la aprobación de esta norma en julio de 1943, se nota con facilidad su vínculo político irrefutable con la noción de servicio público del Código de Trabajo pocos meses después, en agosto de ese mismo año. En lo concerniente a la huelga, esta última normativa liga el concepto de servicio público con la especial relevancia de la actividad para la colectividad; es decir, con un elemento objetivo. Por ello, desde el punto de vista de nuestra Ley Fundamental resulta plausible extender la noción de

servicio público esencial a la vida, salud y seguridad de la persona, así como a la economía pública, siempre que se trate de un servicio público absolutamente indispensable y susceptible de comprometer tal bien jurídico.

Aclarado lo anterior, la especial relevancia de los servicios de transporte ferroviario, marítimo, carga y descarga en muelles y atracaderos de bienes perecederos en la economía pública justifica la calificación de aquellos como servicio esencial, máxime que de la consulta solo se infiere como argumento que no se trata de algo directamente vinculado a la salud, vida y seguridad pública. Sin embargo, como ya se clarificó, a la luz del marco constitucional vigente sí deviene procedente considerar una afectación al bien jurídico “economía pública” como razón suficiente para considerar un servicio público como esencial, siempre que no se viole el principio constitucional de razonabilidad y proporcional, lo cual no se extrae de la argumentación de los consultantes en este asunto en concreto.

2.1. Voto salvado de los magistrados Salazar Alvarado y Picado Brenes. Los suscritos magistrados, con redacción del primero, nos decantamos por dar una protección al derecho fundamental a la huelga, toda vez que, si el criterio determinante es el daño a la economía o desarrollo nacional, puede con ello conculcarse el derecho a la huelga, como lamentablemente ocurrió en la historia costarricense cuando se prohibía este derecho al sector agrario, basado en la importancia económica de la actividad para la época y en la falta de diversificación económica que sufría el país. Si bien el aspecto económico es un factor común y determinante para establecer que un servicio reviste de una determinada importancia para el país, la relevancia económica no podría ser determinante para considerarse un servicio esencial, pues podría ser un criterio que también impactaría negativamente muchos de los derechos económicos, sociales y culturales, que se mueven en ámbitos similares. Es connatural a este tipo de derechos que generen un impacto en la forma en que el Estado debe disponer de sus recursos o de otros para hacerlos efectivos. Véase que los derechos civiles y políticos solo exigen una obligación negativa del Estado; es decir, de abstenerse de interferir, pero en el caso de los derechos de segunda generación, postulan un reto para la comunidad y sociedad en general, pues deben coexistir en bastantes ocasiones con el sacrificio de la colectividad nacional. Tienen dos caras de la libertad, el del Estado de garantizar el ejercicio del derecho, y el de garantizar ese ejercicio a través del Estado.

El concepto de servicios esenciales requiere necesariamente de una ponderación de valores e intereses que se suscita entre los trabajadores que invocan su derecho a la huelga y los sacrificios válidos que se pueden imponer a los usuarios de los servicios.

En este sentido, el derecho a la huelga debe ceder frente a otros derechos como la vida, la seguridad y la salud de una parte o de la totalidad de la población, toda vez que estamos ante las limitaciones de los derechos fundamentales reconocidos internacionalmente, y porque la huelga no es un derecho absoluto. El tema de dónde colocar los límites no es pacífico, puede incluso pesar la ubicación geográfica de un país, por lo que, puede ser que no sea lo mismo para uno que para otro; el mismo Comité de Libertad Sindical reconoce que depende en gran medida de las condiciones propias de cada país. En efecto, el Comité de Libertad Sindical guía la discusión y reconoce los casos en que podría establecerse como servicios esenciales (en tal sentido, remitimos al voto salvado sobre servicios esenciales punto 4.1); y, por ende, prohibirse la huelga, cuando haya amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población. De igual manera, se refiere a los que no se considera como servicios esenciales, como los puertos (carga y descarga), los transportes, en general, incluidos, los pilotos de líneas aéreas, los servicios ferroviarios, los transportes metropolitanos, transportes y distribución de combustibles. No ha sido una práctica inusual para los Estados, que en caso de ciertas huelgas tomar las diferentes instalaciones con la policía y adoptar medidas sustitutivas de servicios con recursos humanos (nacionales y extranjeros) como parte de las medidas de emergencia y para enfrentar el movimiento social. Más aún, a pesar de que la mayoría de la Sala no acepta el criterio del Comité de Libertad Sindical en este tema, la Corte Europea de Derechos Humanos, como uno de los prestigiosos tribunales de Derechos Humanos, seguido por una importante región del mundo, estima que hay ciertas actividades que no constituyen servicios esenciales. En este sentido, se señala el caso de *Ognevenko vrs. Rusia*, N° 44873/09, del 20 de noviembre de 2018, donde la Corte Europea de Derechos Humanos no dudó en reconocer que había un consenso internacional de que los miembros de las fuerzas armadas, de la policía y de la administración del Estado, tenían restricciones para utilizar la huelga, pues proveían servicios esenciales a la población. Sin embargo, estableció que ni la Organización Internacional del Trabajo ni la Comisión Europea de Derechos Sociales, consideraban al transporte en general, y el transporte ferroviario en particular como un servicio esencial, cuya interrupción pudiera poner en peligro la vida o salud de una parte o de la población. Hizo saber que no es la primera vez que así lo ha hecho de conocimiento a las autoridades rusas.

En consecuencia de lo anterior, estimamos que estos casos, al igual que se ha establecido para el artículo 376, anteriormente referido, se debe entender que la prohibición absoluta de la huelga es procedente cuando exista una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población. Y donde no exista esta circunstancia, concluimos en que debe exigirse una prestación mínima de

servicios, de conformidad con lo establecido en el artículo 376 ter del proyecto consultado, para los servicios trascendentales.

VI.- Nota del Magistrado Rueda Leal sobre el considerando IV.- Consulta sobre el fondo, parte general.

Al respecto, advierto que me circunscribo únicamente al análisis jurídico de lo consultado, puesto que el abordaje histórico contenido en la parte general de este considerando (antes del punto 1), si bien está referido a las huelgas, resulta escindible a los efectos de resolver la consulta.

VII.- Documentación aportada al expediente. Se previene a las partes que, de haber aportado algún documento en papel, así como objetos o pruebas contenidas en algún dispositivo adicional de carácter electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías, estos deberán ser retirados del despacho en un plazo máximo de treinta días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia. De lo contrario, será destruido todo aquel material que no sea retirado dentro de este plazo, según lo dispuesto en el "Reglamento sobre Expediente Electrónico ante el Poder Judicial", aprobado por la Corte Plena en Sesión N° 27-11 del 22 de agosto del 2011, artículo XXVI y publicado en el Boletín Judicial N° 19 del 26 de enero del 2012, así como en el acuerdo aprobado por el Consejo Superior del Poder Judicial, en la Sesión N° 43-12 celebrada el 3 de mayo del 2012, artículo LXXXI.

Por tanto:

Se evacuan las consultas formuladas al proyecto de "Ley para brindar seguridad jurídica sobre la huelga y sus procedimientos", expediente legislativo N° 21.049, de la siguiente forma:

Primera consulta. Expediente N° 19-16322-0007-CO.

En cuanto a los vicios de procedimiento:

- 1) Por unanimidad, no se encontraron vicios de inconstitucionalidad respecto del artículo 349 inciso d) consultado, siempre y cuando el tratamiento de los datos ahí contenidos respete lo establecido en la Ley N° 8968 "Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales".
- 2) Por mayoría, se dispone que no contiene los vicios de inconstitucionalidad alegados respecto de los artículos 375 bis, 376 quater, 376 quinquies, 663 y 664

bis. El magistrado Salazar Alvarado pone nota. Los magistrados Rueda Leal y Chacón Jiménez dan razones particulares. Las magistradas Hernández López y Picado Brenes salvan el voto y estiman que existe un vicio de procedimiento por violación al artículo 167 de la Constitución Política al introducir en el texto consultado la inamovilidad de los plazos decisorios sin haber consultado a la Corte Suprema de Justicia con la frase *“bajo ninguna circunstancia se podrán ampliar los plazos establecidos en la presente norma”*, contenido en el párrafo final del artículo 663, lo cual afecta el servicio de administración de justicia. Adicionalmente, la magistrada Hernández López estima que esa frase es inconstitucional por razones de fondo, por violación al principio de independencia del juez, debido proceso y tutela judicial efectiva. El magistrado Castillo Víquez salva el voto y encuentra un vicio de fondo en relación con los artículos 663 y 375 bis consultados, porque afecta de forma grave el principio de independencia judicial, por lo que frente a tal hecho, la consulta constitucional a la Corte Suprema de Justicia resultaba irrelevante.

- 3) Por mayoría, se declara que hay un vicio de inconstitucionalidad en relación con la falta de consulta a la Corte Suprema de Justicia del artículo 376 inciso 10 del proyecto, por violación al artículo 167 de la Constitución Política. La magistrada Picado Brenes además declara inconstitucional que no se haya consultado a la Corte Suprema de Justicia el artículo 376 inciso 2. Los magistrados Salazar Alvarado y Araya García estiman que el proyecto consultado no tiene vicio de procedimiento.
- 4) Por unanimidad, no se encontró vicio de inconstitucionalidad alguno en cuanto a la alegada falta de consulta a las organizaciones de las personas trabajadoras del Poder Judicial.

En cuanto a los vicios de fondo:

- 1) Por unanimidad, no se encontró inconstitucionalidad alguna en el artículo 349 consultado, siempre y cuando el tratamiento de los datos ahí contenidos respete lo establecido en la Ley N° 8968 “Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales”. Tampoco se encontró inconstitucionalidad alguna en el artículo 19 de la Ley Notificaciones. El magistrado Rueda Leal pone nota.
- 2) Por unanimidad, se dispone que no es inconstitucional la ilegalidad de la huelga política establecida en el artículo 371 consultado. Los magistrados Rueda Leal y Picado Brenes dan razones particulares. La magistrada Picado Brenes pone nota.
- 3) Por unanimidad no es inconstitucional el plazo de cuarenta y ocho horas dispuesto en el artículo 371 consultado para la huelga que tenga como finalidad

protestar contra políticas públicas que afecten de forma directa los intereses económicos y sociales de los trabajadores. Respecto de la prohibición de la reiteración, por unanimidad se dispone que es constitucional, siempre y cuando se interprete que sí es posible realizar una nueva huelga cuando exista un cambio en las circunstancias. Los magistrados Rueda Leal y Hernández López dan razones separadas. La magistrada Picado Brenes pone nota.

- 4) Por mayoría, no se encuentra vicio de inconstitucionalidad en relación con la prohibición absoluta de la huelga en los servicios esenciales, dispuesta en el artículo 376 consultado. Los magistrados Salazar Alvarado y Picado Brenes salvan parcialmente el voto en el tanto la prohibición absoluta de la huelga solo debe aplicar para los supuestos en que exista una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población; y, en los casos donde no aplica esa prohibición, se debe exigir una prestación mínima de servicios, tal como está establecido para los servicios trascendentales (artículo 376 ter del proyecto consultado). La magistrada Picado Brenes, adicionalmente, declara inconstitucional la prohibición absoluta de la huelga en servicios judiciales por falta de consulta previa a la Corte Suprema de Justicia.
- 5) Por unanimidad, se declara inconstitucional la inclusión en el artículo 350 Consultado, relativo a la disolución de sindicatos, de los artículos 128, 263 bis y 264 del Código Penal en el párrafo introducido en el párrafo consultado por violación a los artículos 28, 39, y 60 de la Constitución Política y a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. en cuanto se refiere a la actuación del sindicato. En cuanto a los artículos 144, 229, 339 y 340 se interpreta que es constitucional su aplicación únicamente en aquellos casos en que como consecuencia del delito exista pérdida de vidas humanas o afectaciones graves a la salud, al orden público o a la economía del país. En relación con el artículo 263 del Código Penal, se estima constitucional su aplicación. Asimismo, a los efectos específicos de la disolución de un sindicato se declara inconstitucional el traslado de la responsabilidad penal y personalísima de uno o varios de los dirigentes sindicales o integrantes del sindicato en su actuación individual, al sindicato como tal por violación a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.
- 6) Por mayoría, no se encontró inconstitucional la reforma introducida al artículo 378 consultado, siempre y cuando se interprete que la expresión “*por los mismos motivos*” no impide la realización de una nueva huelga cuando haya un cambio en las circunstancias o un incumplimiento patronal. La magistrada Picado Brenes salva el voto y declara inconstitucional la prohibición de la reiteración.

- 7) Por unanimidad, se declara que no es inconstitucional el artículo 379 consultado que exonera al patrono del pago de las remuneraciones a los trabajadores que se encuentren participando del movimiento de huelga. El magistrado Rueda Leal da razones adicionales. La magistrada Picado Brenes pone nota.
- 8) Por unanimidad, se interpreta que el artículo 379 consultado en cuanto reconoce el pago de los salarios correspondientes a los días de una huelga declarada legal, delimitándolo únicamente “*por incumplimientos graves del contrato de trabajo*”, es conforme con el Derecho de la Constitución en el tanto su reconocimiento no excluya los demás supuestos establecidos en el artículo 386 del Código de Trabajo. El Magistrado Rueda Leal da razones distintas respecto de la expresión “*por incumplimientos graves del contrato de trabajo*”, toda vez que ese supuesto ya está incluido en el ordinal 386 del Código de Trabajo.
- 9) Por unanimidad se declara que no es inconstitucional prescindir del trámite de calificación previa según el artículo 375 bis consultado. Los magistrados Salazar Alvarado y Picado Brenes concurren con la mayoría en el tanto la norma consultada se refiere únicamente al procedimiento.
- 10) Por mayoría se declara que no hay vicio de inconstitucionalidad en cuanto a la prohibición de huelga de los servicios judiciales y auxiliares contemplada en el artículo 376 inciso 10 consultado. Los magistrados Salazar Alvarado y Picado Brenes estiman que el proyecto consultado en cuanto prohíbe de manera absoluta el ejercicio de huelga en los servicios judiciales y auxiliares es constitucional sólo para los supuestos en que exista una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población; y, en los casos donde no aplica esa prohibición, se debe exigir una prestación mínima de servicios, tal como está establecido para los servicios trascendentales (artículo 376 ter del proyecto consultado). La magistrada Picado Brenes pone nota.

Segunda consulta. Expediente N° 19-16630-0007-CO.

- 1) En cuanto a la violación del principio de no regresión de los derechos laborales, contenido en el artículo 379 consultado, por unanimidad se dispone que no hay vicio de inconstitucionalidad. En relación con el artículo 386, se remite a lo expresado sobre este mismo punto en la primera consulta. La magistrada Picado Brenes pone nota.
- 2) Por mayoría se dispone que es constitucional la inclusión de los servicios de transporte ferroviario, marítimo, carga y descarga en muelles y atracaderos de bienes perecederos, dentro de la noción de servicios esenciales, en los que se

prohíbe la huelga, según el artículo 376 inciso 4 consultado. Los magistrados Salazar Alvarado y Picado Brenes salvan el voto en el tanto la prohibición absoluta de la huelga en estos servicios, solo debe aplicar para los supuestos en que exista una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población; y, en los casos donde no aplica esa prohibición, se debe exigir una prestación mínima de servicios, tal como está establecido para los servicios trascendentales (artículo 376 ter del proyecto consultado). La magistrada Picado Brenes pone nota.

Los magistrados Castillo Víquez, Rueda Leal, Hernández López, Picado Brenes y Chacón Jiménez ponen notas separadas.

Notifíquese esta resolución al Directorio de la Asamblea Legislativa y a los diputados y diputadas consultantes.-

Magistrados Fernando Castillo V., Presidente / Paul Rueda L. / Nancy Hernández L. / Luis Fdo. Salazar A. / Jorge Araya G. / Ana María Picado B. / Mauricio Chacón J.

Expediente 19-016322-0007-CO

NOTA SEPARADA DEL MAGISTRADO CASTILLO VÍQUEZ. En relación con la huelga marcadamente política o aquella que no afecta directa o indirectamente las condiciones socioeconómicas del trabajador, es conforme con el Derecho de la Constitución - valores, principios y normas- su prohibición, aunque es plausible que se permite en un caso, tal y como explico más adelante. Distinto es cuando hay una conexión directa con la relación de empleo o incumplimiento laborales del patrono, pues, en el estado actual de las cosas, no es posible sostener que este instrumento de presión solo aplica para la defensa económica y social de los derechos de los trabajadores. En primer lugar, porque es posible entender los intereses económicos y sociales en una categoría más amplia: los intereses de los trabajadores, de ahí que resulta admisible la llamada huelga de solidaridad -que no se regula en el proyecto de ley consultado (ni se prohíbe ni se permite)-, tal y como acertadamente lo estableció el Tribunal Constitucional español en la sentencia STC 11/1981, pese a la prohibición que establece el artículo 11 del Real Decreto ley 17/1997, en el sentido de que se considera ilegal una huelga cuando se

inicie o se sostenga por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados. En segundo término, es plausible un movimiento de huelga cuando los trabajadores están en contra de una política social llevada a cabo por un gobierno en la que hay una afectación directa a las condiciones socioeconómicas. Incluso, es posible una huelga de la clase trabajadora cuando se trata de la defensa de la democracia, se esté en una situación tal, que un determinado gobierno afecte los elementos nucleares del sistema republicano y, por consiguiente, se realice un abandono voluntario y pacífico de los lugares de trabajo para impedir que se socave la democracia. Ahora bien, en estos casos, el legislador tiene un amplio margen para regular este tipo de huelga en cuanto tiempo, forma y otros aspectos, de ahí que la norma consultada no es contraria al Derecho de la Constitución.

El plazo de las cuarenta y ocho horas resulta constitucional en el caso de la huelga para protestar contra políticas públicas que afectan directamente las condiciones socioeconómicas de los trabajadores, siempre y cuando se haya declarado legal y no haya pago de salarios de parte del patrono, por la elemental razón de que la causa de la huelga no tiene relación con la conducta de este último, según el principio de equivalencia de las contraprestaciones que rige la relación laboral.

En lo que atañe a los servicios esenciales, es claro que tanto la Constitución Política - artículo 61- como los instrumentos internacionales en la materia, así como el Comité de Expertos sobre Libertad Sindical *-solflaw-*, son conteste en el sentido de que el legislador puede prohibir este tipo de huelga en estos servicios, por consiguiente, la norma consultada no presenta vicios de inconstitucionalidad., Ahora bien, en los casos de los incisos 4, 6, 7 y 8 del artículo 376 del Código de Trabajo consultado, se debe entender la prohibición absoluta de la huelga en lo que ahí se puntualiza, lo cual significa que en aquellas empresas públicas y privadas, así como las instituciones públicas, en el tanto y cuando se garantice el servicio en sus condiciones normales y de continuidad lógicamente, el resto de los empleados y trabajadores de la institución, empresas públicas y privadas sí tienen derecho a ir a huelga, siempre y cuando cumplan con los requisitos para que la huelga sea legal. En estos términos también deben entenderse el numeral 375 bis.

Lo que sí es contrario al Derecho de la Constitución, tal y como se explica en la opinión consultiva, es la norma que disuelve los sindicatos a causa de la conducta delictiva de sus dirigentes. Revisando legislación comparada, en este caso el artículo 5 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical del Reino de España, la norma únicamente establece una responsabilidad del sindicato por los actos o acuerdos adoptados por sus órganos

estatutarios o por sus afiliados cuando se produzcan en el ejercicio regular de funciones representativas o se pruebe que dichos afiliados actuaban por cuenta del sindicato, nunca se establece la disolución de la organización de los trabajadores. En este supuesto específico, estamos ante un vaciamiento del contenido esencial de la libertad sindical. Además, la norma va más allá de lo razonable y proporcional, al atribuirle al sindicato la responsabilidad personal de uno de sus miembros, tal y como se desarrolla en la opinión consultiva.

Finalmente, sobre el rebajo de salarios hay que tener presente varias cuestiones. En primer lugar, hay que distinguir lo que es un movimiento de huelga -abandono pacífico y voluntario de los centros de trabajo- de lo que es un abandono intempestivo -una suspensión de labores-, también pacífico y voluntario de los centros de trabajo. Hay que recordar que el ejercicio del derecho fundamental a la huelga está condicionado a que se cumplan **TODOS LOS REQUISITOS QUE PREVÉ LA LEGISLACIÓN LABORAL** para que la huelga sea declarada legal, es decir, se debe cumplir los requisitos que prevé los numerales 371 y 377 del Código de Trabajo, en especial agotar alguna de las alternativas procesales de conciliación establecidas en el artículo 618 de ese cuerpo normativo, con la excepción de la huelga para protestar contra políticas públicas que afectan directamente las condiciones socio-económicas del trabajador. En esta dirección, la huelga es la última **ratio** cuando se presenta un conflicto económico social en la empresa o en la institución. Cuando no se cumple los requisitos que prevé el Código de Trabajo para declarar legal la huelga, estamos ante un abandono intempestivo del lugar de trabajo, en cuyo caso el patrono puede dar por terminado los contratos de trabajo sin responsabilidad patronal o dejar de pagar los salarios correspondientes -se da una especie de suspensión del contrato de trabajo-, siguiendo el principio que se aplica, incluso en la huelga legal, de equivalencia de las prestaciones. Sobre este extremo, en la sentencia n.º 2011-010832 expresé en el voto salvado que redacté y suscribí con el magistrado Jinesta Lobo, lo siguiente:

Nos separamos del voto de la mayoría en cuanto a lo señalado en el Considerando IX de la sentencia, por el contrario, estimamos que no precisa de interpretación conforme el numeral 377 del Código de Trabajo, toda vez que es acorde con el Derecho de la Constitución y los Convenios de la OIT, tal y como a continuación se explica. El citado artículo reza en su contenido lo siguiente:

“Artículo 377.- La huelga ilegal termina, sin responsabilidad para el patrono, con los contratos de trabajo celebrados por los huelguistas; quedan a salvo las sanciones de orden represivo que en contra de éstos lleguen a declarar los Tribunales Comunes.

Sin embargo, en los nuevos contratos que celebre el patrono, no podrán estipularse condiciones inferiores a las que, en cada caso, regían antes de declararse la huelga ilegal.”

El alegato principal esgrimido por el accionante lo es que, en la práctica judicial, al calificarse como ilegal una huelga, el juzgador deja de lado y sin protección a trabajadores que por causas especiales (vacaciones, incapacidades, permisos, etc.) aunado a un proceso judicial omiso y genérico, no se determina, de manera precisa, quienes participaron o no del movimiento ilegal con esa intención, para que sea solo contra ellos que recaiga el peso de la ley.

*En la práctica, lo que se hace es una verificación de la situación de ilegalidad para así declararla, siendo la ejecución, en torno al tema de los despidos, una labor a realizar por parte del patrono, quien será el único que conoce la situación laboral de cada uno de sus empleados. No obstante, lo señalado por el accionante, no encontramos ninguna inconstitucionalidad derivada de la norma impugnada. Lo alegado resulta contrario a lo que él señala es el proceder de las autoridades judiciales, así como de los patronos, ante la declaratoria de ilegalidad de un movimiento de huelga, situación que, por su naturaleza, no es un motivo de impugnación mediante la acción de inconstitucionalidad, al no estarse ante alguno de los supuestos establecidos en el numeral 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por lo que en ese sentido lo alegado resulta improcedente. Debe resaltarse que el derecho de huelga no es de ejercicio absoluto y debe someterse a ciertos requisitos y es legítimo establecer consecuencias al ejercicio abusivo o sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico del mismo. Lo anterior por cuanto los efectos jurídicos que prevé el numeral 377 del Código de Trabajo es para quienes participaron en la huelga que se declara ilegal, en el artículo 386 del Código de Trabajo se establece: "**ARTICULO 386.-** Ni los paros ni las huelgas pueden perjudicar en forma alguna a los trabajadores que estuvieran percibiendo salarios o indemnizaciones por accidente, enfermedades, maternidad, vacaciones u otras cosas análogas":*

*Por lo anterior, si se considera que se han violentado derechos de algunos trabajadores, que injustamente han sido sometidos a la sanción derivada de la ilegalidad de una huelga, por una condición especial en su relación, el perjudicado está en la posibilidad legal de acudir a las vías administrativas y judiciales ordinarias pertinentes para reclamar el restablecimiento de sus derechos. **La OIT ha sido clara en establecer la facultad legítima de los Estados de prever en sus legislaciones laborales consecuencias jurídicas de la huelga declarada ilegal, las que deben funcionar como contra estímulos para evitar movimientos conflictivos que se generen de mala fe. Pero, esas consecuencias deben ser aplicadas, únicamente, a quienes se compruebe,***

fehacientemente, que participaron directa y voluntariamente en el movimiento ilegal de huelga, por lo que nadie deberá ser objeto de sanciones por realizar o intentar realizar una huelga legal, de ahí que el despido de trabajadores a raíz de una huelga legítima, constituye una grave discriminación en materia de empleo, por ejercicio de una actividad sindical lícita, contraria al Convenio 98, no así cuando los trabajadores han participado en un movimiento de huelga que posteriormente es declarado ilegal, en cuyo caso el patrono puede dar por terminado el contrato de trabajo sin responsabilidad patronal, rebajar sus salarios o establecer las sanciones por la mera participación en la huelga que ha sido declarada ilegal. Consideramos importante reafirmar en este punto dos aspectos de suma importancia, el primero que la legislación puede establecer consecuencias razonables para el ejercicio del derecho a la huelga, así las protecciones necesarias se derivan de un ejercicio legítimo, de conformidad con los principios de la libertad sindical, y segundo, el Comité de Libertad Sindical señala que se pueden tomar las medidas cuando se haya declarado la huelga ilegal o incluso por extralimitación en su ejercicio. Lo anterior porque, si bien es procedente proteger el núcleo duro de este derecho fundamental, no escapa de nuestra apreciación que alberga limitaciones propias que se generan en el derecho de los demás. Tanto la huelga legal como la ilegal tienen consecuencias muy distintas, pero debe procurarse un balance de todos aquellos derechos, tanto los relacionados con los trabajadores y los patronos, como también los intereses de la colectividad (a veces muy pronunciados y dramáticos) que merecen protección, desde nuestro punto de vista, con la predictibilidad de un movimiento de trabajadores amparado al derecho colectivo laboral, pero asegurando el agotamiento de todas sus etapas. Por ello, la conservación del vínculo laboral constituye una consecuencia normal del reconocimiento del derecho de huelga y el ejercicio de este derecho no debería derivarse el despido ni discriminaciones en contra de los huelguistas. A estos efectos es irrelevante si el despido se produce durante la huelga o después de la misma e igualmente si se produce antes si su finalidad es impedir o sancionar el ejercicio del derecho de huelga. Por ello despedir a un trabajador por haber participado en una huelga y rehusar su reingreso, cuando la huelga es declarada legal, constituye una medida "extremadamente grave" y, por tanto, ilegal y violatoria del derecho constitucional a la huelga. Otra cosa es lo que prevé el artículo 377 del Código de Trabajo, y es el despido sin responsabilidad patronal, pero solamente de quienes hayan participado de la huelga cuando ésta es declarada ilegal, de manera que ninguna inconstitucionalidad puede derivarse de esa norma, ni tampoco requiere de ninguna interpretación conforme al Derecho de la Constitución. La interpretación conforme al Derecho de la Constitución dispuesta por la mayoría de este Tribunal, adicionalmente, cambia, de manera radical y absoluta, el sentido, el tenor literal y los fines de la norma que se pretende interpretar, con lo que, lejos de interpretar, se legisla y reforma, sustituyendo al órgano constitucional establecido

para ese efecto. De otra parte, la interpretación conforme que brinda la mayoría, produce graves efectos, por cuanto, toda organización sindical, a tratarse de una materia exhaustivamente reglada por el Código de Trabajo debe conocer los requisitos para que una huelga sea declarada legal. Sin embargo, con la interpretación que brinda la mayoría, pueden, ahora organizarse movimientos de huelga ilegales sin ninguna consecuencia para quienes participan de éste, por cuanto, según la mayoría, debe esperarse a que el juez declare ilegal la huelga para que los patronos puedan tomar alguna medida contra quienes participaron del mismo. El órgano jurisdiccional requiere de un plazo prudencial o razonable para determinar si el movimiento de huelga es legal o ilegal, la consecuencia del voto de la mayoría es que se puede realizar una huelga ilegal durante todo el lapso que requiera el órgano jurisdiccional, sin ninguna consecuencia jurídica para los que tomaron parte de la misma.

Como puede verse, antes de que la huelga sea declarada legal, en el supuesto de que los trabajadores abandonen el lugar de trabajo, el patrono tiene la facultad de dar por terminado los contratos de trabajo o rebajar los salarios atendiendo al principio de la equivalencia entre las prestaciones. Igual ocurre cuando se declara legal la huelga por causas no imputables al patrono.

En lo que respecta a la segunda consulta de constitucionalidad facultativa, específicamente sobre la violación al principio de no regresión de los derechos laborales, en otros fallos he sostenido lo que a continuación expongo. Haciendo un repaso por la jurisprudencia, nacional y extranjera, así como la doctrina sobre el tema, tenemos que la Sala, en un fallo -2013-11083-, reconoció, como una consecuencia lógica y necesaria del Principio de Progresividad, que *“(...) El principio de progresividad exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos. En teoría, la idea es que, entre más recursos tenga un Estado, mayor será su capacidad para brindar servicios que garanticen los derechos. La obligación de implementación progresiva contiene la prohibición de no regresividad que puede ser sometida a control judicial en caso de incumplimiento. Cuando un Estado reconoce, respeta y satisface algún derecho fundamental, tiene prohibido reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o suprimir los ya existentes. Una decisión o política pública puede considerarse regresiva cuando sus resultados desmejoran, en comparación con los resultados de un punto de partida anterior que ha sido escogido como parámetro y en el campo de las normas jurídicas, si al comparar una nueva norma, se suprimen, limitan o restringen derechos anteriormente existentes. En ese sentido, la doctrina ha establecido que una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana, queda integrado en forma definitiva e*

irrevocable a la categoría de los derechos humanos cuya tutela resulta obligatoria. Ahora bien, para que pueda señalarse que existe una lesión al principio de progresividad y no regresividad, se requiere que exista un derecho fundamental que se hubiera reconocido y que el mismo sea limitado o restringido sin justificación razonable alguna...”

Debemos traer a colación que fue el Tribunal Constitucional portugués, en su sentencia 39/84 de 3 de mayo, el que consagró el principio de prohibición de retroceso social; además, en lo que algunos han denominado la defensa del Estado social de Derecho, dictó dos fallos, en los años 2012 y 2013, en lo que ha declarado inconstitucional y discriminatorio varios recortes que pretendía hacer el gobierno a la paga extra, las pensiones y el subsidio de desempleo.

Fue la doctrina jurídico-alemana la que formuló la teoría de la irreversibilidad de las conquistas sociales. Según esta concepción, el desarrollo de los derechos económicos y sociales depende del legislador, pero una vez que se materializan se constitucionalizan, de tal forma, que toda vuelta atrás es inconstitucional. Sin embargo, esta teoría no ha encontrado eco, es decir, aceptación generalizada. En igual sentido, el TCE no ha acogido el criterio de irregresividad o irreversibilidad, pues del artículo 50 de la Constitución española, relativo a la protección de los ancianos, “(...) *no se deduce el deber de mantener ‘todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual’*”.

En Italia, la Corte Constitucional estableció en la sentencia 275/2016, lo siguiente:

“...Tampoco puede aceptarse el argumento de que, si la disposición impugnada no respetara el límite de los ingresos aprobados en el Presupuesto, la norma violaría el artículo 81 de la Constitución, por carecer de cobertura financiera. Aparte del hecho de que, una vez que se le ha identificado normativamente, el núcleo insuperable de las garantías requeridas para hacer efectivo el derecho al estudio y a la educación de los alumnos discapacitados no puede ser financieramente condicionado en términos absolutos y generales, es evidente que la alegada violación del artículo 81 constitucional es el fruto de una visión incorrecta del concepto de ‘equilibrio del Presupuesto’ (...) La garantía de los derechos humanos irreductibles compromete al Presupuesto, y el equilibrio de éste no puede condicionar su cumplida satisfacción.”

Diferente ha sido el tratamiento que se le ha dado a este principio en Colombia. En efecto, bajo el nombre de la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales o de no regresividad de los derechos ya reconocidos, la Corte Constitucional colombiana lo ha aceptado, pese a no estar consagrado en la CP de 1991. Según la Corte, con base

en el principio de progresividad “(...) una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador, en materia de derechos sociales se ve menguada al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional” (Vid., entre otras, las sentencias n.º C-251 de 1997 (fundamento 8), la n.º SU-624 de 1999, la n.º C-1165 del 2000, la n.º C-1489 del 2000 y la n.º C-671 del 2002). Ergo, alcanzado un determinado nivel de protección, en principio, todo retroceso está prohibido.

Al igual que en España este principio no ha encontrado respaldo en la jurisprudencia y en los precedentes de la Sala; empero, esta, como se estableció atrás, no ha admitido el argumento de la falta de recursos cuando están de por medio derechos fundamentales tales como la vida y la salud, la educación y los derechos de los menores. En el caso que nos ocupa, no nos encontramos en ninguno de estos supuestos. Además, y teniendo claro que la doctrina de la no regresión de las conquistas sociales no está constitucionalizada en nuestro medio y que ante una insuficiencia de recursos por la inobservancia del principio del equilibrio presupuestario **u otra causa justificada y razonable**, es posible hacer los ajustes correspondientes, incluidos en los programas sociales, situación que tampoco se presenta en el extremo consultado.

Recapitulando: Únicamente encuentro vicios de inconstitucionalidad en lo que atañe a la disolución de los sindicatos por conductas delictivas atribuibles a sus dirigentes, pues ello vulnera la libertad sindical, así como en la no consulta a la Corte Suprema de Justicia por las razones que se explican en la opinión consultiva.

Magistrado Fernando Castillo V.

Primera consulta. Expediente N° 19-16322-0007-CO. (punto 3)

Razones separadas de la Magistrada Hernández López sobre la Huelga Política.

El legislador ha establecido un nuevo derecho de huelga contra políticas públicas que afecten de forma directa los intereses económicos y sociales de los trabajadores,

siempre y cuando sea por 48 horas y con prohibición de reiteración por los mismos motivos. En el caso no he suscrito los argumentos de la sentencia, porque estimo que con el reconocimiento de esta figura en la forma que quedó regulada, podríamos estar ante una afectación de derechos constitucionales de terceros. Estamos claros que el legislador es libre de otorgar nuevos derechos a las personas ya sea por reforma constitucional o legal. No obstante, no puede hacerlo si con ello vacía el contenido de otros derechos fundamentales.

Sin duda alguna, existen una serie de políticas públicas capaces de afectar directa o indirectamente los intereses económicos y sociales de los trabajadores. Para reclamar contra estas políticas, existe el derecho de participar de diversas formas. En el caso de los proyectos de ley, puede ser por medio de sus representantes, o directamente en la participación de audiencias en las Comisiones que conocen de los proyectos de ley. En el caso de políticas públicas no legislativas, la participación tradicionalmente se ha dado por medio de la discusión pública, participación ante la autoridad correspondiente y naturalmente en ambos casos, por medio del ejercicio de la libertad de expresión, el cual es ampliamente reconocido en el país y que incluye la posibilidad de manifestarse en horas no laborales (por ejemplo fines de semana como ocurre con frecuencia en diversas marchas)

Es decir que el derecho a opinar y manifestarse contra políticas públicas capaces de afectar directa o indirectamente los intereses económicos y sociales de los trabajadores, está constitucional y legalmente garantizado. El proyecto consultado vendría a ampliar esa participación a través del derecho de huelga por 48 horas. El problema constitucional que tiene este reconocimiento, es que no toma en cuenta que traslada el costo del ejercicio de ese derecho, al patrono público o privado y a terceros afectados. En el caso del patrono público son millones de millones de fondos públicos que se pierden y usuarios/as que se ven afectados/as y en el caso del patrono privado, puede incluso implicar pérdidas económicas millonarias algunas incluso irre recuperables, especialmente si se trata de productos perecederos o incluso de pequeñas industrias que no puedan soportar los costos de la paralización del servicio. Se trata de una traslación del costo al patrono público o privado, por acciones u omisiones no imputables a éstos. En el caso del patrono privado, representa una violación a los artículos 18 y 45 de la Constitución Política que no permite a un particular soportar por sí mismo, en el nombre del interés público, el peso o perjuicio económico de una determinada acción u omisión del Estado. En este caso, el legislador le impone el peso de soportar los costos o pérdidas de las 48 horas de huelga por razones no imputables a éste -ni por acción ni omisión-, por una participación que ya

está garantizada por medio otros mecanismos y que igualmente garantizan la discusión democrática de las ideas. Imaginémos un exportador de productos perecederos paralizado 48 horas, o cualquier industria (a la que se ausente el 100 de su planilla o una parte significativa de ésta), los costos que eso representa pueden ser irrecuperables, porque puede incluso perder su mercadería, o incumplir contratos y plazos que conlleven demandas de terceros. Existen otro tipo de negocios que por su naturaleza, no podrían cumplir su demanda diaria como son por ejemplo los medios de comunicación, con un impacto significativo además, sobre derechos fundamentales de terceros. No menos peligroso es en el caso del patrono público, donde están de por medio millones de colones de fondos públicos y cientos de miles de usuarios/as. En ambos casos se sufren pérdidas millonarias del patrono público o privado por acciones u omisiones en las que no ha tenido ninguna participación. Esa circunstancia puede repetirse varias veces al año, por razones distintas, cada una por 48 horas, con la gravedad de que el proyecto no define que se entiende por “políticas públicas”, lo cual a su vez causa una gran inseguridad jurídica para patronos y trabajadores.

Finalmente, revisada la normativa internacional en la materia no encuentro ninguna disposición convencional que obligue al estado costarricense a otorgar este derecho, con el agravante que será otorgado en perjuicio de otros bienes jurídicos constitucionalmente relevantes. El ejercicio de este derecho sería conciliable con la Constitución, desde mi perspectiva, únicamente si los perjuicios derivados de su ejercicio, fueran compensables por medio de un fondo estatal o reconocimiento fiscal (cuando proceda), lo cual no aparece regulado en el proyecto, o bien con una regulación que permita que la huelga sea de un porcentaje de trabajadores muy reducido, incapaz de generar desequilibrios financieros al patrono público o privado.

Magistrada Nancy Hernández López

Expediente 19-016322-0007-CO

Nota separada de la Magistrada Hernández López

En la discusión del presente asunto, me había reservado la redacción de una nota separada. Sin embargo, prescindo de la misma, por haber sido incorporadas sus observaciones en la redacción de la sentencia.

Magistrada Nancy Hernández López

19-016322

NOTA SEPARADA DE LA MAGISTRADA PICADO.

Procedo a suscribir esta nota separada para expresar con más detalle la posición que mantengo en cuanto al proyecto consultado “Ley para brindar seguridad jurídica sobre la huelga y sus procedimientos”, expediente legislativo hn°21.049.

Lo primero que debo expresar es que consideré, al igual que la mayoría, que este proyecto contenía un vicio sustancial de procedimiento, referido a la falta de consulta a la Corte Suprema de Justicia en los aspectos relacionados con el Poder Judicial, según aclaro más adelante, y por ello, que se dio una violación del artículo 167 de la Constitución Política. Consideré además, en mi carácter particular, que ese vicio de procedimiento era tan grave, que constituía razón suficiente para establecer la inconstitucionalidad del proyecto, y que por ello, no procedía conocer la consulta legislativa en cuanto a los aspectos de fondo. Sin embargo, para lograr voto de mayoría de toda conformidad, debí proceder también a pronunciarme sobre los aspectos de fondo consultados, indicando en los casos en que se dirán, notas particulares.

En este sentido, expreso notas particulares y voto salvado en cuanto a: la falta de consulta a la Corte Suprema de Justicia por lo establecido en cuanto a la inamovilidad de los plazos y en cuanto a lo establecido en el artículo 376.2 sobre la policía judicial (1), en cuanto al concepto de “huelga política” (2), en cuanto a la huelga contra omisiones en políticas públicas (3), en cuanto a la prohibición de huelga en los servicios esenciales, junto al Magistrado Salazar (4), en cuanto al pago del salario durante el movimiento de huelga (5).

1) Razones adicionales de la Magistrada Picado en cuanto a la falta de consulta a la Corte Suprema de Justicia

Tal como lo indiqué, considero al igual que la mayoría, que hay un vicio de inconstitucionalidad en relación con la falta de consulta a la Corte Suprema de Justicia del artículo 376 inciso 10 del proyecto, por violación al artículo 167 de la Constitución Política. Pero además, en el mismo sentido en que lo consigna la Magistrada Hernández López, salvé el voto en cuanto a lo que se indica en el artículo 375 bis, pues estimo que existe un vicio de procedimiento por violación al artículo 167 de la Constitución Política al introducir en el texto consultado la inamovilidad de los plazos decisorios con la frase

“bajo ninguna circunstancia se podrán ampliar los plazos establecidos en la presente norma”, contenido en el párrafo final del artículo 663, lo cual afecta el servicio de administración de justicia. Así entonces, en cuanto a este aspecto, me pliego al voto salvado de la Magistrada Hernández López.

Por otro lado, considero adicionalmente que también el inciso 2) del mismo artículo 376 debió ser consultado a la Corte, en la parte en que se refiere a la “policía judicial”, por ser el Organismo de Investigación Judicial un ente auxiliar de los Tribunales Penales y del Ministerio Público, todos pertenecientes al Poder Judicial. Aunque este aspecto no fue expresamente consultado, conforme lo establece el artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (*“La Sala evacuará la consulta dentro del mes siguiente a su recibo, y, al hacerlo, dictaminará sobre los aspectos y motivos consultados o sobre cualesquiera otros que considere relevantes desde el punto de vista constitucional.”*) se puede evacuar la consulta sobre cualesquiera otros aspectos que se consideren relevantes, como lo he considerado en este caso, respecto de la “policía judicial”.

Definir, cualquiera de los servicios que presta el Poder Judicial, como servicios esenciales y por tanto, prohibir de forma absoluta la huelga, supone, en principio -y más allá del cuestionamiento sobre la adecuada determinación de esos servicios como efectivamente esenciales en su totalidad- una serie de medidas compensatorias de parte de la Corte como patrono. Tal como lo ha indicado la Organización Internacional del Trabajo (*“La libertad sindical”* Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, 2018, página 165), cuando el derecho de huelga ha sido limitado o suprimido en servicios considerados esenciales, los trabajadores deben gozar de una protección adecuada, de suerte que se les compensen las restricciones impuestas a su libertad de acción durante los conflictos que puedan surgir en dichos servicios. Lo cual incluye procedimientos de conciliación y arbitrajes adecuados, imparciales y rápidos en que los interesados puedan participar en todas las etapas.

Por lo demás, en el mismo sentido a lo indicado en el voto salvado del voto número 2018-05758, considero que, la independencia funcional del Poder Judicial, establecida en el artículo 9, y reforzada en el artículo 154, ambos de la Constitución Política, implica, necesariamente, la potestad de dicho Poder de la República de darse su propia organización, con el fin de evitar, en especial, la intromisión de intereses políticos en su función. Y esta independencia organizativa, tanto administrativa como jurisdiccional, es la que también se tutela en el numeral 167, Constitucional. Sin la independencia judicial sería imposible ejercer correctamente la función jurisdiccional. Función sumamente delicada y de gran responsabilidad, la cual no podría llevarse a cabo si no

se garantiza la independencia funcional del Poder Judicial y de los juzgadores que lo conforman. Tal como se dice en el citado voto salvado, existe consenso en la doctrina administrativa, en que la función jurisdiccional es, si no la más compleja, una de las más complejas y difíciles de llevar a cabo en el Estado Constitucional de Derecho en las sociedades modernas. Esto por cuanto, a diferencia de lo que se decida en los Poderes Legislativo y Ejecutivo, las decisiones del Poder Judicial, en ejercicio de la función jurisdiccional, son inapelables; es decir, tiene fuerza o autoridad de cosa juzgada. Esto no solo implica una gran responsabilidad, sino la necesidad de contar con una serie de principios y garantías que permitan el adecuado ejercicio de esa función. En este contexto, la independencia del Poder Judicial, tanto orgánica como funcional, se presenta como una condición sine qua non para el ejercicio de esa delicada función. Corresponde al juez decidir sobre la única y posible interpretación de la ley, de la Constitución y del parámetro de convencionalidad, lo cual sería imposible si no cuenta con la debida independencia. En todo esto, la independencia judicial juega un papel protagónico, pues en un Estado Constitucional de Derecho, es decir, en un Estado Democrático, ese principio tiene una proyección institucional en el Poder Judicial propiamente dicho, frente a cualesquiera de los otros Poderes del Estado, lo que también implica, indispensablemente, la independencia personal y funcional de la figura del juez, no solo en relación con esos otros Poderes del Estado, sino, incluso, frente a los jerarcas del Poder Judicial. Hoy por hoy, no hay Estado de Derecho si el Poder Judicial -con todos sus servidores incluidos-, no cuenta con una real y efectiva independencia. La independencia judicial es una garantía institucional establecida a nivel constitucional, sea, en el rango más elevado de la jerarquía de las normas, al punto que también se encuentra estipulada como un Derecho Humano. En efecto, la Convención Americana de Derechos Humanos ha establecido, como derecho humano, el ser oído por un juez imparcial.

Así las cosas, una forma de garantizar la independencia del Poder Judicial, es respetar en toda su amplitud el mandato constitucional que obliga a consultar al Poder Judicial aquellos proyectos de ley que se relacionen con su organización y funcionamiento, como lo es, en este caso.

2) Nota sobre el concepto de huelga política del artículo 371 del proyecto

Consideré, al igual que la unanimidad de esta Sala, que no es inconstitucional la ilegalidad de la huelga política, contenida en el artículo 371 consultado. Sin embargo, ello es así, desde mi punto de vista, siempre y cuando se interprete de forma restrictiva el concepto de “huelga política”, por cuanto, si estamos frente a decisiones y acciones

del gobierno (política) que tengan relación con políticas económicas y sociales, entonces ello no sería en estricto sentido una “huelga política”, ni podría por tanto, entenderse prohibida.

Así entonces, aquella huelga que se ejecuta contra las acciones del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo, tendientes a direccionar temas de orden económico y social, que afectan los intereses de los trabajadores (aunque no sean empleados directos de dichos Poderes), no deben ser consideradas huelgas políticas. Ahora bien, si no se cumple con este criterio, el movimiento huelguístico sí podría ser definido como “huelga política”.

3) Nota de la Magistrada Picado sobre el concepto de huelga contra OMISIONES en políticas públicas del artículo 371

El artículo 371 del proyecto consultado indica que se permite la huelga que tenga por finalidad protestar contra políticas públicas, siempre que dichas políticas afecten de forma directa los intereses económicos y sociales de los trabajadores. En este sentido, considero que debe entenderse en sentido amplio el concepto de “políticas públicas”, a efectos de que se conciba correctamente, que no se trata solo de acciones, sino también frente a la omisión en el dictado de políticas públicas que los trabajadores reclamen. Por supuesto, no se trataría de cualquier omisión, sino de aquellas omisiones que se relacionen con problemas de envergadura de un sector social concreto.

Así entonces, procedería este tipo de huelga, no sólo frente a una política pública concreta, sino además, frente al reclamo de una política pública que no se ha dictado, y que tenga relación con los intereses económicos y sociales de los trabajadores o sectores sociales involucrados.

Por lo demás, en cuanto al **alcance de la doctrina de los órganos de control de la OIT**, quisiera expresar lo siguiente: Una discusión similar es la sostenida en el país respecto de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso costarricense es posible señalar que la doctrina de los órganos de control de la OIT es vinculante por decisión de la Sala Constitucional, cuya jurisprudencia es vinculante. En efecto, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha dado dos razones por las cuales esto es así: el sometimiento de Costa Rica a la OIT y sus órganos de control, por una parte, y por haber hecho suyos dentro de su jurisprudencia constitucional, los criterios definidos por los órganos de control de la OIT para definir los servicios esenciales y sus consecuencias.

Adhesión de Costa Rica a la OIT y a sus órganos de control: Lo primero que se debe señalar es que inicialmente, tanto en Tratado de Versalles como en la Declaración de Filadelfia y la Constitución de la OIT, se estableció la competencia de la Corte Internacional de Justicia para dar una interpretación auténtica de los Convenios de la OIT, pero se estableció, además, la posibilidad de que, a lo interno de la OIT se creara un tribunal que resolviera los conflictos relacionados. Este tribunal nunca se creó, pero en su defecto se crearon los órganos de control de la OIT, que desarrollan un control sistemático del cumplimiento de los convenios de la OIT por parte de los países (CEACR y Comisión de Aplicación de Normas), así como una serie de mecanismos cuasi-contenciosos por medio de los cuales se tramitan reclamaciones y quejas de diverso tipo en contra de los países miembros de la OIT. Luego de un proceso en el que los países participan, ofrecen pruebas y hacen alegatos, estos órganos dictan sus conclusiones. El más relevante de ellos para efectos de la libertad sindical y sus componentes (incluida la huelga) es el Comité de Libertad Sindical.

Costa Rica no solo es miembro de la OIT, sino que ha aceptado históricamente someterse a este régimen de control convencional por parte de estos órganos. Es aquí donde se hace aplicable lo señalado por la Sala Constitucional desde el primer antecedente al respecto (SCV 2313-95), de manera que la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional, aunque refiriéndose a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló que si Costa Rica se adhirió a un organismo internacional, debe respetar sus decisiones. Con base en eso se aceptó en 1995 que las simples opiniones de la Corte eran vinculantes (2313-95).

En el caso de OIT Costa Rica decidió ser miembro de la OIT, con lo que acepta sus principios fundamentales establecidos en la Constitución de la OIT y en la Declaración de Filadelfia, así como someterse a sus procedimientos y órganos de control. De forma tal que, siguiendo los criterios definidos por la Sala Constitucional, su adhesión a la OIT y a sus procedimientos, incluidos los mecanismos de control, no podrían ser rechazados por Costa Rica. Estos mecanismos son absolutamente imparciales, especializados y garantizan la participación activa de los países en ellos.

La Sala Constitucional ha incorporado la doctrina de los órganos de control a su jurisprudencia: Además, son vinculantes en virtud de que la jurisprudencia de la Sala Constitucional, a partir del año 2011, los ha asumido como los parámetros o criterios que regulan el tema de los servicios esenciales en Costa Rica. Al efecto transcribo las principales resoluciones al respecto:

- *“El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha adoptado determinados criterios respecto al derecho de huelga, en función de las quejas que se le han presentado. Y la Comisión de Expertos, del mismo organismo, ha desarrollado lo que ha llamado una auténtica “jurisprudencia” en la materia.”* SCV 2011-010832 de 14:30 horas del 12 de agosto del 2011.

- En ese voto no solo se adoptaron los criterios definidos por la CEACR y el CLS, sino que se señaló que la regulación de los requisitos para la huelga legal debe estar acordes con es jurisprudencia, y además se instruyó a los jueces de la siguiente forma: *“los jueces de la República que les corresponde conocer de este tipo de asuntos deberán aplicar los convenios y las recomendaciones del Comité de Expertos de la OIT para determinar el porcentaje correspondiente.”*

- En el caso de los anestesistas (2011-017211 de las 15:30 horas y 2011-017212 de las 15:31 horas ambas del 14 de diciembre de 2011) señaló: *“Por su parte, el ordinal 61 de la Constitución Política, amén del derecho de los patronos al paro, consagra el derecho a la huelga de los trabajadores, el cual, sin embargo, es susceptible de limitaciones en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de estos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca. Tal limitación no comprende la totalidad de servicios públicos. Así los convenios y recomendaciones emitidos por la Organización Internacional del Trabajo, a través del Comité de Libertad Sindical y el Comité de Expertos, han ido perfilando los casos en que la huelga puede ser objeto de restricciones o incluso de prohibición y garantías compensatorias. En tal sentido, la OIT ha hecho uso del término “servicios esenciales” para determinar cuándo resulta viable prohibir la huelga en los servicios públicos. En 1983, la Comisión de Expertos de la OIT definió los servicios esenciales como aquellos “cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población”.*

- Y en la más reciente sentencia (SCV 2018-017988 de las 12:13 horas del 26 de octubre del 2018) ha señalado que *“En virtud de lo expuesto, resulta claro que con fundamento en los criterios vertidos por los Comités de Libertad y de Expertos de la OIT, la jurisprudencia de esta Sala y la normativa constitucional y legal vigente en el país, la huelga en los servicios hospitalarios, en tanto actividad esencial del Estado, está prohibida, toda vez que se ponen en peligro bienes jurídicos fundamentales de la sociedad, como la salud y la vida de la población, cubiertos por el ordinal 21 de la Constitución Política. Desde la sentencia 017211-11 y hasta antes de este pronunciamiento de la mayoría, el criterio mencionado ha sido afirmado de manera reiterada y constante en las sentencias estimatorias relativas a la falta de prestación del servicio público de salud a*

causa de una huelga (ver sentencias números 2011-17211, 2011- 12212, 2011-17455, 2011-17680, 2012-1003, 2012,1842, 2012-2415, 2012- 9794, 2016-6463, 2016-7342).

De manera tal que resulta evidente que, en atención a la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Sala Constitucional establecida en la Ley de Jurisdicción Constitucional, el concepto y los criterios definidos por los órganos de control de la OIT respecto de los servicios esenciales han sido señalados como de acatamiento obligatorio. De manera que a partir del año 2011 la Sala Constitucional incorporó estos criterios en jurisprudencia vinculante, de la misma forma que ya lo había hecho anteriormente con otros elementos de la libertad sindical (por ejemplo, la sentencia 5000-93).

4) Razones adicionales de la Magistrada Picado sobre la inconstitucionalidad en relación con la prohibición absoluta de la huelga en los servicios esenciales, dispuesta en el artículo 376 consultado

Conforme lo indicado en voto salvado que suscribo con el Magistrado Salazar, considero que la prohibición absoluta de la huelga en los servicios esenciales, dispuesta en el artículo 376 consultado, es inconstitucional, pues tal como se detalla en ese voto salvado, la prohibición absoluta de la huelga solo debe aplicar para los supuestos en que exista una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población; y, en los casos donde no aplica esa prohibición, se debe exigir una prestación mínima de servicios, tal como está establecido para los servicios trascendentales (artículo 376 ter del proyecto consultado).

Con la indicación de que, considera la suscrita, además que, es inconstitucional la prohibición absoluta de la huelga en servicios judiciales por el procedimiento, por falta de consulta previa a la Corte Suprema de Justicia, en los términos indicados supra.

5) Nota de la Magistrada Picado en cuanto al artículo 379 consultado, sobre los rebajos de salario

En cuanto a lo dispuesto en el artículo 379 consultado, por unanimidad hemos considerado que no es inconstitucional exonerar al patrono del pago de las remuneraciones a los trabajadores que se encuentren participando del movimiento de huelga. Lo anterior, considera la suscrita, siempre que se entienda que, esa exoneración del pago del salario es únicamente para el caso de huelgas declaradas ilegales, puesto que, en el caso de las huelgas declaradas legales, el empleador debe proceder con el pago del salario correspondiente a los días de huelga.

Todo lo cual, por supuesto, no impide que, aún en la huelga legal o ilegal, puedan haber negociaciones en cuanto al pago de salario, entre trabajadores y el empleador, en los términos en que el Comité de Libertad Sindical, de la Organización Internacional del Trabajo, lo ha indicado cuando expresa que el pago del salario no debería ser prohibido y por ello debería ser un tema a resolver por las partes (ver recopilación de 2006, párrafo 656 del Comité de Libertad Sindical).

Por lo demás, aunque se entienda que, durante el periodo de huelga el contrato de trabajo queda suspendido, debe recordarse que, uno de los principios del derecho del trabajo es el de continuidad, lo que implica que se privilegie el mantenimiento de la relación laboral. La obra más citada al respecto es la de Américo Plá Rodríguez. *Los principios del derecho del trabajo*. Ese mantenimiento de la relación laboral se expresa por ejemplo, en que se prefieran los contratos por tiempo indefinido sobre los contratos por tiempo definido, o la posibilidad de suspender el contrato de trabajo en lugar de extinguirlo si se suceden una serie de eventualidades que impidan por un tiempo que el contrato se desarrolle: por ejemplo falta de materia prima, caso fortuito, fuerza mayor, enfermedad del trabajador, licencias varias (por ejemplo por maternidad y lactancia, etc.) o bien la huelga (entre otras). Así entonces, la regla general es que la suspensión no implica la interrupción del contrato de trabajo, y, por lo tanto, el tiempo que dure la suspensión se computa como parte de la antigüedad de la relación laboral para todos los efectos.

En este mismo sentido va la nota que suscribí para el caso de la segunda consulta, en el punto 1), sobre el alegato de violación al principio de no regresión de los derechos laborales.

Finalmente, desisto de consignar nota en cuanto al punto 2) de la segunda consulta, por cuanto el voto salvado que suscribo, junto al Magistrado Salazar Alvarado, expresa suficientemente mi posición al respecto.

Magistrada Ana María Picado Brenes

Expediente 19-016322-0007-CO

Nota separada del Magistrado Chacón Jiménez.

En la discusión del presente asunto, me había reservado la redacción de una nota separada. Sin embargo, prescindo de la misma, toda vez que las razones que suscribimos el Magistrado Rueda Leal y el suscrito quedaron claramente expresadas.

Magistrado Mauricio Chacón Jiménez

Primera consulta. Expediente N° 19-16322-0007-CO.

Voto salvado de la Magistrada Hernández López, respecto a la frase “*bajo ninguna circunstancia se podrán ampliar los plazos establecidos en la presente norma*”, contenido en el párrafo final del artículo 663 del proyecto de ley consultado, por estimar que lesiona la Constitución Política, por vicios de procedimiento y razones de fondo.

El proyecto que se consulta presenta modificaciones en los artículos 663 del artículo 1° del proyecto, y las adiciones al 375 bis, los artículos 376 quater, 376 quinquies, y 665 bis, del artículo 2° del proyecto. Dichos numerales imponen plazos de tramitación y resolución de fondo perentorios a las personas juzgadoras, que deberán conocer aquellos asuntos que han sido determinados como manifiestamente ilegales o bien cuando deban calificar una huelga, *so pena* de ser sancionados disciplinariamente en caso de incumplimiento, sin que puedan ser ampliados si las circunstancias del caso lo requieren. Al haber introducido la frase “**bajo ninguna circunstancia se podrán ampliar los plazos establecidos en la presente norma**”, contenida en el artículo 375 bis párrafo sétimo, se cierra toda posibilidad de tomar en cuenta las circunstancias particulares del caso, para resolver fuera de los plazos establecidos cuando el caso lo amerite, plazos que además son extremadamente reducidos (por ejemplo de 48 horas). Como se verá, bajo ciertos supuestos, los plazos establecidos para la resolución de fondo de los procesos regulados en el proyecto consultado, son de imposible cumplimiento, lo cual expone al juez a responsabilidades de tipo disciplinario, civil y penal, que en la práctica va a impactar negativamente el servicio de justicia y la independencia de los jueces.

A juicio de la suscrita, las normas cuestionadas presentan una doble lesión a la Constitución por razones de procedimiento y de fondo:

Razones de Fondo.

En cuanto a los plazos establecidos por el legislador, debe necesariamente hacerse la diferencia entre lo que son plazos de instrucción de la gestión *–sea para calificar la huelga (artículo 661 y 663) o bien para decretar su ilegalidad manifiesta (375 bis)–* y los plazos de resolución de fondo (*ibidem*) tanto de primera como de segunda instancia. Los primeros no resultan irrazonables, pues se entiende que la tramitación de este tipo de gestiones debe realizarse de forma rápida y eficaz y no requieren un análisis exhaustivo de pruebas o una actividad jurisdiccional intensa, además se trata de gestiones procesales de mero trámite y se encuentra en juego la prestación de servicios públicos esenciales o bien trascendentales, cuyo abordaje debe ser prioritario. No obstante, los plazos perentorios otorgados para el análisis de fondo de los asuntos, desde mi perspectiva, sí resultan irrazonables porque obliga a las personas juzgadoras a emitir sentencias de fondo sobre asuntos que requieren de un análisis exhaustivo y acucioso, de pruebas, escritos y gestiones, que no pueden realizarse a la ligera, en plazos de imposible cumplimiento, los cuales no existen, ni siquiera para el caso del proceso más sumario del ordenamiento jurídico costarricense que es el recurso de habeas corpus. Además, estimo que esta norma no puede verse aislada, de las nuevas funciones que se otorgan a los jueces competentes como lo son la confección de planes de servicio mínimo, que exigen un mayor estudio *–no sólo jurídico–*, de la situación sometida a su conocimiento, pues deben aprender, conocer y dominar la estructura de una determinada empresa u órgano o de varios simultáneamente, para aprobar por ejemplo un determinado plan de servicios o bien para rechazarlo. A manera de ejemplo, se les impone fijar un plan de prestación de servicios que deberá mantenerse a pesar de la huelga *–cuando no exista consenso entre las partes involucradas–* es decir, la persona juzgadora de primera instancia debe: 1) Realizar un estudio del servicio público que prestan los trabajadores en huelga, lo cual incluye toda su estructura administrativa y económica. 2) Determinar si se trata de un servicio público esencial o si por el contrario es un servicio público trascendental. 3) Si se trata de un servicio público trascendental, debe fijar el plan de prestación de servicios mínimos para lo cual tiene que entender toda su estructura y funcionamiento. 4) Dar seguimiento al plan fijado a fin de verificar su cumplimiento. Imaginémonos por ejemplo lo que serían estas funciones en plazos de 48 horas, cuando se trata varios sectores simultáneamente, como sucedió en la huelga pasada y que además correspondan a la misma jurisdicción. Todos estos supuestos conllevan un ejercicio de análisis fáctico y valoración probatoria

que no puede realizarse a la ligera, de ahí que los plazos para la resolución de fondo de los asuntos a 48 horas limitan el correcto ejercicio de la función jurisdiccional como servicio público, y el derecho de las partes a un debido proceso legal y tutela judicial efectiva. En esa misma línea, la sentencia de primera instancia puede ser recurrida y revisada en alzada, instancia donde también se imponen plazos de resolución que no permiten realizar una debida motivación de la decisión que se tome. Lo anterior, tendría como consecuencia la emisión de sentencias por aspectos formales – cumplimiento obligatorio de plazos- y no materiales, lo cual provoca un vaciamiento del contenido del artículo 41 constitucional y en consecuencia, hace nugatorio el derecho al acceso a la justicia y tutela judicial efectiva de las partes que tienen derecho a una correcta aplicación del derecho previa valoración de las circunstancias del caso.

De la mano con lo expuesto en el párrafo anterior, estimo que también se lesiona el principio de independencia judicial, porque se prohíbe la ampliación de plazos, sin justificación alguna, esto pese a que como se explicó, se puede estar ante casos de contenido complejo; y en segundo lugar, porque se imponen presiones indebidas a las personas juzgadoras como lo son las advertencias de procesos disciplinarios en casos de incumplimiento de los plazos irrazonables, a lo que hay que sumar las responsabilidades civiles y penales a que toda persona juzgadora está sometida. En ese sentido los **Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura**, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985, establecen entre otros, que:

*“los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, **sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.**”*

Cabe agregar, que de acuerdo con el proyecto consultado, el incumplimiento de esos plazos -que como se señaló son de imposible cumplimiento en muchos escenarios-, acarrea una sanción administrativa sancionatoria para la persona juzgadora, que pueden implicar suspensión o la revocatoria del nombramiento del funcionario. Lo curioso es que la ley no establece una sanción procesal sobre el asunto fallado fuera de plazo. Es decir, se propicia la resolución de los asuntos de forma intempestiva, que aparte de la responsabilidad del juez, podría acarrear violaciones groseras de fundamentación y en consecuencia la nulidad de los fallos con grandes costos para los derechos de las partes y la administración de justicia. Es cierto que el artículo 3.2 del

mismo proyecto propone una nueva reforma al artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y al final del párrafo primero, pareciera permitir con la frase **cuando la justicia se haya retardado por causa atribuibles a ellos,** "que se pueda eximir al juez en ciertas circunstancias. No obstante, con la frase introducida **"bajo ninguna circunstancia se podrán ampliar los plazos establecidos en la presente norma"**, pareciera que esa modificación al artículo 5 es, en general, y no para el caso de huelgas. Pero aún si interpretáramos que sí lo es, el juez por no cumplir con los plazos intempestivos, aún y cuando pudiera eximirse de una responsabilidad disciplinaria, quedaría sujeto a responsabilidad civil y penal por no cumplir esos plazos.

Sin lugar a dudas, la resolución intempestiva de casos, sin atender a su naturaleza concreta, puede generar errores que no sólo lesionen los derechos de las partes al debido proceso y a una tutela judicial efectiva -con una afectación de la adecuada prestación de las competencias y responsabilidades de la administración de justicia-, sino que además como se indicó, acarrea además responsabilidad, penal, civil y administrativa para la persona juzgadora.

Lo anterior postura, no significa que estime que el legislador no pueda ponerle plazos perentorios a la administración de justicia para la resolución de los procesos, lo que no puede -desde el punto de vista constitucional-, es imponer plazos de imposible cumplimiento de acuerdo a las circunstancias y naturaleza de cada materia y proceso.

Vicio de procedimiento:

Por otra parte, la frase: **"bajo ninguna circunstancia se podrán ampliar los plazos establecidos en la presente norma"**, contenida en el artículo 375 bis, agregada en el texto sustitutivo aprobado en primer debate el pasado 3 de setiembre 2019, no fue consultada a la Corte Suprema de Justicia, lo cual, desde mi perspectiva, resulta inconstitucional por tratarse de una modificación sustancial al proyecto de ley, capaz de afectar el servicio de justicia. Imponer plazos intempestivos de imposible cumplimiento en la práctica, también afecta el servicio público de justicia y adecuado funcionamiento. De conformidad con la Constitución Política, el adecuado funcionamiento del Poder Judicial es responsabilidad de su Corte Suprema y cualquier impacto en su organización y funcionamiento deberá ser consultado conforme lo dispone el artículo 167 constitucional. En el caso bajo análisis, la única forma de cumplir con los plazos inamovibles de 48 y 72 para resoluciones de fondo, implica necesariamente que el Poder Judicial, tenga que considerar modificaciones en su estructura hacia juzgados especializados o destinando mayores recursos a esos efectos,

que implique un refuerzo o aumento de planilla, sin que ese impacto haya sido considerado por la Asamblea Legislativa. El problema se agrava cuando con las modificaciones legales, además el Poder Judicial tiene, como el resto del Estado, restricciones presupuestarias y de regla fiscal que cumplir. Es decir que estos nuevos requerimientos sin recursos adicionales no van a poder cumplirse a corto o mediano plazo, salvo que se sacrifiquen otras áreas de la administración de justicia. En la práctica, es un hecho público y notorio que existe en la materia, una lentitud en la resolución de los procesos de huelga, prácticamente en todo el país. El proyecto de ley, al reducir los plazos más allá de lo razonable, pone a la administración de justicia en un predicamento de reducir los plazos de resolución de despachos ya colapsados por el volumen de casos, sin los recursos necesarios, tema que indiscutiblemente debió haber sido consultado a la Corte Suprema de Justicia como lo ordena la Constitución Política. Desde mi perspectiva no interesa si la Corte en su oportunidad no se opuso cuando fue consultada, no sólo porque en el momento que fue consultada no se establecía la inamovilidad de los plazos “bajo ninguna circunstancia”, como se hizo con la introducción del texto citado, sino porque la opinión de la Corte no vincula a este Tribunal.

Estimo que con la modificación inconsulta introducida, la administración de justicia queda en una situación de incumplimiento por partida doble. Sus jueces quedan atados a plazos humanamente imposibles, inexistentes aún para casos tan sumarios como el hábeas corpus (el más sumario del ordenamiento jurídico) y tampoco desde el punto de vista estructural u organizacional, se tomó en cuenta que si en la práctica los plazos de resolución en esa materia tienen un enorme rezago, su reducción requiere como mínimo rediseño de procesos, replanteamiento de estructuras que necesariamente demanda recursos nuevos, que naturalmente implican un impacto en la estructura y funcionamiento del Poder Judicial.

Por las razones indicadas, estimo que la frase introducida “*bajo ninguna circunstancia se podrán ampliar los plazos establecidos en la presente norma*”, al introducirse en el texto sustitutivo, sin consulta a la Corte Suprema de Justicia en el texto, contiene un vicio sustancial de procedimiento por violación al artículo 167 de la Constitución Política.

Magistrada Nancy Hernández López

VOTOS SALVADOS DE LA MAGISTRADA PICADO

1) Voto salvado en cuanto a violación de procedimiento por falta de consulta a la Corte Suprema de Justicia: En el mismo sentido en que lo consigna la Magistrada Hernández López, salvé el voto en cuanto a lo que se indica en el artículo 375 bis, pues estimo que existe un vicio de procedimiento por violación al artículo 167 de la Constitución Política al introducir en el texto consultado la inamovilidad de los plazos decisorios con la frase “bajo ninguna circunstancia se podrán ampliar los plazos establecidos en la presente norma”, contenido en el párrafo final del artículo 663, lo cual afecta el servicio de administración de justicia. Así entonces, en cuanto a este aspecto, me pliego al voto salvado de la Magistrada Hernández López.

2) Voto salvado en cuanto a violación de procedimiento por falta de consulta a la Corte Suprema de Justicia: Considero adicionalmente que también el inciso 2) del mismo artículo 376 debió ser consultado a la Corte, en la parte en que se refiere a la “policía judicial”, conforme a lo indicado supra, en la nota anterior.

3) Voto salvado en cuanto a la prohibición de huelga en servicios públicos calificados de esenciales: Conforme lo indicado en voto salvado que suscribo con el Magistrado Salazar, considero que la prohibición absoluta de la huelga en los servicios esenciales, dispuesta en el artículo 376 consultado, es inconstitucional. Con la indicación de que, considera la suscrita, además que, la prohibición absoluta de la huelga en servicios judiciales es inconstitucional por el procedimiento, por falta de consulta previa a la Corte Suprema de Justicia, en los términos indicados supra.

4) Voto salvado de la Magistrada Picado en cuanto a la inconstitucionalidad del artículo 378 consultado por prohibir la reiteración, en caso de huelgas contractuales: En cuanto a lo dispuesto en el artículo 378 consultado, que se refiere a la prohibición de reiterar una huelga contractual, por los mismos motivos, considero que tal disposición es inconstitucional, y no admite interpretación conforme. A diferencia de lo que consideré en el caso de las huelgas contra políticas públicas (o contra la omisión de políticas públicas), en estos casos, de huelgas contractuales, considero que no es constitucionalmente posible admitir restricción en cuanto a su reiteración. El alcance del derecho a huelga de los trabajadores, en caso de huelgas contractuales, no se puede admitir la prohibición total de reiteración, sino que, debe entenderse que, se puede reiterar cuando las circunstancias laborales así lo requieran. Si se tiene en cuenta que, el derecho de huelga es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus organizaciones como medio de defensa de sus intereses

económicos, y que, en casos de huelga contractual, la interrupción temporal del trabajo voluntaria, efectuada por los trabajadores, es para obtener reivindicaciones, rechazar exigencias, expresar quejas o apoyar quejas o reivindicaciones de otros trabajadores, frente al empleador, no se puede admitir la prohibición de reiteración, pues reiterar una huelga en estos casos, alude al hecho de que la pretensión inicial de la huelga no fue satisfecha.

5) Voto salvado en cuanto a la prohibición de huelga en servicios públicos judiciales y auxiliares: Conforme lo indicado en voto salvado que suscribo con el Magistrado Salazar, considero que la prohibición absoluta de la huelga en los servicios judiciales y auxiliares, dispuesta en el artículo 376.10 consultado, por calificarlos de esenciales, es inconstitucional. Con la indicación de que, considera la suscrita, además que, la prohibición absoluta de la huelga en servicios judiciales es inconstitucional por el procedimiento, por falta de consulta previa a la Corte Suprema de Justicia, en los términos indicados supra.

6) Voto salvado en cuanto a los servicios de transporte: Suscribo el voto salvado, junto al Magistrado Salazar Alvarado, en cuanto a los servicios ferroviario, marítimo, carga y descarga en muelles y atracaderos. Desisto de la nota por cuanto, dicho voto expresa suficientemente mi posición al respecto.

Magistrada Ana María Picado Brenes

Voto Nro. 2020-010160

Expediente: 20-007686-0007-CO

Tipo de asunto: Consulta Legislativa Facultativa

Proyecto consultado: Proyecto de ley de "Adición de los artículos 36 bis, 53 incisos g y h y reforma del artículo 63 de la Ley n° 7472, de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, del 20 de diciembre de 1994, publicada en La Gaceta n° 14 de 19 de enero de 1995". Expediente legislativo No. 20.861.

Magistrado Ponente: Nancy Hernández López

Descriptorios: Libertad de Comercio. Libertad de Empresa. Usura.



Exp: 20-007686-0007-CO

Res. N° 2020010160

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas y quince minutos del tres de junio de dos mil veinte.

Consulta legislativa facultativa de constitucionalidad formulada por Erick Rodríguez Steller, María Inés Solís Quirós, Otto Roberto Vargas Víquez, Ivonne Acuña Cabrera, Walter Muñoz Céspedes, Patricia Villegas Álvarez, Erwen Masís Castro, Pedro Muñoz Fonseca, Jonathan Prendas Rodríguez, Dragos Dolanescu Valenciano, Ignacio Alpízar Castro, Oscar Mauricio Cascante Cascante, Aracelly Salas Eduarte y Pablo Heriberto Abarca Mora, todos en su condición de Diputados y Diputadas de la República, sobre el proyecto de ley que se tramita bajo el expediente 20.861, "ADICIÓN DE LOS ARTÍCULOS 36 BIS, 53 INCISO G, H Y REFORMA DEL ARTÍCULO 63 DE LA LEY N° 7472, DE LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR, DEL 20 DE DICIEMBRE DE 1994, PUBLICADA EN LA GACETA N° 14 DE 19 DE ENERO DE 1995.

RESULTANDO:

1.- El 29 de abril de 2020, se recibió en la Secretaría de esta Sala, un escrito firmado por 10 Diputadas y Diputados de la República que presentan una consulta facultativa de constitucionalidad de conformidad con el artículo 96 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, sobre el **artículo 36 bis** del proyecto de Ley que se tramita bajo el expediente legislativo No. 20.861 lo anterior, con base en los siguientes argumentos de fondo y forma:

a) Los consultantes, estiman, que existe una violación del principio constitucional de razonabilidad técnica. Refieren que los objetivos de las leyes en la sociedad moderna, se dictan para resolver problemas actuales o prevenir los futuros. En otros casos, se trata de reglamentar el ejercicio de los derechos fundamentales e incentivar el avance económico, social, tecnológico y cultural de la sociedad. Por ello, todas aquellas leyes que no persigan alguno de esos objetivos se consideran contrarias al principio de libertad jurídica consagrado en el **artículo 28 de la Constitución Política**, dado que la labor legislativa del Estado es siempre subsidiaria de la acción privada por lo que sólo debe legislarse cuando sea imperativo satisfacer un interés público fundamental. Sin embargo, consideran que existen casos en los cuales, además de satisfacer una necesidad colectiva, la regulación de la respectiva materia requiere que se haga de manera técnica pues de lo contrario, consideran que la respectiva normativa incurriría en **violación del principio constitucional de razonabilidad** y, por ende, sería contraria al interés público.

En cuanto a los alcances del principio constitucional de razonabilidad técnica, citan jurisprudencia de esta Sala *“En el sentido estricto la razonabilidad equivale a justicia, así, por ejemplo, una ley que establezca prestaciones científicas o técnicamente disparatadas, sería una ley técnicamente irracional o irrazonable, y por ello, sería jurídicamente irrazonable. En este sentido cabe advenir que no es lo mismo decir que un acto es razonable, a que un acto no es irrazonable, por cuanto la razonabilidad es un punto dentro de una franja de postulados u opciones, teniendo un límite hacia arriba y otro hacia abajo, de los cuales la escogencia resulta irrazonable, en razón del exceso o por defecto, respectivamente”* (Voto No. 8724-97).

En consecuencia opinan, que las leyes y, en general todos los actos públicos, o incluso los privados, como requisito para su propia validez constitucional, deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella el cual implica, a su vez el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, entendidas éstas como

idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la Constitución.

Citan, que el principio constitucional de razonabilidad exige que las leyes deban también ajustarse a estrictos parámetros técnicos, pues de lo contrario podrían lesionar los derechos fundamentales de los administrados, así como perjudicar el accionar de la sociedad como un todo. Por ello, puede afirmarse que frente a la técnica no hay discrecionalidad, pues como decía nuestro ilustre jurista Eduardo Ortiz "*La Administración, como se dijo, carece de la potestad de hacer empíricamente lo que debe hacer técnicamente*" (ORTIZ EDUARDO, Tesis de Derecho Administrativo, San José, 1998, Tomo I, página 61).

Agregan, que, dentro de este orden de ideas, el artículo 16 de la LGAP establece un principio general de derecho, extrapolable también al ámbito de las leyes, en el sentido de que no pueden dictarse actos ni aprobarse leyes contrarias a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica.

Citan, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, donde en su artículo 5 dispone que "*la administración pública puede regular los precios de los bienes y servicios sólo en situaciones de excepción de forma temporal, en tal caso debe fundar y motivar apropiadamente esa medida*".

Esta norma legal presupone la existencia de un principio constitucional de razonabilidad técnica, según el cual el Estado, por medio de sus diferentes órganos incluida la Asamblea Legislativa, sólo puede interferir en el funcionamiento económico de la sociedad de manera excepcional y temporalmente. Verbigracia, la regulación de precios de los productos alimenticios por parte del Estado sólo puede darse de manera excepcional y temporal, como cuando ocurre un problema grave de desabastecimiento temporal de alimentos. Las medidas económicas para atemperar la crisis deben ser temporales y nunca permanentes.

Estiman, que de lo anterior deriva que la potestad de fijación de precios solamente puede ejercerse cuando no existan condiciones para la libre competencia y ésta no puede actuar como mecanismo de auto determinación de precios. De igual forma, la fijación de un precio debe tener un carácter temporal.

Mencionan, que dentro de este orden de ideas, la Procuraduría General de la República ha dicho que "*La filosofía de la Ley de Promoción de la Competencia consiste en propiciar que el mercado y la competencia determinen las condiciones de*

participación de los diferentes agentes económicos, incluyendo los precios de bienes y servicios ofrecidos en el mercado. Así, una fijación administrativa de precios no sólo es excepcional sino que debe ser temporal: la Administración interviene para lograr la normalidad, normalidad que significa que el mercado determina los precios. En efecto, el principio que informa el artículo 5 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa del Consumidor es que los precios de los productos dentro del mercado deben ser fijados por ese mercado. Por ende, la regla es la prohibición de fijar oficialmente los precios. Se permite, sin embargo, a la Administración controlar los precios de manera excepcional o cuando existan condiciones monopólicas u oligopólicas, pero la facultad es temporal. De modo que sólo en situaciones excepcionales o monopolísticas y por un plazo determinado, puede proceder la Administración Pública a fijar o controlar precios de bienes y servicios, sin que para tal efecto se diferencie entre bienes finales o intermediarios” (Dictamen 110-1999 31 mayo 1999).

Señalan, que la jurisprudencia de esa Sala ha establecido que *“En criterio de esta Sala, la norma impugnada, no tiene elementos de razonabilidad técnica que la justifiquen, ya que deja sin efecto el ejercicio de un derecho que la ley ya había reconocido a las personas con discapacidad, lo cual lo vuelve inconstitucional por infracción del principio de razonabilidad” (Voto 266-2012).*

Asimismo, ha precisado esa Sala que *“el requerimiento de estudios técnicos no es una mera formalidad, sino que se trata de un requisito material, es decir materialmente se tiene que demostrar, mediante un análisis científico c individualizado, el grado de impacto de la medida correspondiente” (Voto 12745-2019).*

Alegan, que, con lo expuesto, se impactará negativamente a muchos actores del mercado financiero, con mayor razón debería contar con las bases de estudios técnicos respetables y serios que amparen la razonabilidad y proporcionalidad de su aprobación. En caso contrario se incurriría no solamente en la transgresión de los principios enunciados, sino también en una violación del principio de interdicción de la arbitrariedad, siendo oportuno recordar que esa Sala Constitucional ha anulado normas que carecían de estudios técnicos previos y objetivos.

Agregan, que tanto los actos administrativos como las leyes deben dictarse con respeto absoluto de las leyes de la ciencia y de la técnica, pues de lo contrario devienen en absolutamente nulas.

Por tanto, las leyes pueden declararse inconstitucionales si vulneran el principio constitucional de razonabilidad técnica. Expresan, que la inconstitucionalidad del

artículo 36 bis consultado por violación del principio constitucional de la razonabilidad técnica.

Explican, que en el caso del artículo 36 bis en consulta se pretende fijar topes máximos para el cobro de intereses en las operaciones de todo tipo de crédito (financiero regulado, financiero 110 regulado y comercial), según los siguientes parámetros:

“La tasa anual máxima de interés para todo tipo de crédito, salvo para los microcréditos, se calculará sumando el promedio simple, del promedio ponderado de los últimos doce meses de la tasa de interés activa, más doce coma ocho (12,8) puntos porcentuales. Dicho resultado se multiplicará por uno coma cinco (1,5).

La tasa anual máxima de interés para microcrédito, se calculará sumando el promedio simple, del promedio ponderado de los últimos doce meses de la tasa de interés activa, más trece coma dieciocho (13,18) puntos porcentuales. Dicho resultado se multiplicará por dos coma cero ocho cinco (2,085).”

Indican, que la citada norma debería establecer que tal fijación debería hacerse de acuerdo a criterios estrictamente técnicos. Inclusive los criterios técnicos podrían aconsejar que la mejor solución **es no establecer ningún tope**, pues su existencia más bien podría lesionar los derechos fundamentales de numerosas personas al ser excluidas del sistema financiero formal, así como el funcionamiento mismo del sistema financiero.

Acotan, que el proyecto de ley en examen pretende fijar el tope máximo de interés para créditos, dejando de lado los criterios técnicos presentados a la Comisión de Asuntos Hacendarios en las sesiones 68 y 69 por los representantes del Banco Central de Costa Rica, la Superintendencia de Entidades Financieras (SUGEF) y el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF). En su lugar, los diputados de la Comisión de Asuntos Hacendarios utilizaron otros criterios, de elaboración propia, para lo cual utilizaron, entre otros, insumos de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) y de la Escuela de Economía de la Universidad Nacional (UNA).

Enfatizan, que los diputados consultantes pretenden que la Sala Constitucional determine si dejar a un lado los criterios del BCCR, la SUGEF y el CONASSIF para la determinación de la tasa de interés tope de los créditos violenta el principio constitucional de razonabilidad técnica.

Señalan, que al dejar a un lado los criterios técnicos del BCCR, la SUGEF y el CONASSIF para fijar el precio tope para los créditos, se podría dejar excluidas a cientos de miles de familias del acceso al crédito formal, lo cual promueve otras formas ilegales de operación con tasas de interés más altas; pero además con una pérdida de trazabilidad fiscal, formalidad, eficiencia y operación del sistema financiero, elementos perjudiciales para la operación de la economía del país y del libre comercio.

Aclaran, que las diferencias entre el criterio de la SUGEF y el BCCR con respecto a la tasa tope para los créditos, la SUGEF, mediante una metodología enviada a los diputados de la Comisión de Hacendarios en el mes de enero pasado, y reconociendo además que no contaba con todos los insumos para llegar a un rango que pudiera aplicar a todos los productos financieros, estableció que la tasa de interés tope debería ser del 45% anual en colones para la mayoría de los créditos y del 61% anual para los microcréditos. El BCCR, por su lado, envió una metodología a los diputados estableciendo los toques de tasas de interés para los créditos de consumo y tarjetas de crédito en 57% anual.

Puntualizan, que los diputados decidieron hacer a un lado esos criterios técnicos y establecer por su lado el tope en un 39% anual para la mayoría de los créditos, y para los microcréditos en un 55% anual, que es el resultado de aplicar la metodología definida por ellos con los insumos mencionados supra.

Agreden "...A los diputados consultantes, nos preocupa también que actividades como las que funcionan al amparo del microcrédito comercial para la adquisición de bienes para el hogar y la familia, tendrán que salir del mercado por cuanto esta actividad, por sus altos costos operativos, el perfil de sus deudores y los riesgos por incobrables, no podrían subsistir con los toques de tasas de interés que propone el artículo 36 bis consultado. Lo mismo podría suceder con el microcrédito de tarjetas de crédito, es decir, aquellas que se denominan "micro tarjetas", que son la mayoría de las que circulan en el mercado. Lo anterior podría no tener sentido técnico porque las tarjetas son un medio de pago y de uso de una línea de crédito que es lo que está detrás de ellas..."

Expresan su duda, sobre la constitucionalidad de definir en este proyecto de ley el monto de lo que se considera un "microcrédito". Dice así el citado artículo del proyecto:

"Para efectos de esta ley se entiende por microcrédito, todo crédito que no supere un monto máximo de uno coma cinco (1,5) veces el salario base del oficinista 1 del Poder

Judicial, según la Ley N° 7337 del 5 de mayo de 1993. Se excluyen de los microcréditos de las tarjetas de crédito.”

Ese rango de (1.5) veces el salario base de oficinista 1 del Poder Judicial” usado para definir microcrédito, no tiene sustento técnico, y fue más bien producto de una discusión entre los diputados de la Comisión de Asuntos Hacendarios. Les preocupa que ese monto, que es cercano a los 675.000 colones como monto máximo para calificar como microcrédito, es muy bajo y niega la posibilidad de obtener crédito a miles de microempresarios que lo requieren para sus emprendimientos.

Además, dicho monto aproximado de 675.000 colones es muy diferente al límite establecido por el Sistema de Banca para el Desarrollo (SBD) sobre el tema. Para dicho Sistema, un crédito por un monto de hasta 40 veces el salario de un oficinista 1 del Poder Judicial, según ley No. 7337 del 5 de mayo de 1993, es un microcrédito (ver artículo 7.3 del Reglamento a la Ley No. 9274, Reforma Integral de la Ley No. 8634, Ley del Sistema de Banca para el Desarrollo y reforma de otras leyes). Entonces para SBD un microcrédito es todo crédito inferior a una suma aproximada de 18 millones de colones, mientras que, para el proyecto consultado, el microcrédito debe ser inferior a 675.000 colones. Estiman que, ante la crisis económica que estamos viviendo por el COVID-19, la realidad cambió por completo, el desempleo va en ascenso, las jornadas laborales se han reducido, y sectores como turismo, aviación, comercio y entretenimiento se han visto brutalmente impactados. Por lo tanto, se puede afirmar con total certeza que la pérdida esperada neta de las carteras de microcrédito, consumo y tarjeta de crédito se verá altamente incrementada en el entorno actual.

Situación similar se puede concluir con otras variables como por ejemplo el gasto administrativo o el gasto financiero. Claramente el gasto administrativo se incrementará porque será más costoso cobrarle a más deudores morosos y reestructurar deudas de clientes, y claramente el dinero se ha vuelto más escaso por la incertidumbre reinante.

Por lo tanto, los criterios y estudios que algunos diputados usaron como soporte para definir una tasa de usura son totalmente obsoletos en el entorno actual. La realidad financiera y económica del país cambió por completo. Es más, ni siquiera se tiene claridad de cuál es esta nueva realidad.

Incluso, ante la nueva realidad, tanto el BCCR, como el CONASSIF y la SUGEF han salido a manifestar que están en total desacuerdo con fijar tasas tope a los créditos, ya que incluso la metodología que esas entidades presentaron a la Comisión de Asuntos

Hacendarlos partía de parámetros de morosidad, utilidad de las empresas, pérdida esperada de la cartera de crédito, costo de liquidez y margen de utilidad, costos administrativos para reducir la mora en el servicio de los créditos, etc., en un entorno de normalidad de la actividad económica.

Insisten, que la única forma, desde el punto de vista técnico para fijar tales topes de intereses, es encargarle al Banco Central que lo haga anualmente tomando en cuenta las condiciones del mercado financiero y comercial en ese momento.

En otros términos, aducen, que el proyecto en consulta es contrario a principios de la técnica financiera y contraria al interés de los consumidores de más bajos recursos económicos, y de todos los consumidores que hoy tienen ingresos reducidos o están desempleados por la crisis, que por su nueva situación económica se verían excluidos del sistema financiero formal.

Concluyen, que la norma consultada está viciada de inconstitucionalidad por estar ayuno de criterios técnicos que justifiquen razonablemente el tope de los intereses que se pueden cobrar en las diferentes actividades financieras afectadas con esos topes.

b) Argumentan que existe, además, una violación de la libertad de contratación, pues según, dicen la Constitución no garantiza directamente la libertad de contratación. Sin embargo, se trata de un derecho fundamental que se deriva de la interpretación armónica de los artículos 28, 45 y 46 de la Carta Política, citan que la jurisprudencia de esa Sala Constitucional ha precisado que el contenido esencial de la libertad de contratación se resume en las siguientes facultades: *“a) La libertad para elegir al contratante; b) la libertad de escogencia del objeto mismo del contrato y, por ende, de la prestación principal que lo concreta; c) la libertad en la determinación del precio, contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación; d) el equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones; equilibrio que reclama, a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato. Esto último resulta de necesaria aplicación y, por ende, de rango constitucional, incluso en las relaciones de desigualdad que se dan, por ejemplo, en los contratos y otras relaciones de derecho público, aunque en ellos permanezcan como de principio las llamadas cláusulas exorbitantes, en virtud de las cuales el ente público puede imponer unilateralmente*

determinadas condiciones, y hasta variaciones, pero aún esto respetando siempre el equilibrio de la relación, la llamada 'ecuación financiera del contrato' y el principio de la "imprevisión". Con mayor razón, pues, en las relaciones contractuales privadas esos principios de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad deben mantenerse a toda costa"(Voto No. 3495- 92).

El tercer contenido implica, además del derecho de fijar el precio, contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación, la libertad para determinar el tipo de moneda que regirá el contrato, así como las condiciones de pago.

Puntualizan, que dentro de la libertad de fijación de precios está lógicamente incluida la fijación de intereses para las operaciones crediticias a favor de terceros, pues los intereses son jurídica y económicamente un precio en sentido estricto y, por tanto, deben ser fijados por las partes contratantes o por el mercado. El Estado sólo debe interferir en esta libre fijación en casos excepcionales y de manera transitoria.

Estiman, que la fijación de topes arbitrarios a las tasas de intereses, como el que prohija la norma consultada, que pueden cobrar los diferentes agentes económicos por los préstamos comerciales que hagan a terceros, implica una clara interferencia y, por ende, violación de la libertad de contratación, dado que impide a las partes contratantes fijar uno de los precios más importantes en las transacciones económicas: los intereses de manera equitativa para todas ellas. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha establecido al respecto que *"El examen con este criterio puede conducir al resultado de que una medida idónea y necesaria para la protección de un bien común no pueda ser aplicada, porque las intervenciones en los derechos fundamentales son más grandes que el beneficio para la protección de los bienes"* (BVERFGE, 92, 277,327).

Finalmente, para emprender un examen de razonabilidad o proporcionalidad de una norma, el Tribunal Constitucional requiere que la parte aporte prueba o al menos elementos de juicio en las que sustente su argumentación e igual carga procesal corresponde a quien rebata los argumentos de la acción y la falta en el cumplimiento de estos requisitos, hace inaceptable los alegatos de inconstitucionalidad. Lo anterior, debido a que no es posible hacer un análisis de *"razonabilidad"* sin la existencia de una

línea argumentativa coherente que se encuentre probatoriamente respaldada. Ello desde luego, cuando no se trate de casos cuya irrazonabilidad sea evidente y manifiesta.

Entienden, que la norma consultada establece un tope máximo a partir del cual las operaciones crediticias serán consideradas como de usura y, por tanto, delictivas. Dicho tope se establece en la norma consultada sin base en criterios técnicos, dado que se fundamenta en información promedio del sistema financiero, y buscando rebajar los intereses al máximo, sin tomar en cuenta las particularidades financieras y económicas de las diferentes actividades a las cuales se les aplicaría el tope máximo de intereses.

Refieren, que los legisladores que se oponen a los criterios técnicos externados reiteradamente en varias cartas y consultas de todos los entes reguladores del sistema financiero nacional, argumentan que si bien tales estudios están bien fundamentados y reflejan la realidad actual del mercado; sin embargo, no reflejan el objetivo de tope de tasa que ellos en lo personal quieren establecer, lo cual implica sustituir las argumentaciones técnicas y racionales por criterios netamente subjetivos de política social y, según ellos, de redistribución de la riqueza. Evidentemente, la norma consultada no es idónea para resolver el problema de la usura, sino que más bien podría incrementarla a niveles incontrolables en el mercado informal.

c) Declaran, una violación del principio de igualdad ante la ley, consideran que este principio significa que los iguales deben tratarse como iguales y, en cambio, los desiguales como tales. En otras palabras, los desiguales no pueden recibir el mismo tratamiento, sino más bien cada uno debe recibir uno diferenciado. Hay que distinguir entre la actividad financiera del microcrédito, las tarjetas de crédito y las operaciones comerciales garantizadas mediante hipoteca o prenda pues la variable precio (tasa) es altamente sensible tanto al riesgo como al costo, sobre todo por el gasto unitario que conlleva hacer un negocio crediticio (más relevante si se considera la regulación). Lo que para una actividad crediticia puede provocar una tasa "*alta*" para otra actividad crediticia puede ser una tasa sumamente baja. Cada una de ellas presenta características propias, pues sus estructuras de riesgos y costos son muy diferentes. Por eso preocupa que el artículo 36 bis que se introduce a la Ley de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, establezca el tope de la tasa de interés tomando en cuenta promedios del mercado sin tomar en cuenta las particularidades de cada uno de los sectores que lo componen. Ello no es posible y atenta contra principios técnicos fundamentales en materia de financiación y crédito. Por ello si se va a definir una tasa de usura debería diferenciarse entre los diferentes productos para no generar exclusión financiera, o, dicho de otra forma, para no "*llevar a la ilegalidad*" a actividades

crediticias que son totalmente razonables y traen un sinnúmero de beneficios para el país: empleo, recaudación fiscal, calidad de vida bancarización, profundización financiera etc. El artículo 36 bis consultado aplica los mismos topes a las diferentes actividades económicas y crediticias en que serían aplicables. Sin embargo, ese tratamiento igualitario es discriminatorio pues trata de manera semejante a personas que ejercen actividades que se encuentran en situaciones de hecho muy diferentes, razón por la que los topes de los intereses que cobran en sus actividades comerciales deben ser calculados de acuerdo con sus costos de operación y el riesgo involucrado en el ejercicio de cada actividad en particular. No solo hay diferencias entre los actores que participan en la actividad económica financiera por concepto del tipo de crédito, tipo de garantías, el plazo, el monto, y el perfil del deudor. Los diferentes actores en el mercado financiero también tienen costos de fondeo muy diferentes. Consideran, que la norma consultada, al no hacer esas diferencias entre todos los actores que participan en la actividad económica financiera, incurre en clara violación del principio de igualdad ante la ley.

d) Argumentan, que existe una Violación del principio seguridad jurídica, uno de los principios fundamentales de todo ordenamiento constitucional democrático, es la seguridad jurídica, debe entenderse como la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes. La seguridad jurídica se asiente sobre el concepto de predictibilidad, es decir, que cada uno sepa de antemano las consecuencias jurídicas de sus propios comportamientos.

La seguridad jurídica garantiza la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes. Por ello, como dice el Tribunal Constitucional español *“Entendida en su sentido más amplio, la seguridad jurídica supone la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho”* (STC 36/1991). La Sala Constitucional ha señalado al respecto que *“En aplicación del principio de seguridad jurídica, el Estado viene obligado a proveer un marco normativo para que el ciudadano sepa a qué atenerse en sus relaciones con la administración. Así, la seguridad jurídica en sentido estricto, no precisa tener un determinado contenido, sino que bastará con la existencia de un conjunto de disposiciones que fijen consecuencias jurídicas frente a ciertos hechos o actos...”* (Voto 10375-11).

Estiman, que, en este caso concreto, la mezcla de criterios utilizados para definir las tasas máximas de interés es un verdadero galimatías, muy difícil de entender

inclusive para los expertos financieros. Por tanto, la norma consultada viola el principio de seguridad jurídica por ser confusa y difícil de entender para el ciudadano común.

e) Por otra parte, consideran, que existe una violación de la libertad de comercio, por cuanto, el artículo 46 de la Constitución Política prohíbe que cualquier acto, inclusive fundado en la ley, pueda restringir válidamente la libertad de comercio. Refieren que el artículo 5 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor dispone que *“la administración pública puede regular los precios de los bienes y servicios sólo en situaciones de excepción de forma temporal, en tal caso debe fundar y motivar apropiadamente esa medida”*. En consecuencia, la fijación de los precios de la economía no puede hacerse por ley, salvo por situaciones de emergencia y de manera temporal, pues ello implica una clara violación de la libertad constitucional de comercio, pues le impone a sus titulares restricciones ajenas al mercado en el ejercicio de su actividad.

f) En similar sentido, señalan, una Violación de la libertad elección de los consumidores (art 46 CP). Mencionan, que esta Sala ha considerado que tales principios se encuentran recogidos y desarrollados en la Ley de Protección al Consumidor. Ha establecido la jurisprudencia constitucional respecto que *“Los principios aludidos sirven de marco a las disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor que, en la medida que se faculta la intervención de los Poderes Públicos en la regulación de precios de bienes y servicios de consumo básico y la de márgenes máximos de utilidad en los demás, no provoca lesiones constitucionales que la Sala deba declarar. Ello en nada afecta las garantías de mercado y libre circulación de los bienes o lo que es lo mismo, el llamado principio económico “de la economía de mercado”*.

Existe como se ha venido analizando, una amplia interrelación entre la defensa de los derechos del consumidor, representados en el acceso a todos los bienes legalmente comercializables, así como a la cantidad y calidad que el particular puede adquirir, según su propia capacidad y los derechos de la libre competencia y libertad de empresa, los que podrían verse amenazados y hasta eliminados por el juego incontrolado de las tendencias de cualesquiera de ellos (Voto 2435-95).

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha precisado que *“Por otra parte, la disposición contenida en el artículo 46 de la Constitución Política debe verse como una protección a los derechos del consumidor, ya que con la creación de los monopolios se coarta la posibilidad de elección, por cuanto existe una única opción. Es por ello que aquellas instituciones a las que se le haya otorgado un monopolio no puede negarse a*

contratar, sin que exista un motivo razonable, ya que de lo contrario se haría nugatoria la posibilidad del particular de acceso a los servicios que brinda quien tiene un monopolio” (Voto 5207-95).

Consideran, que la norma en examen limita el derecho de elección de los ciudadanos en la adquisición de bienes o servicios independientemente de su precio. La fijación de precios, en toda economía moderna, la realiza el mercado y no las autoridades estatales, salvo en casos de urgencia comprobada y por tiempo limitado por razones de interés público (productos de la canasta básica o de primera necesidad).

Aseguran, que de las actas de la Comisión Dictaminadora queda claro que el objetivo de la ley es establecer topes a los intereses que cobran las tarjetas de crédito, con lo cual se interfiere directamente en la libre escogencia de los consumidores quienes se verán obligados, en caso de calificar financieramente, a escoger entre un número limitado de tarjetas de crédito, posiblemente ninguna de las cuales le otorgará beneficios adicionales.

g) Argumentan, que existe una violación del principio de tipicidad penal y otros principios penales (lesividad u ofensividad. legalidad penal). La Defensoría de los Habitantes, en el oficio DF-0233-2020 del 14 de abril del 2020, hace referencia a la reforma del artículo 36 bis consultado, siendo contundente en cuanto a sus apreciaciones de la ausencia de justificación técnica que lleva a la determinación de una formula metodológica no explicada dentro de la Exposición de Motivos y con resultados inciertos que llevan a la calificación de una conducta delictiva. Según la Defensora de los Habitantes *“La exposición de motivos no explica las razones por las cuáles se opta por esa fórmula para establecer la tasa máxima o tope, así como tampoco se explica ese margen de 12,8 puntos porcentuales ni por qué el resultado de esa operación debe multiplicarse por 1,5. Tampoco se plantea cuál es el resultado esperado de la aplicación de esa fórmula. En consecuencia, no es posible saber a ciencia cierta cuál es la tasa de interés que representaría el límite, después del cual una tasa sería considerada de usura”.*

Estiman, que lo manifestado por la Defensoría de los Habitantes acerca del artículo citado es de gran relevancia, pues la ausencia de la claridad en la determinación de la conducta que sería penalizada a partir de la aprobación de este proyecto, viola los principios de lesividad u ofensividad, pues este tipo de normas presentan una característica esencial que es la indeterminación del bien jurídico a proteger.

La Sala Constitucional ha hecho referencia a tales principios de la siguiente manera: *“El principio de ofensividad o lesividad exige que no haya delito sin puesta en*

peligro de un bien jurídico (“nullum crimen sine injuria”). La protección de bienes jurídicos se reputa en las sociedades democráticas como la justificación de las prohibiciones penales, constituyéndose esta finalidad en un verdadero límite al poder punitivo estatal. Dicho principio deriva de lo dispuesto en los artículos 1, 20, 28 y 39 de la Constitución Política. ... Bajo este marco normativo, es claro que una teoría del delito acorde con la Constitución solo puede partir del interés de la protección de un bien jurídico; no se justifica la existencia de una norma penal sin que sea inherente el objetivo de esa protección. Para poder configurar una conducta como delito, no basta que infrinja una norma ético, moral o divino, sino que es necesario, ante todo, la prueba de su carácter lesivo de valores o intereses fundamentales para la sociedad. Ciertamente, la decisión de cuáles bienes jurídicos han de ser tutelados por el derecho penal es una decisión de carácter político criminal; no obstante, dentro de un sistema democrático como el que consagra la Constitución, en donde se pretende realizar el ideal de una sociedad libre e igualitaria, las intromisiones en el ámbito de libertad de las personas han de ser las estrictamente necesarias para hacer efectivas las libertades y derechos de los demás ciudadanos, y sobre todo, han de atender al principio de proporcionalidad. Lo anterior, por cuanto la existencia del derecho penal implica a su vez la existencia de la estructura carcelaria, que apareja la más grave restricción a la libertad humana; libertad que el Estado, paradójicamente, debe garantizar y proteger. El legislador debe seleccionar de entre todas las posibles conductas antijurídicas solamente algunas, aquellas que afectan en forma importante bienes jurídicos de trascendencia para la convivencia social y en las que no exista otro medio de solución más efectivo y menos lesivo de los derechos fundamentales de las personas. Sólo en la protección de bienes jurídicos esenciales para la convivencia puede encontrar justificación la intervención punitiva del Estado siempre dentro de los límites que los principios de proporcionalidad y razonabilidad imponen” (Voto 2004-2009. En similar sentido, sentencias 1996-06410 y 1996-07034).

Agregan, que la norma consultada violenta el principio de tipicidad penal y el de certeza jurídica, pues el artículo no define claramente el tipo de “bien”, pues tal y como se mencionó anteriormente, se sujeta a una fórmula metodológica ausente de fundamentación en la Exposición de Motivos, es decir, constituye un tipo penal abierto, que no cualifica ni cuantifica la naturaleza del bien. En otras palabras, es completamente aleatorio (cuantía, características, etc.), con lo cual crea una inseguridad jurídica a la hora de su aplicación. El artículo consultado se caracteriza por la ausencia de una definición y de parámetros claros para identificar sus magnitudes y los supuestos de la afectación al bien jurídico tutelado.

Se considera que la ausencia de esta definición, la cual es esencial en la configuración típica del delito de usura, viola de manera directa el principio de legalidad penal, consagrado en el artículo 39 de la Constitución Política. Este principio, implica que el legislador debe redactar adecuadamente la ley, lo cual exige, por supuesto, al menos dos aspectos: certeza y precisión, requerimientos que son incompatibles con la existencia de ambigüedades y contradicciones en la redacción de los tipos penales. Es decir, los tipos penales deben estar estructurados por un presupuesto (conducta) y una consecuencia (pena), de modo tal que no es posible crear tipos penales paralelos y repetitivos de los ya existentes, con penas iguales o mayores, pues ello dificulta la labor de concreción del juez penal. Sobre este punto, la jurisprudencia de esa Sala Constitucional ha establecido que *“La precisión obedece a que, si los tipos penales se formulan con términos muy amplios, ambiguos o generales, se traslada al Juez, al momento de establecer la subsunción de una conducta a una norma, la tarea de determinar cuáles acciones es punibles, por el gran poder de absorción de la descripción legal. La claridad, por su parte, atiende a la necesaria comprensión que los ciudadanos deben tener de la ley, para que así adecúen su comportamiento a las pretensiones de la ley penal (pueden consultarse al respecto las sentencias 1876- 90 y 1877-90) ... Además, es esencial que exista una definición clara, precisa y suficiente de los elementos básicos configuradores del tipo penal, para que se cumpla con la función de garantizar la libertad y seguridad individuales, al poder determinar (en forma anticipada, clara e inequívoca, qué comportamientos están prohibidos)”* (Voto 14015-09).

En conclusión, tal como está planteado el proyecto no es posible conocer con certeza cuál podría ser la tasa máxima para los créditos, así como tampoco son claras las razones por las cuáles se decidió optar por la forma de cálculo plasmada en el proyecto consultado. Esa carencia genera las inconstitucionalidades señaladas, así como cuestionamientos sobre la razonabilidad y proporcionalidad de tales tasas, como se ha indicado a lo largo de esta consulta, poniendo en riesgo el cumplimiento de la voluntad del legislador. Este proyecto de ley viene a crear política criminal, pues le pone un número a la tasa de usura que se basa en una metodología incierta que va determinar cuál conducta se configura dentro del delito de usura.

h) Además, consideran que existe, una violación al principio de publicidad v transparencia parlamentaria, por cuanto, al momento de dictaminar el proyecto de ley se aprobó en la Comisión de Asuntos Hacendarlos una moción para mandar a publicar en La Gaceta dicho texto por lo cambios significativos que el proyecto experimentó en dicha Comisión antes de ser dictaminado. Sin embargo, a pesar de la

moción aprobada, no se publicó el texto dictaminado, como tampoco se publicó el último texto sustitutivo aprobado por los diputados.

Mencionan, que el principio de publicidad ha sido desarrollado ampliamente por la Sala Constitucional. Para resaltar su relevancia citan algunos extractos: *“Sin duda, el principio de publicidad en el procedimiento legislativo cumple además de funciones formales, también materiales, no solo en los actos preparatorios de un proyecto de ley, sino cuando se encuentra en otras fases del trámite, cuando la Asamblea Legislativa recibe la publicidad por radio y televisión, dado que los debates del Plenario legislativo están abiertos al público (párrafo tercero del artículo 117 de la Constitución Política). En tal sentido, estas circunstancias y la obligación de publicar los proyectos de ley está contenido en el principio de publicidad que debe servir como vector de legitimidad de todo órgano representativo de la soberanía popular. En tal sentido, los parlamentos y sus actos son de gran valor y trascendencia para la vida democrática de los países, y deben permitirse ventilar sus actuaciones con transparencia y de cara al público, al ser estos los centros políticos y jurídicos de una Nación, y el lugar primario en el que una sociedad desarticulada debe modularse.”* Sentencia: 1654-11.

“El cumplimiento del principio de publicidad “garantiza un amplio debate al facilitar el contacto con la opinión pública en general con quienes puedan tener interés en conocer, opinar e incidir en el asunto tratado”. En la especie, no se ha garantizado debidamente el referido “contacto” con la comunidad nacional, en tanto que, en un primer momento, se publicó un proyecto incompleto, y, en un segundo momento, no se corrigió o subsanó tal vicio, para que la “comunidad nacional pudiera conocer, con exactitud y certeza, el contenido del proyecto que se encontraba en estudio” Sentencia 6939-13.

“PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA EN EL QUEHACER LEGISLATIVO.

Acotan, que los principios de publicidad y transparencia son consustanciales al Estado Constitucional de Derecho y, particularmente, rigen con mayor esplendor tratándose de los quehaceres legislativos, por cuanto, en el recinto legislativo concurren y comparecen los representantes de la Nación a tratar, deliberar y decidir los asuntos que, originariamente, le corresponden al pueblo y que son delegados por éste en los diputados por virtud del sufragio (doctrina de los artículos 105 y 106 de la Constitución Política). Por consiguiente, el pueblo que conforme al artículo 9 de la Constitución Política después de su reforma parcial por virtud de la Ley 8364 de 1 de julio de 2003- ejerce el Gobierno de la República, tiene el derecho pleno e incuestionable

de imponerse de todos los asuntos que son discutidos y decididos en el parlamento y de las justificaciones o motivos de las decisiones tomadas, esta es una consecuencia inherente a una democracia mixta. Los asuntos propios de una democracia representativa y participativa deben ser tratados con absoluta publicidad y a plena luz, sin posibilidad ninguna de impedirle a la ciudadanía, la opinión pública y los medios de comunicación colectiva tener conocimiento y conciencia de lo que allí se discute y delibera. La Asamblea Legislativa debe ser el poder del Estado más traslúcido de todos los que lo conforman, permitiendo que el pueblo, la ciudadanía, la opinión pública y los medios de comunicación colectiva puedan escrutar y fiscalizar, plena y efectivamente, sus deliberaciones y decisiones. Los principios de la publicidad y la transparencia parlamentaria, tal y como lo ha indicado esta Sala Constitucional en numerosas consultas legislativas evacuadas, rige no solo durante el procedimiento o iter de formación de (a ley, sea cuando se ejerce una función materialmente legislativa, sino también, y con mayor razón, cuando se trata del ejercicio del control político por parte del parlamento.” Sentencia 4182-14.

Como consecuencia de lo enunciado en este apartado, indican que se encuentra que entre los varios vicios procedimentales del Proyecto objeto de esta consulta de constitucionalidad está la violación al principio de publicidad. Añaden, que existe, una Violación al procedimiento parlamentario establecido en el Reglamento de la Asamblea Legislativa, el cual es parámetro de constitucionalidad. Según consta en el acta del día 20 de abril del 2020, el Plenario Legislativo aprobó una moción de orden que indicaba:

"Para que de conformidad con el artículo 177 del Reglamento de la Asamblea Legislativa se dispense de todo trámite, y el tiempo de espera de la publicación el, Expediente 20.861 Adición De Los Artículos 36 Bis, 36 Ter, 53 Incisos G), H) Y Reforma del Artículo 63 De La Ley N.º 7472, Promoción De La Competencia Y Defensa Efectiva Del Consumidor, De 20 De Diciembre de 1994, Publicada En La Gaceta No.14, De 19 De Enero De 1995."

El artículo 177 del Reglamento de la Asamblea Legislativa indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 177.- Trámite de dispensa.

Un proyecto de ley podrá ser conocido por la Asamblea en primer debate, sin el requisito de informe previo de una de las comisiones de la Asamblea, entendiéndose entonces que aquella actúa como comisión general, cuando así lo disponga la propia Asamblea, mediante la expresa dispensa de trámites previos. En este caso, una vez terminada la discusión del asunto en primer debate, y habiéndose conocido

directamente las mociones de fondo de los diputados, el Presidente de la Asamblea pondrá a votación el asunto.”

Nótese que, si bien es cierto, el Plenario puede aprobar una moción de trámite de dispensa para convertir el Plenario en una Comisión General, para conocer un expediente que no cumpla aún con el informe previo que realizan ordinariamente las comisiones, eso no significa que el Plenario Legislativo actuando como comisión general, pueda arrogarse la facultad de eximir un proyecto de Ley de la publicación o de las consultas obligatorias establecidas por la Constitución Política.

Exponen, que al aprobarse esta moción nos encontramos ante un escenario donde el Plenario Legislativo decidió saltarse los trámites de consulta y de publicación, violentando así derechos fundamentales de los costarricenses.

Finalizan diciendo, que a pesar, de los sesgos y vicios que el proyecto de ley contiene, se persigue un fin que es terminar con la usura. Sin embargo, se tomó el camino equivocado para resolverlo. Por tanto, nos permitimos sugerir la forma de enderezarlo.

La forma de hacerlo es profundizando la competencia entre los diferentes actores en el mercado financiero. Para ello deben eliminarse barreras legales de entrada, equipararse las reglas del juego para todos los actores, y bajar los costos económicos de la actividad, como, por ejemplo, el costo de la regulación. Si se insiste en una fijación máxima del precio del crédito, este debería hacerse con recomendaciones del BCCR. Para ello, dicha entidad junto con la SUGEF debería realizar los estudios TÉCNICOS correspondientes para determinar qué debería ser una tasa de usura. Para ello sugerimos que sea el Banco Central de Costa Rica o la Superintendencia General de Entidades Financieras los que establezcan el tope a la tasa de interés.

Solicitan que esta Sala, establezca, que el artículo 36 bis consultado viola el principio de razonabilidad técnica, la libertad de contratación, el principio constitucional de proporcionalidad, el principio de igualdad ante la ley, el principio constitucional de seguridad, jurídica, la libertad de comercio y la libertad de elección de los consumidores, el principio de tipicidad penal, los principios de lesividad u ofensividad, así como legalidad penal, y el principio de publicidad, y violación al procedimiento parlamentario por no realizarse consulta obligatoria al Poder Judicial.

Por todo lo anterior, consideran que el proyecto de ley consultado está viciado de inconstitucionalidad y así debería ser declarado por la Sala Constitucional. Además,

que en virtud que el proyecto de ley consultado está viciado de inconstitucionalidad, cualquier tasa de usura debe definirse de acuerdo con criterios técnicos definidos por una autoridad competente con base a la información estadística correcta y a criterios técnicos y objetivos.

2.- Por resolución de esta Sala de las 15:12 horas del 30 de abril de 2020, se tiene por recibida la Consulta facultativa, formulada por los Diputados y Diputadas.

3.- Mediante resolución de las diez horas cincuenta y nueve minutos del 7 de mayo, se tiene por recibido el expediente legislativo, asignándose el expediente a la Magistrada Hernández López, a quien por turno le corresponde, fecha a partir de la cual corre el plazo del mes calendario, por lo que la consulta vence el 7 de junio del año en curso, que es día no hábil, por lo que el vencimiento sería en la sesión de votación siguiente a esa fecha.

4.- El 30 de abril de 2020, el Diputado Oscar Mauricio Cascante Cascante, solicitó que se le tenga también como consultante de la presente consulta facultativa.

5.- El 30 de abril de 2020, la Diputada Sylvia Patricia Villegas y el Diputado Walter Muñoz Céspedes, retiran su firma en la presente consulta facultativa.

6.- El 04 de mayo de 2020, el Diputado Erick Rodríguez Steller, aporta como prueba un documento publicado por el Fondo Monetario Internacional

7.- El 04 de mayo de 2020, la Diputada Aracelly Salas Eduarte, solicitó que se le tenga también como consultante de la presente consulta.

8.- El 04 de mayo de 2020, el Diputado Pablo Heriberto Abarca Mora, solicitó que se le tenga también como consultante de la presente consulta.

9.- El 05 de mayo de 2020, se recibe por parte del Diputado Erick Rodríguez Steller, aportó la traducción de una prueba -documento publicado por el Fondo Monetario Internacional, cuyo texto original estaba en el Idioma Inglés.

10.- El Magistrado Cruz Castro presentó inibitoria para conocer este asunto, la cual fue acogida.

11.- En el proceso se han observado las prescripciones de ley.

Redacta la Magistrada Hernández López; y,

CONSIDERANDO:

I.- Aspectos preliminares sobre el alcance de los pronunciamientos de la Sala en materia de consultas facultativas. El primer punto que hay que aclarar es que la Sala Constitucional en materia de consultas facultativas, de acuerdo con su reiterada jurisprudencia, únicamente se pronuncia sobre los temas consultados, no sobre la totalidad del proyecto de ley, de tal forma que no puede interpretarse más allá de ese alcance, o bien que existe una especie de aval al proyecto de ley consultado en aquello que no exista pronunciamiento. En efecto, **la Sala no se pronuncia ni sobre los aspectos de oportunidad y conveniencia de los proyectos de ley, materia reservada al legislador, ni tampoco se pronuncia sobre los extremos no consultados.** De tal forma que bien pueden existir roces con la Constitución en un determinado proyecto de ley, sobre los que no se consultó. Naturalmente que, para esos aspectos, de existir, queda abierta la vía de control judicial posterior, que es la acción de inconstitucionalidad, para garantizar la supremacía de la Constitución Política. (En ese sentido ver sentencias 2001-11643, 2001-12459, 2012-9253, 2019-9220, entre otras).

II.- Objeto y admisibilidad de la consulta. Esta consulta facultativa de constitucionalidad se interpone con fundamento en el artículo 96 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y versa sobre aspectos de fondo y forma de la Reforma al artículo 36 bis del proyecto de ley, que en lo que interesa señala:

“Artículo 36 bis.- Límites en las operaciones financieras y comerciales de crédito. La tasa anual máxima de interés que podrán cobrar las personas físicas o jurídicas que otorguen (mandamiento a un tercero, deberá ajustarse a los límites establecidos en este artículo. La tasa anual máxima de interés para todo tipo de crédito, salvo para los microcréditos se calculará sumando el promedio simple, del promedio ponderado de los últimos doce meses de la tasa de interés activa más doce como ocho (12,8) puntos porcentuales. Dicho resultado se multiplicará por uno coma cinco (1,5). La tasa anual máxima de interés para microcrédito, se calculará sumando el promedio simple, del promedio ponderado de los últimos 12 meses de la tasa de interés activa, más trece coma dieciocho (13,18) puntos porcentuales. Dicho resultado se multiplicará por dos coma cero ocho cinco (2,085)”

Para efectos de la admisibilidad de esta consulta, es importante recordar que la tramitación ordinaria de los proyectos de ley en la Asamblea Legislativa, de

conformidad con la Ley de la Jurisdicción Constitucional en sus artículos 96 inciso b) y 98, exige dos requisitos indispensables para efectuar la consulta facultativa de constitucionalidad *-diez firmas de los Diputados y Diputadas y la interposición de la consulta después de aprobado el proyecto en primer debate y antes de serlo en segundo-*, para el caso de leyes ordinarias como la que se consulta en esta ocasión.

Se verifica que la presente consulta reúne los requisitos de admisibilidad al haber sido suscrita al menos por diez 10 diputadas y diputados **al momento de su admisibilidad** y acreditarse que ha recibido el primer debate tal y como consta en el expediente legislativo, el proyecto de ley No. 20.861, que fue aprobado en primer debate, el pasado 27 de abril de 2020, según el iter procesal que de seguido se detalla. En consecuencia, la consulta facultativa de constitucionalidad cumple con todos los requisitos de admisibilidad establecidos en la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Asimismo, se observa que el proyecto consultado fue iniciado el 13 de junio de 2018, y publicado en el Alcance 141 del Diario Oficial La Gaceta 142, del 07 de agosto de 2018. El 14 de noviembre de 2018, se aprobó un texto sustitutivo en la Comisión de Asuntos Hacendarios. Seguidamente el 20 de febrero de 2020, se dictaminó el proyecto afirmativamente *-con texto sustitutivo-* en forma unánime por parte de la Comisión. El 27 de abril de 2020, en sesión plenaria extraordinaria se aprueba en primer debate el proyecto de ley tramitado en el expediente No. 20.861, con una votación de 50 votos a favor, de los 52 Diputados y Diputadas presentes.

La pretensión de los consultantes es que esta Sala, establezca, que el artículo 36 bis consultado viola el principio de razonabilidad técnica, la libertad de contratación, el principio constitucional de proporcionalidad, el principio de igualdad ante la ley, el principio constitucional de seguridad, jurídica, la libertad de comercio y la libertad de elección de los consumidores, el principio de tipicidad penal, los principios de lesividad u ofensividad, así como legalidad penal, el principio de publicidad, y asimismo, alegan violación al procedimiento parlamentario por no realizarse consulta obligatoria al Poder Judicial. Por todo lo anterior, consideran que el proyecto de ley consultado está viciado de inconstitucionalidad y así debería ser declarado por la Sala Constitucional. Además, señalan que cualquier tasa de usura debe definirse de acuerdo con criterios técnicos definidos por una autoridad competente con base a la información estadística correcta y a criterios técnicos y objetivos y que el proyecto, al no estar basado en criterios técnicos, se aleja de la razonabilidad técnica. Según consta en la exposición de motivos del expediente legislativo, la iniciativa legislativa responde a la necesidad de poner un fin a la usura, dándole contenido a la norma penal que la sanciona (artículo

243), por medio de un tope que sirva de parámetro al juez a la hora de aplicarlo y así cumplir la obligación de poner límite a la usura, según lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Señala la exposición de motivos que la regulación de los intereses desproporcionados en las operaciones de crédito ha sido materia de discusión de la Asamblea Legislativa desde hace casi una década, ya que existe un vacío en la normativa que debe ser resuelto, pues aunque tanto el Código Penal como la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N° 7472 establecen sanciones para el delito de usura, lo cierto es que como no está definido, estas sanciones son inaplicables, dejando en indefensión a los consumidores y en impunidad a quienes cometen este delito. Entre los proyectos presentados se señalan: en el año 2009 el proyecto N° 17.348, de Reforma Integral a la Ley N° 7472 y que incorporaba el concepto de usura presentado por el Poder Ejecutivo. Posteriormente, señalan que otros legisladores intentaron abordar el tema (2006-2010) con la iniciativa del expediente N° 17.444, “Ley contra la Usura”. En el (2010-2014) se presentó el expediente N.º 18.535 “Defensa del Consumidor ante la Usura en Tarjetas de Crédito, y en el (2010-2014) se presentó el proyecto de “Regulación del Sistema de Tarjetas de Crédito y Débito”, expediente N.º 18.046. En ese mismo periodo se presentó la “Ley para la Protección de Personas Usuarias de Tarjetas de Débito y Crédito”, expediente N.º 18.803 y, por último, en el periodo (2014-2018) la “Ley contra la Usura”, expediente N° 20.172. Finalmente, también se dio la iniciativa mediante el expediente 18.893 que procuraba reformar parcialmente la ley No. 7472 con el fin de dar contenido al concepto de usura y poder sancionarlo. Ninguna de esas iniciativas prosperó por lo que continúa sin contenido la norma penal que pretende sancionar la usura. Estiman los legisladores promoventes del proyecto de ley que la regulación del cobro de intereses desproporcionados debe ser una materia de atención, acción y regulación del Estado encaminado a una justicia financiera, en consonancia con lo que disponen los artículos 28 y 46 de la Constitución Política, que facultan al aparato público para tomar acciones correctivas en aquellas situaciones en las cuales los intereses económicos de un grupo importante de la población pueden ser gravemente perjudicados. Estiman que se justifica una legislación que introduzca equilibrios y protecciones para la parte débil en una relación contractual que hasta el día de hoy ha permitido el abuso y el exceso. En el caso especial de las operaciones crediticias agregan además que estos mercados no operan en competencia perfecta, sino más bien en condiciones oligopólicas, lo cual ha sido señalado por el mismo Banco Central de Costa Rica. En estos mercados señalan, además que la información no es de fácil acceso para el consumidor, a la vez que los distintos productos crediticios no son necesariamente homogéneos, por lo que se dificulta

enormemente hacer comparaciones entre productos y, por último, el consumidor incurre en altos costos al querer entrar y salir del mercado. Estas asimetrías de información y conocimiento producto de la desigual relación de poder operan en favor de unos pocos y ello justifica la necesidad de la intervención Estatal, con el fin de equilibrar esta balanza. Asimismo, señalan que esta condición desregulada del mercado crediticio tiene repercusiones importantes sobre el nivel de endeudamiento de las personas. De acuerdo con el más reciente estudio de la Dirección de Investigaciones Económicas y de Mercado del Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), a enero de 2018 se registró un incremento del saldo de deuda de tarjetas de $\text{¢}155$ millones (14,4%), con respecto al año anterior, para un total de $\text{¢}1.233.037$ millones (o 1.2 billones), lo que representa alrededor de un 3,79% del Producto Interno Bruto (PIB). Con respecto a las tasas de interés en tarjetas de crédito, un 71% de los plásticos en circulación cuentan con una tasa en colones que oscila entre un 40% y 50%. Lo anterior evidencia que la desregulación imperante en este mercado tiene efectos adversos no únicamente sobre las personas endeudadas, sino también sobre la economía como un todo, pues los recursos que se utilizan para pagar los intereses desproporcionados tienen un alto costo de oportunidad al no destinarse a la inversión, el ahorro o a dinamizar el mercado de bienes y servicios. Adicionalmente, señala el proyecto, esta dinámica del mercado crediticio supone la extracción desproporcionada de rentas de las personas endeudadas en favor de otras que se enriquecen injustamente. La iniciativa de ley, busca regular una tasa que permita comparar de manera homogénea los tipos de interés de múltiples operaciones financieras con períodos de capitalización distintos, usando a una misma base temporal. Es, en definitiva, según el proyecto, el interés anual que se genera una vez descontados los gastos y comisiones por una o varias capitalizaciones al interés nominal. El proyecto original consta de 4 artículos, a saber: la adición de los artículos 36 bis y los incisos g) y h) del artículo 53 de la Ley N.º 7472, para establecer el nivel máximo de interés en las operaciones de crédito, y para facultar a la Comisión Nacional del Consumidor a homologar contratos (de acuerdo con el precedente de Sutel en la Ley N.º 8642 y para denunciar en la vía penal a las personas que eventualmente incurran en el delito de usura. El tercer artículo es una reforma al artículo 63 de la Ley N.º 7472, para determinar que la exigencia de intereses desproporcionados, que sobrepasen los establecidos en esta ley será considerada como delito de usura. Por último, el artículo cuatro establece que los contratos que se celebren a partir de la entrada en vigencia de esta ley, así como cualquier renovación contractual, deberán ajustarse a los parámetros de esta normativa.

III.- El expediente legislativo No. 20.861 ha tenido la siguiente tramitación en sede legislativa:

- a) El 13 de junio de 2018, la Secretaría del Directorio recibe el proyecto de ley consultado (Folio 1).
- b) El 13 de junio de 2018, se asigna el expediente para conocimiento de la Comisión Permanente de Asuntos Hacendarios (folio 12).
- c) El 31 de julio de 2018, se da traslado al Departamento de Archivo (Folio 13).
- d) El 31 de julio de 2018, el Departamento de Archivo remite el expediente No. 20.861 “Adición de los artículos 36 bis, 53 inciso g, h y reforma del artículo 63 de la ley 7472 de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, del 20 de diciembre de 1994 (publicado en La Gaceta no.14 de 19 de enero de 1995) a la Imprenta Nacional para su publicación (folio 27).
- e) El 07 de agosto de 2018, se recibe el proyecto de ley en la Comisión Permanente de Asuntos Hacendarios (folio 32).
- f) El proyecto de ley fue publicado en el Alcance No. 141, Gaceta No. 142 del 07 de agosto de 2018, lo cual, se constata en la siguiente dirección de la web: https://www.imprentanacional.go.cr/pub/2018/08/07/ALCA141_07_08_2018.pdf.
- g) En fecha 14 de noviembre de 2018, se aprueba un texto sustitutivo en la Comisión de Asuntos Hacendarios. (Folios 212 a 215).
- h) El 14 de noviembre se aprueba moción para consultar el texto sustitutivo a las siguientes entidades: Ministerio de Hacienda, Banco Nacional de Costa Rica, Cámara de Bancos e Instituciones Financieras, Asociación Bancaria Costarricense, Superintendencia General de Entidades Financieras, Banco de Costa Rica, Banco Central de Costa Rica, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, Defensoría de los Habitantes, Escuela de Economía Universidad nacional, Banco Popular, Consumidores de Costa Rica, Federación Nacional, Asociación de

Consumidores Libres de Costa Rica, Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF) (folio 187).

- i)* El 21 de noviembre de 2018, el Departamento de Servicios Técnicos rindió su informe, el cual se elaboró sobre el texto sustitutivo aprobado (folio 283).
- j)* El texto sustitutivo aprobado se consultó a 14 organizaciones e instituciones: Ministerio de Hacienda, Banco Nacional de Costa Rica, Cámara Bancos e Instituciones Financieras, Asociación Bancaria Costarricense, Superintendencia General de Entidades Financieras, Banco de Costa Rica, Banco Central de Costa Rica, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, Defensoría de los Habitantes, Escuela de Economía Universidad Nacional, Banco Popular, Consumidores de Costa Rica, Federación Nacional Asociación de Consumidores Libres de Costa Rica y al Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero Nacional (CONASSIF). Asimismo, se recibió en audiencia a las siguientes organizaciones: Asociación Bancaria Costarricense (ABC), Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF), Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF), Escuela de Economía de la Universidad Nacional (ESEUNA), Asociación de Consumidores de Costa Rica (CONCORI), Banco Central de Costa Rica (BCCR), Instituto de Investigaciones Económicas de la Universidad de Costa Rica (IIEUCR). (Expediente Legislativo 20.861 y dictamen unánime afirmativo (folios 1900 a 1924).
- k)* El 12 de marzo de 2019 fue aprobada moción de consulta a la Corte Suprema de Justicia. (folio 834).
- l)* La Corte Suprema de Justicia devuelve la consulta sin pronunciamiento (oficio 067-P-2019) señalando que el texto consultado no se refiere a la organización o funcionamiento del Poder Judicial de conformidad con el artículo 167 de la Constitución Política (folio 857).
- m)* El 20 de febrero de 2020, se dictamina el proyecto afirmativamente - *con nuevo texto sustitutivo*- en forma unánime por parte de la Comisión (folios 1900 a 1924).

- n) El dictamen unánime afirmativo con el nuevo texto sustitutivo del expediente legislativo, se publicó en la Gaceta Digital, Alcance No. 31, Gaceta No. 39 del 27 de febrero de 2020, lo cual se corrobora en la siguiente página electrónica: https://www.imprentanacional.go.cr/pub/2020/02/27/ALCA31_27_02_2020.pdf.
- o) En fecha 20 de abril de 2020, se dispensa de trámites el proyecto de ley consultado. La moción fue aprobada por 45 Diputados y Diputadas, de los 48 presentes durante la Sesión. (Folios 1976, 1977; 1981 al 1983).
- p) El 27 de abril de 2020, en sesión plenaria extraordinaria se aprueba en primer debate el proyecto de ley tramitado en el expediente 20861, con una votación de 50 votos a favor de los 52 Diputados y Diputadas presentes. (folio 2148).
- q) El 30 de abril de 2020, en Segundo Período de Sesiones Extraordinarias, el Departamento Comisiones Legislativas Área Comisiones Legislativas VIII, aprueba la redacción final del texto del expediente 20861. (2178 a 2184).

IV.- Sobre la obligación convencional de regular la usura. Nuestro país, suscribió la Convención Americana de Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969 y la ratificó el 4 de agosto de 1970, incorporándola como parte de su ordenamiento jurídico. En su articulado la Convención contiene la prohibición de la usura como parte de su marco de protección de las personas en sus derechos humanos. En lo que interesa señala el artículo 21 inciso 3):

“Artículo 21. Derecho a la propiedad privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.” (lo resaltado no del original)

Nuestra legislación establece una respuesta penal, a esa prohibición de usura en su artículo 243, el cual establece:

“ARTÍCULO 243.- Será reprimido con prisión de seis meses a dos años o con veinte a ochenta días multa, el que, aprovechado la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona, le hiciere dar o prometer cualquier ventaja pecuniaria evidentemente desproporcionada con su prestación, u otorgar garantías de carácter extorsivo. La misma pena es aplicable al que a sabiendas adquiriese o hiciere valer un crédito usurario. La pena será de nueve meses a tres años o de treinta a cien días multa, cuando el delito fuere cometido por quien, hallándose dedicado habitualmente al negocio de préstamo o arrendamiento de dinero con garantía personal o prendaria, sobre sueldos o salarios no llevare libros de contabilidad conforme a las exigencias legales o no presentare para su inscripción en el Registro de Prendas, en los casos en que éstas se constituyan en documento público o en que el acreedor no renuncie al privilegio prendario, el documento en que consta la operación dentro de un plazo no mayor de sesenta días posteriores a la fecha en que se constituyó el contrato. (Corregido mediante Fe de Erratas publicada en La Gaceta N° 234 de 24 de noviembre de 1971).

Posteriormente con la Ley de Protección al Consumidor, también se incorporó normativa que aumenta la respuesta del Estado en la materia. No obstante, lo señalado en la normativa supra citada, no existe en el país, un parámetro legal para poder aplicar el delito de usura para proteger los bienes jurídicos tutelados. No tiene nuestra legislación un parámetro técnico a partir de cuál un determinado cobro de interés o intereses deja de ser ganancia económica legítima, y se convierte en una forma de explotación que atenta contra la buena fe de los negocios y la dignidad humana, en palabras de la Convención de: “explotación del hombre por el hombre”. Por esa razón la Asamblea Legislativa, según consta en la exposición de motivos del proyecto consultado, ha accionado para dotar a la legislación de ese parámetro y suplir esa omisión, discusión que tiene alrededor de 12 años de estar en la corriente legislativa por medio de distintas iniciativas legislativas que han fracasado. De tal manera que existe un mandato convencional para los Estados miembros del sistema interamericano, firmantes de la Convención Americana de Derechos Humanos, de establecer un tope de intereses a partir del cuál se configura la usura y una figura penal que procura servir de sanción y por lo tanto disuasión de incurrir en esa práctica comercial. Puede decirse que esa normativa convierte la necesidad de prohibir la usura en una materia de interés público que legitima y obliga la intervención de la Asamblea Legislativa en la materia. Al hacerlo, se busca establecer un parámetro que sirva como límite al ejercicio de derechos económicos reconocidos en la misma Constitución.

Durante la discusión legislativa, ninguna de las instituciones financieras o técnicas que comparecieron, se opuso a la idea de poner un tope para dotar de contenido a la norma penal que sanciona la usura y que diera a su vez, cumplimiento a la norma convencional. Por el contrario, todos los comparecientes reconocieron la necesidad de establecer un tope de intereses a partir del cual se configura la conducta ilícita. La única diferencia de criterio fue, sobre cuál debía ser el umbral de ese tope. Entre las instituciones que comparecieron en audiencia y por medio de consulta escrita están: Ministerio de Hacienda, Banco Nacional de Costa Rica, Cámara Bancos e Instituciones Financieras, Asociación Bancaria Costarricense, Superintendencia General de Entidades Financieras, Banco de Costa Rica, Banco Central de Costa Rica, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, Defensoría de los Habitantes, Escuela de Economía Universidad Nacional, Banco Popular, Consumidores de Costa Rica, Federación Nacional Asociación de Consumidores Libres de Costa Rica y CONASSIF. Asimismo, se recibió en audiencia a las siguientes organizaciones: Asociación Bancaria Costarricense (ABC), Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF), Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF), Escuela de Economía de la Universidad Nacional (ESEUNA), Asociación de Consumidores de Costa Rica (CONCORI), Banco Central de Costa Rica (BCCR), Instituto de Investigaciones Económicas de la Universidad de Costa Rica (IIEUCR). Asimismo, el dictamen de la comisión redactora de la iniciativa fue unánime. No obstante, luego de aprobado en primer debate por 50 de los 52 diputados y diputadas presentes, se formula consulta facultativa por algunas dudas de constitucionalidad. Los argumentos de la consulta se abordarán por separado seguidamente:

V.-Violación de la libertad de contratación, comercio y libertad de elección de los consumidores. Se ha alegado una violación al contenido esencial de la libertad de contratación de comercio y de libre elección de los consumidores, debido a que se estima que la Asamblea Legislativa no puede válidamente establecer límites a las tasas de interés de los créditos, más allá de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, es decir únicamente si lo hace en forma excepcional y de manera transitoria. Además, señalan que ello significaría una violación a las libertades económicas consagradas en la Constitución Política, en particular, la de contratación, de comercio y la libertad de elección de los consumidores. Para poder resolver este tema, es necesario determinar cuáles son los límites constitucionales que tiene el legislador en materia económica, para lo cual es necesario delimitar si nuestro modelo Constitucional económico, permite cierto grado de intervención pública en la economía y si es así, con qué límites.

Al respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que nuestra Constitución tiene como modelo ideológico el de un Estado Social de Derecho el cual - *entre otras normas*-, se extrae directamente del artículo 50 que permite la intervención del Estado en la economía para el logro de los fines allí establecidos, básicamente “procurar el mayor bienestar de los habitantes”, para lo cual debe “organizar y estimular la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.” Sobre el modelo constitucional de estado social de derecho inserto en nuestra Constitución y su relación con el sistema económico, ha señalado la jurisprudencia de esta Sala:

“El principio general básico de la Constitución Política está plasmado en el artículo 50, al disponer que “ 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, lo que unido a la declaración de adhesión del Estado costarricense al principio cristiano de justicia social incluido en el artículo 74 ibidem, determina la esencia misma del sistema político y social que hemos escogido para nuestro país y que lo definen como un Estado Social de Derecho” (sentencia 1441-92).

En otras sentencias esta Sala ha ido precisando que esta intervención del Estado en la economía tiene límites claros en la propia Constitución, de tal forma que, si bien se autoriza la intervención pública en la economía, debe hacerlo respetando el contenido esencial de los derechos económicos establecidos en la propia Constitución, como lo serían la propiedad privada, la libertad de comercio y de contratación, entre otros. En la sentencia 1993-550 esta Sala delimita claramente que la intervención pública en la economía es viable, siempre y cuando no resulte incompatible con el “*espíritu y condiciones del modelo de economía social de mercado*”, que es el que permite cierto grado, razonable, proporcionado y no discriminatorio de la intervención estatal, permitiéndose al Estado, dentro de tales límites organizar y estimular la producción, así como asegurar el adecuado reparto de la riqueza (sobre economía social de mercado también ver sentencia 2001-0391). Como se indicó, nuestro modelo constitucional parte de una economía de mercado libre como regla, sin perjuicio de la intervención del Estado cuando sea necesario para satisfacer un interés público. Así, en la sentencia 1995-3016 al aceptar la regulación constitucional del precio del café entre el productor, beneficiador y exportador, claramente se acepta que la intervención pública de la economía cuando se produce un desequilibrio social, que el mercado no puede resolver por sí mismo, lo cual hace imperativo su corrección para satisfacer los postulados del estado social consagrado en los artículos 50 y 74 de la Constitución Política.

Entonces el propio artículo 50, en los términos supra señalados y el 28 de la Constitución (que establece entre otros, la posibilidad de limitar o restringir derechos fundamentales por razones de orden público) sirven como límite a las libertades en general, incluidas las libertades económicas (ver sentencia 1992-3550). En ese sentido, la jurisprudencia constitucional reconoce que ningún derecho fundamental es absoluto, que razones de orden público pueden justificar sus limitaciones, con respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, lo cual necesariamente obliga, a su vez, a incorporar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la hora de valorar si esos límites han sido traspasados. En esa misma línea, los derechos fundamentales de carácter económico, pueden ser restringidos, en la medida estrictamente indispensable para garantizar el respeto a otros derechos fundamentales o el orden público, pero sin afectar su contenido esencial, su núcleo duro. En la sentencia 1992-3495 en lo que interesa se señaló:

“Las dichas libertades contractuales sólo pueden ser restringidas en los supuestos del artículo 28 constitucional, es decir, en tanto su ejercicio dañe la moral social, el orden público, rigurosamente considerado, o los derechos iguales o superiores de terceros. De ello se deriva que, tanto el acuerdo de voluntades implicado en la relación contractual, como la determinación de la cosa, objeto y precio de este acuerdo, pueden y deben ser libremente estipulados por las partes, mientras no traspasen aquellos límites”.

También reconoce la jurisprudencia de esta Sala, que esa restricción de derechos por razones de orden público puede darse cuando *“exista una necesidad social imperiosa”*, y en la *forma menos gravosa* para el derecho fundamental en cuestión (sentencia 1992-3550). Así en la sentencia contra la reglamentación de la educación privada sostuvo:

“XVII-. Desde luego, los derechos y libertades fundamentales están sujetos a determinadas restricciones, las necesarias, pero nada más que las necesarias a la vigencia de los valores democráticos y constitucionales. No obstante, como han dicho el Tribunal Europeo (caso The Sunday Times, pgr 59) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-5/85, pgr. 46) para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente que sea “útil, “razonable” u “oportuna”, sino que debe implicar la “existencia de una “necesidad social imperiosa” que sustente la restricción.”

Como restricciones a las libertades económicas, basadas en una necesidad de orden público suficiente para calificar la existencia de esa “*necesidad social imperiosa*”, la Sala aceptó como constitucional el régimen jurídico regulatorio de las relaciones entre productores e industriales de la caña (sentencia 2006-13331); la fijación del precio de venta del banano, sentencia número 1995-3016, que en lo que interesa señaló:

“En relación con este tema y específicamente en cuanto al control de precios de los productos por parte del Estado, en la sentencia No. 2757-93 de las 14.45 horas del 15 de junio de 1993, la Sala señaló que dentro del concepto de “interés público” u “orden público” se encuentran involucradas las medidas que el Estado adopta con el fin de asegurar, entre otras cosas su organización económica; que como medidas de intervención se incluyen las normas jurídicas que controlan los precios de los artículos de consumo; que la regulación de esos precios no afecta el principio económico de la ‘economía de mercado’, ni lesiona la libertad de empresa, de comercio o la propiedad privada, antes bien, la regulación representa una garantía de uniformidad de las condiciones básicas en el ejercicio de esos derechos; que la facultad del Estado de fijar esos precios conlleva necesariamente una limitación a la libertad, pero esa limitación es razonable por estar dirigida al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución; que los mecanismos de control de la producción y del reparto de la riqueza, están orientados por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que les sirven como parámetros de constitucionalidad. En la sentencia antes citada, la Sala da las razones por las cuales la fijación estatal de precios de los bienes de consumo básico se encuentra amparada a los casos de excepción del mismo artículo 28 de la Constitución que establece como acciones susceptibles de ser reguladas por el Estado, por imperativo de orden público. Ese criterio es aplicable a la situación que ahora se presenta, que es la regulación del precio mínimo del banano y con fundamento en él se analiza otro de los puntos que deben examinarse en esta resolución, cual es la limitación a la libertad de empresa. En relación con ese extremo, la sentencia antes citada señaló, el criterio de la Sala en cuanto a que no lesiona la libertad de empresa ni la libre competencia, el que el Estado fije los precios de determinados productos, en razón de que de conformidad con el artículo 50 de la Constitución, el Estado debe procurar el mayor bienestar de todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.” (lo subrayado no es del original)

También, en la misma línea, aceptó la intervención del Estado en la determinación del precio del café entre el productor y beneficiador-exportador, al señalar:

“Considera esta Sala... que las potestades que tiene el Estado para fijar precios, en los términos regulados en la Ley sobre el Régimen de Relaciones entre Productores, Beneficiadores y Exportadores de Café, no resultan infractores de la libertad de empresa, ni de la libertad de contratación, ya que se ejercen con el fin de cumplir el objetivo que la misma ley señala en su artículo 1, a saber, establecer “un régimen equitativo de relaciones entre productores, beneficiadores de café, que garantice una participación racional y cierta de cada sector en el negocio cafetalero...”

Asimismo, no se debe dejar de lado el hecho de que el ejercicio por parte del Estado de facultades que permitan equilibrar la situación de los diferentes participantes de una actividad productiva, responde al cumplimiento de lo fines que naturalmente corresponde al Estado Social de Derecho cuyo diseño se aprecia sobre todo en lo dispuesto en los artículos 50 y 74 de la Constitución Política”.

En este segmento del mercado, el del café, el precio que el beneficiador-exportador le paga al productor no se fija en función de la oferta y demanda, es decir, el contrato privado producto de la voluntad de las partes, y con base en los argumentos citados, la jurisprudencia ha avalado esta limitación a la libertad contractual. En esa misma línea que reconoce la potestad del legislador de intervenir en los distintos mercados regulando la determinación de los precios de los bienes y servicios, cuando hay un desequilibrio social que el mercado por sí mismo no puede resolver, la Sala al resolver la sentencia 2001-01391 señaló:

“...el rol estatal en esta materia debe partir de la consagración de un sistema legal efectivo de protección del consumidor, que reconozca expresamente sus derechos fundamentales, establezca las soluciones sustanciales para las cuestiones básicas emergentes de las relaciones de consumo, y finalmente consagre los mecanismos concretos de implementación que permitan hacer valer efectivamente aquellos derechos.”

“...el hecho de tener que someter a autorización previa de un ente estatal un plan de venta a plazo con todas sus estipulaciones para que éste sea modificado por ésta, es una clara intervención del Estado en la gestión operativa de una empresa, pero de las que admite el Derecho de la Constitución, puesto que existe

una adecuada proporción entre los fines que persigue la norma y la naturaleza de la limitación que deba soportar el comerciante. De todas formas, hay que considerar que en el mercado se abren múltiples oportunidades al consumidor de oferta y éste tiene la libertad de elegir aquellos productos y sistemas que más le convengan, siendo que si en su elección se ve sujeto a abusos por parte del comerciante, cuenta con medios jurídicos suficientes para hacer efectivos sus derechos, que es la filosofía que informa al sistema; por otro lado, el comerciante no ve limitado su derecho más que en lo esencial, no para el ejercicio de su actividad, sino para la protección del consumidor y por ello estima el Tribunal que es razonable que el Estado intervenga definiendo los contenidos de un contrato entre particulares de forma previa a su oferta pública, ya que ello conduce a dotar de seguridades ese giro comercial, a la vez que evita que el sistema se convierta en una práctica ruinosa para ambas partes, sin interferir abiertamente en la libertad contractual. Al efecto esta Sala en sentencia No. 3495-92 indicó que:

"Las dichas libertades contractuales sólo pueden ser restringidas en los supuestos del artículo 28 constitucional, es decir, en tanto su ejercicio dañe la moral social, el orden público, rigurosamente considerado, o los derechos iguales o superiores de terceros. De ello se deriva que, tanto el acuerdo de voluntades implicado en la relación contractual, como la determinación de la cosa, objeto y precio de este acuerdo, pueden y deben ser libremente estipulados por las partes, mientras no traspasen aquellos límites."

En el caso de estudio, el contenido de los contratos que la norma exige sean autorizados previamente por una autoridad estatal, son pautas que deben ser determinadas por las partes, pero controlados por el Estado, como "manifestación de una policía administrativa especial en la cual los tres tipos de procedimientos de todo ejercicio del poder de policía recién citados (normativo, represivo, material), se expresan como regulaciones en protección del interés público y del orden público económico, en especial en defensa del consumidor" como lo afirma la Procuraduría General de la República en su informe. En resumen, la Sala encuentra en la normativa cuestionada, desarrollo de los principios contenidos en los artículos 50 y 74 de la Constitución Política, al definir la cobertura del Estado Social de Derecho y por ello la acción en este aspecto, debe ser declarada sin lugar."

En el caso de la regulación de la usura, como se indicó al inicio de este considerando, existe un vacío normativo y una obligación convencional que justifican la intervención del legislador para llenar esa omisión que está impidiendo el

cumplimiento de la obligación convencional y la aplicación del tipo penal de usura, por lo que no es una opción, desde el punto de vista constitucional, mantener esa omisión, como proponen los consultantes al alegar que no debería existir ningún tope. Asimismo se reconoce en el expediente legislativo (estudio del Ministerio de Economía Industria y Comercio <http://reventazon.meic.go.cr/informacion/estudios/2020/tarjetas/enero/DAEM-INF-001-20.pdf>) que un gran segmento de la población costarricense está sobre endeudada y que el mercado de las tarjetas de crédito y de ciertos préstamos de electrodomésticos, entre otros, funciona en condiciones de oligopolio. Partiendo de lo señalado supra, no puede alegarse válidamente que regular una tasa máxima de interés, **por sí mismo**, implique un vaciamiento del contenido esencial de libertad de contratación, porque lo que el proyecto de ley pretende es establecer una banda máxima para resolver una omisión convencional y de tipo penal señalada, así como una distorsión en el mercado que éste no ha podido resolver por sí mismo. Se configura entonces, la existencia de un motivo de orden público, y la existencia de una necesidad social imperiosa que justifican la acción del legislador. Por debajo del tope que el legislador pretende establecer, existe la libertad de contratar y escoger libremente con quién contratar dentro de los agentes del mercado, aún con las imperfecciones que presenta, por lo que no estima la Sala que se viole tampoco el derecho a escoger que tiene el consumidor, ya que los topes de precios en distintas materias, aunque limitan el ejercicio de la libertad contractual, mientras no sean irrazonables y desproporcionadas, no vacían el contenido esencial del derecho, sino que lo regulan. Debajo del límite de tope, existe libertad de escoger, ya que se trata de un mercado en competencia, en el cual el consumidor puede elegir con quién desea contratar, entre la variedad de ofertas y con quién contratar. La libre competencia continúa existiendo bajo reglas y condiciones que son aplicables para todos los que forman parte del mercado, por lo que la garantía a la persona consumidora para elegir en libertad individual, bajo un abanico de posibilidades a escoger, sigue existiendo. En todo caso, la protección del consumidor está a su vez tutelada en el artículo 46 de la Constitución Política que dispone que *“Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo”*. Así, el proyecto de ley consultado mantiene la libertad de elección de los consumidores, permitiendo que libremente elijan entre todas las opciones ofertadas libremente el mercado, a la vez que cumple con el mandato de proteger sus intereses económicos, impidiendo el cobro de tasas de interés desproporcionadas que constituyen usura. Tampoco estima la Sala que se lesiona la libertad de empresa, entendida como lo ha señalado la jurisprudencia: *“el derecho que tiene todo ciudadano para escoger sin restricciones, la actividad comercial legalmente permitida que más convenga a sus intereses,”* pero ha sido clara que:

“...ya en ejercicio de esa actividad, la persona debe someterse a la regulación que la ley establece...” (2001-6675)

Claramente el derecho a la libertad de empresa, es un derecho susceptible de ser regulado por la ley según se explicó supra, no existen derechos absolutos y el legislador tiene derecho de limitarlos o restringirlos, siempre dentro del límite al respeto a su contenido esencial y únicamente cuando exista una necesidad social imperiosa que justifique su intervención, con el fin de proteger, a su vez, bienes jurídicos de relevancia constitucional o en el caso de los supuestos regulados en el párrafo segundo del artículo 28 Constitucional. Entonces, en la línea de lo que se ha venido señalando, la regulación de una actividad económica es legítima desde el punto de vista constitucional, si hay razones de orden público que lo justifiquen. Así, por ejemplo, en la sentencia 2001-6675, la Sala admitió la intervención del Estado en la actividad bancaria al resolver la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la norma que obliga a los bancos privados a entregar una parte de sus captaciones a la Banca Estatal, a título de préstamo. En lo relevante al tema señaló:

“En todo caso, en razón de lo afirmado, si bien es cierto, la libertad de empresa admite el derecho a que en Costa Rica exista y se desarrolle la banca privada, también es lo cierto, que el ejercicio de tal libertad encaminada a la ejecución de la actividad bancaria privada, no es irrestricta, sino que se encuentra sujeta a límites que tienden a garantizar el interés de la colectividad (...) la actividad bancaria es un ejemplo de lo dicho, justificándose su regulación, precisamente, en la necesidad de mantener la estabilidad del sistema bancario y ante todo, la confianza pública en este; razones a partir de las cuales, las normas impugnadas encuentran su fundamento y se constituyen en límites necesarios para el ejercicio de la actividad bancaria privada, por lo cual, en criterio de este Tribunal, no resultan inconstitucionales como lo alega el accionante”.

Asimismo, hay que recordar que el artículo 46 de la Constitución Política que es el que regula la libertad de empresa, también establece la obligación de proteger los derechos del consumidor. La jurisprudencia ha reconocido que los derechos del consumidor sirven como límite de la libertad de empresa, por ejemplo, al conocer un recurso contra la potestad del Estado de fijar los precios de la canasta básica:

“Entiéndase que la facultad del Estado de fijar un precio máximo de un bien de consumo básico, conlleva necesariamente, una limitación de la libertad en sus más puras expresiones, pero limitación que es razonable, por estar dirigida al

cumplimiento de uno de los postulados esenciales de nuestro pacto político, el estipulado en el artículo 50 constitucional... desde luego que todos estos mecanismos de control de la producción y reparto de la riqueza, están orientados por los principios de razonabilidad y proporcionalidad como parámetros de constitucionalidad, de tal forma que las medidas podrían resultar contrarias a estos principios, si la fijación que hace el Estado resulta claramente perjudicial para el particular, lo que en el presente caso no se ha demostrado.

II. Según lo expuesto, dado que la potestad de regular los precios de los bienes y servicios de consumo básico -como en este caso el de la carne de res-, del Poder Ejecutivo, se encuentra fundamentada, tanto en la ley como en la jurisprudencia de esta Sala y no provoca lesiones constitucionales en tanto no afecta las garantías del mercado y libre circulación de los bienes, sino que lo que existe es una interrelación entre la defensa de los derechos del consumidor, representando así el Decreto Ejecutivo impugnado, una regulación de la garantía de uniformidad de las condiciones básicas en el ejercicio de esos derechos que potencia una relación de igualdad y proporcionalidad". (sentencia 1995-2435)

La armonización de los intereses de los titulares del derecho a la libre empresa y los derechos de los consumidores, encuentra fundamento en los artículos 28 y 50 de la Constitución Política, con la intervención del Estado en la economía, en tratándose de la fijación de precios, siempre y cuando, como se indicó, sea una potestad ejercida frente a razones de orden público, suficientes que califiquen como una necesidad social imperiosa, utilizando la medida menos gravosa para la limitación del derecho fundamental, y por tratarse de limitación de derechos, que esa regulación se dé por medio de una ley que, a su vez, respete criterios objetivos de igualdad. Desde luego a lo anterior hay que agregar que se garantice al empresario un lucro razonable que le permita competir en el mercado (a su suerte) porque lo contrario sería desproporcionado, cuando de la intervención en la economía se trata.

Dicho lo anterior, es decir, que el legislador sí puede intervenir en la economía, bajo las circunstancias indicadas supra, resta por analizar el punto central de esta consulta y es si el tope máximo de interés propuesto en el proyecto de ley consultado, como límite al ejercicio de la libertad de comercio, de empresa y de libre contratación, es irrazonable o desproporcionado, divorciado, como se alega, de la técnica.

VI.-Violación del principio constitucional de razonabilidad técnica. Según los consultantes "el proyecto de ley en examen pretende fijar el tope máximo de interés

para créditos, dejando de lado los criterios técnicos presentados a la Comisión por el “Banco Central de Costa Rica, la Superintendencia de Entidades Financieras (SUGEF) y el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF). En su lugar, los diputados de la Comisión de Asuntos Hacendarios utilizaron otros criterios, de elaboración propia, para lo cual utilizaron, entre otros, insumos de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) y de la Escuela de Economía de la Universidad Nacional (UNA).” Del propio escrito de consulta y del expediente legislativo se extrae que efectivamente fueron consultados más de 14 instituciones relacionadas con el sector financiero.

Como reconocen los consultantes, no fue que los legisladores se apartaron del criterio técnico, sino que utilizaron criterios sí y otros no, para establecer un tope de usura de “*elaboración propia*”. También reconocen -e igualmente se deriva del expediente-, que no existía un único criterio técnico, sino que todos, absolutamente todos, establecían topes distintos con metodologías distintas, lo cual **no permite afirmar que existía una única verdad técnica** que el legislador debió respetar. Precisamente, como no existió una claridad y consenso -con excepción del hecho de que debía existir un tope- a lo cual sin excepción todas las instituciones técnicas especializadas estuvieron de acuerdo-, no existió consenso en cuál debía ser ese tope, lo que obligó al legislador a utilizar esos insumos para hacer su propia propuesta. De tal forma que de ello no se puede derivar el razonamiento de que la propuesta analizada no tenga sustento, sino que sale de una combinación de insumos e información recibida durante la tramitación legislativa, que efectivamente puede ser adecuada o no, producir algunos de efectos deseados o no. Se alega que esa tasa va a producir un efecto de exclusión financiera del propio sector que se quiere proteger y se aportan algunos estudios de otros países al respecto, con buenas y malas experiencias con topes similares. De la información aportada existen más de 70 países que establecen topes máximos de usura, algunos con experiencias positivas y otros negativas, algunos con tasas uniformes y otros con tasas según el tipo de segmento del mercado. Se menciona, por ejemplo, que Corea del Sur, tiene una experiencia positiva con la fijación de una tasa de usura, mientras que en otros países Colombia, Chile y Perú, la tasa de usura ha tenido efectos de exclusión financiera (ver comparecencia de Bernardo Alfaro de SUGEF fs. 593 y ss; Presidente de Conassif fs.631 y ss, Rodrigo Cubero fs756 y ss; “Estudio del Banco Mundial “Topes a las tasas de interés: la teoría y la práctica). Es decir, dada la **naturaleza hipotética** de las posibles lesiones con efectos irrazonables y desproporcionados en un segmento de la población o de la economía, estima esta Sala que no puede bajo esas condiciones limitar válidamente el margen de iniciativa del legislador, que es el competente y obligado a buscar una solución al problema de la

omisión de la tasa de usura. Lo contrario, en estas circunstancias, sería lesivo de la independencia del parlamento. En esta etapa en que la propuesta no ha desplegado efectos como para valorar -con criterios objetivos y ciertos-, si efectivamente el resultado va a ser negativo, capaz de despojar la norma de razonabilidad y proporcionalidad -por sus efectos-, estima la Sala que, **debe reservar un margen más amplio al legislador**, que el que tiene la Sala en materia de control judicial posterior mediante el procedimiento de acción de inconstitucionalidad, donde sí puede valorar, los efectos inconstitucionales, de una determinada legislación. Sin que la norma haya producido efectos que sean medibles objetivamente y existan estudios técnicos disímiles en el expediente, estamos aún en el campo de la hipótesis, y mal haría la Sala, sin evidencia cierta, limitar el ejercicio de potestades constitucionales propias del máximo órgano de representación popular, luego de un debate democrático que suma más de una década, sin que existan estudios claros que demuestren que la norma resultará desproporcionada en sus efectos. Igualmente, se alega que los escenarios técnicos analizados que constan en el expediente legislativo, no tomaron en cuenta la crisis económica generada con la pandemia, lo cual es enteramente cierto, pero lo es igual para todas las relaciones económicas en el país en todas las materias económicas (incluidas las leyes), de tal forma que ello no autoriza a este Tribunal a impedir que la legislación siga el iter legislativo, imponiendo una especie de inconstitucionalidad preventiva por sus posibles efectos (de lo cual hay discusión entre las propias instituciones financieras comparecientes), porque ello sería invadir el campo del legislador, quien ante ese nuevo escenario puede: **a)** no darle segundo debate el proyecto, **b)** devolverlo a comisión para que le introduzcan un transitorio que tome en cuenta el factor pandemia covid-19 a la hora de regular su vigencia en el tiempo, **c)** aprobarla y si, en efecto, la legislación llega a tener un efecto regresivo en la economía y negativo en un sector de la población, la Asamblea Legislativa tiene potestades para derogar la norma o bien modificar la normativa a futuro, ya que no se trata de normas pétreas.

En cuanto al límite o tope de usura establecido para el microcrédito, no se alega que se haya dejado de lado algún criterio técnico unívoco, sino únicamente que les parece muy bajo en comparación con el monto que existe en la Banca para el Desarrollo, así como que el parámetro utilizado para fijarlo no es el adecuado. Esa misma objeción consta en diversas intervenciones en el expediente legislativo, no obstante, fueron vencidas por una mayoría democrática en el Parlamento. La clave está en que, en este tema, tampoco existe un criterio técnico unívoco, que sustente que el legislador ha violado las reglas de la ciencia y la técnica. Esas diferencias entre las recomendaciones distintas instituciones técnicas se sustenta en que asumieron abordajes metodológicos

y de enfoque abiertamente distintos, por lo tanto, el resultado fue disímil, sin que pueda afirmarse que existe un criterio técnico unívoco para los microcréditos ni los demás créditos en general. En consecuencia, estima la Sala que no puede acusarse válidamente a la Asamblea Legislativa de divorciarse de la razonabilidad técnica, cuando no existen criterios técnicos uniformes.

Lo anterior, tampoco quiere decir que el interés propuesto en el proyecto, esté libre de problemas a la hora de su aplicación, que lo hagan susceptible de modificación futura o de ser cuestionado constitucionalmente por sus efectos. Como se indicó supra, en una consulta legislativa, con un análisis en abstracto, sin un estudio técnico claro que soporte la tesis de los consultantes, este Tribunal no tiene base objetiva para determinar, en este momento, la existencia de una inconstitucionalidad por violación a la razonabilidad técnica como se alegó.

En todo caso, los límites, que propone el proyecto se basan en una metodología en la cual se define la tasa anual máxima como el resultado de una función en la que el valor del tope es dependiente de una variable, en este caso la tasa de interés activa negociada del grupo “Otras Sociedades de Depósito” calculada por el Banco Central de Costa Rica. Es decir, no se trata de la determinación de un porcentaje fijo, sino que se establece una metodología en la que el propio tope fluctuará en respuesta a las tasas de interés activas que se ofrecen en el mercado financiero. Los topes variarán dependiendo del comportamiento del propio mercado financiero, para procurar evitar que, en ese mercado, en el que se fijan libremente tasas de interés, sea posible que se oferten tasas excesivas, de usura, y contrarias a los derechos fundamentales.

Sobre el tema alegado, la jurisprudencia constitucional ha señalado que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieren para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. También ha señalado, (ver a manera de ejemplo sentencia (1998-8858) que “un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: sea **necesario, idóneo y**

proporcional. La **necesidad** de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad - o de un determinado grupo - mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que, si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados.” Estima el Tribunal que como se explicó en el considerando IV, en este momento existe una omisión inconvencional de prohibir la usura, ya que el tipo penal creado al efecto para su sanción, no tiene parámetro que permita determinar a partir de cuál tope un interés es considerado usura y cuál no, lo cual no sólo demuestra el interés público que legitima la acción del legislador, sino que también esa omisión está causando una lesión a derechos fundamentales de personas que se ven afectadas por tasas de usura. La **necesidad**, de intervención del Estado, queda plenamente acreditada. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida, ergo si es necesaria es válida. Ahora bien, también señala la jurisprudencia citada que la idoneidad de una norma, “importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. Así, la **inidoneidad** de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión”. En este caso, no se puede saber a ciencia cierta si existen otros mecanismos que satisfagan de mejor manera la necesidad existente, ya que como se explicó, no existen criterios técnicos unívocos que determinan que existe una medida más idónea para satisfacer el fin o necesidad detectada. No se demostró en esta consulta que exista un camino más idóneo para satisfacer esa necesidad ya que no existen criterios técnicos unívocos que señalen cuál es el límite de usura que equilibre la protección del interés público que el legislador busca proteger, y otros derechos relevantes del ordenamiento jurídico y que no cause exclusión de un sector de la población del sistema financiero. Por su parte, la jurisprudencia citada al referirse a la proporcionalidad nos remite “a un juicio de necesaria comparación entre la **finalidad** perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados. “En cuanto a este aspecto, el límite de usura propuesto, está basado en una ponderación hecha por el legislador de varios estudios técnicos que constan en el expediente, como bien reconocen los consultantes. Si el fin del proyecto es, *-como indica su exposición de motivos-*, superar una omisión en una norma penal, para lograr su aplicación y con ello disuadir a la población de cometer actos de usura y

a la vez cumplir con el mandato convencional de legislar para prohibirla, establecer un tope de usura, donde antes existía una omisión, cumple el fin propuesto que es suplir la omisión y desde esta perspectiva, la norma cumple la conexidad necesaria entre medios y fines que la dota, **prima facie**, de razonabilidad constitucional. Cabe agregar, que la norma consultada, en todo caso, no procura la realización de precios únicos, sino la fijación de precios máximos, al establecer un límite superior de las tasas de interés, que, además, no es un límite pétreo, y excede los precios medios del mercado. Según se expone en el dictamen unánime afirmativo y en las discusiones en plenario, además prevé la fluctuación en dependencia del comportamiento del propio mercado, para adaptarse a esa evolución futura. El proyecto no fija una sola tasa para todas las operaciones, sino que determina un amplio espacio en el cual libremente se pueden fijar tasas de interés diversas, únicamente estableciendo un límite superior que impida la usura. Asimismo, como se explicó supra sobre el control de los precios y la posibilidad de la intervención estatal en la economía, la jurisprudencia de esta Sala lo ha avalado al señalar:

“Es a partir de la conjunción de lo dispuesto en varias disposiciones constitucionales, que la jurisprudencia constitucional ha reconocido la constitucionalidad de las diversas regulaciones que fijan los precios (mínimos o máximos) y los porcentajes máximos de utilidades de ciertos bienes y servicios [...]” (voto No. 2004-09753 a las 14:45 hrs. del 01 de setiembre de 2004)

Lo anterior no obsta para que como se indicó, si la norma en sus actos de aplicación produce efectos inconstitucionales, que la despojen de su razonabilidad, entonces la legislación consultada, una vez vigente, sea susceptible de ser impugnada por control posterior de constitucionalidad de conformidad con los artículos 73 y siguiente de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

VII.- Sobre la violación al principio de igualdad. Sobre este punto cabe señalar que el proyecto consultado no establece la fijación de una tasa de interés única para todos los créditos puesto que lo que define es una tasa máxima, que permite la diversidad dentro de un margen, ni establece una tasa fija en el tiempo y separada de la realidad y fluctuaciones del mercado ya que el método fijado en la norma implica que el tope funciona como un máximo y varía en consideración a las fluctuaciones de las propias tasas activas que resultan del libre funcionamiento del mercado del sistema financiero.

Cabe señalar que el *artículo* 36 bis que se adiciona a la Ley 7472 mediante el proyecto de Ley en consulta: a) sí considera un tope diferenciado para operaciones crediticias en general y uno para operaciones de microcrédito (de bajas cuantías); b) el método establecido no fija un precio único, sino que establece un precio máximo con un amplio margen, resultado de una función que depende de las tasas medias del mercado, pero dada su configuración implica que el tope se establezca muy por encima de esas tasas promedio. Asimismo, el tope propuesto excede los promedios de tasas activas, con el objetivo de que en medio de ese margen puedan ubicarse la diversidad de créditos con estructuras de costos igualmente diversas, pero, al mismo tiempo, determinando un límite objetivo que impida el otorgamiento de créditos a un interés de usura. En síntesis, el proyecto establece un amplio margen, dentro del cual la diversidad propia del mercado puede operar considerando sus desigualdades propias de distintos productos, de tal forma que estima esta Sala que no es lesivo del principio de igualdad constitucional. En todo caso, sobre este tema, no aportan los consultantes los parámetros de desigualdad que señalan por lo cual este punto carece de la fundamentación adecuada.

VIII.- Sobre la violación al principio de seguridad jurídica. Se alega que la redacción es confusa aún para las entidades financieras, lo cual produce incerteza. Para los consultantes, la seguridad jurídica se asiente sobre el concepto de predictibilidad, es decir, que cada uno sepa de antemano las consecuencias jurídicas de sus propios comportamientos, garantiza la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes, parámetro que estiman no cumple la norma en su redacción. Al respecto cabe señalar que el proceso de formación de las leyes en una democracia se construye con la amplia participación de distintos grupos y puntos de vista, algunos de ellos se dan por la propia dinámica legislativa y otros por mandato constitucional o legal. Sería contrario a la naturaleza del Parlamento -que se rige por su esencia por el principio democrático, de participación ciudadana y transparencia-, que los congresos escuchen un único criterio u opinión. La norma impugnada es producto de un debate y discusión de dos años, en el cual participaron más de 14 organizaciones e instituciones, ya citadas a lo largo de esta sentencia. Del resultado de esas consultas, se consensuó un texto que es el que se consulta y el cuál fue aprobado por 50 de los 52 diputados y diputadas presentes, en primer debate. Se trata de una norma de materia financiera que contiene lenguaje técnico y una fórmula matemática que permite establecer un límite objetivo cuantificable para determinar la tasa de usura, según determinadas condiciones del mercado. El tope se establece como una función que varía dependiendo del valor del promedio de las tasas activas promedio que calcula el Banco Central de Costa Rica.

Este tipo de normas son comunes en materia financiera, desde luego que son difíciles de entender para el ciudadano promedio, pero ello por sí mismo, no genera una inseguridad jurídica, la cual para que se dé, tendría que haberse demostrado que no es posible establecer una verdad objetiva de la norma a aplicar. Entre más técnica es la materia que regula una norma, mayor es la dificultad de comprensión. No obstante, el sistema financiero está lleno de normas técnicas que establecen bandas o intereses variables, para los cuales es necesario utilizar la matemática y otras normas, para completar su contenido. A manera de ejemplo el artículo 70 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, dispone claramente que los bancos comerciales quedan facultados para establecer tasas de interés variables y ajustables periódicamente conforme con las políticas del Ente Emisor, lo que está relacionado con el comportamiento macroeconómico y de mercado. Establece la norma:

“Artículo 70.- Todos los créditos que concedan los bancos comerciales deberán ser pagados por los prestatarios en la fecha de su vencimiento, sin perjuicio de que el pago pueda efectuarse, total o parcialmente, con anterioridad a esa fecha. En este caso, según la índole de la operación, los bancos deberán devolver los intereses cobrados por anticipado y no devengados a la fecha de pago.

La cancelación o amortización del crédito deberá adaptarse a la naturaleza de la inversión y la capacidad de pago de los deudores.

*El pago del principal y de los intereses de cualquier crédito concedido por los bancos comerciales podrá pactarse por cuotas periódicas, pagaderas en plazos no mayores de un año. Los bancos comerciales quedan facultados para establecer **tasas de interés variable y ajustables periódicamente en todos sus departamentos, conforme con las políticas del Banco Central de Costa Rica.**” (Lo resaltado no corresponde al original).*

Ese tipo de cláusulas ha sido aceptado en la jurisprudencia constitucional siempre y cuando la variación o fluctuación de la tasa se dé objetivamente conforme a los cambios en el mercado (sentencias 2008-120, 1994-7483).

Estima la Sala que no se viola la seguridad jurídica porque la norma, establece un límite objetivo cuantificable para determinar la tasa de usura que aunque fluctúa por tratarse de una fórmula que se adapta a las condiciones del mercado, de tal forma que los y las habitantes tienen certeza sobre su contenido, si aplican esa fórmula. Tratándose de una fórmula matemática, objetivamente determinable, a su vez con parámetros objetivos establecidos por un órgano técnico como es el Banco Central, no

observa esta Sala cómo puede la norma propuesta ser contraria a la seguridad jurídica. Puede que sea contraria a la técnica, que definitivamente debe procurar la mayor claridad y simplificación posible, no obstante, su complejidad no es sinónimo de inseguridad jurídica como parámetro constitucional.

Finalmente, se reitera que esta Sala, no emite criterios de oportunidad o conveniencia sobre si la fórmula adopta en la norma cuestionada para fijar la tasa de usura, era la mejor opción, de la gran variedad de opciones que se presentaron, únicamente tiene competencia para analizar, de lo consultado, si la norma está dentro de los parámetros constitucionales.

IX-. Sobre la violación al principio de principio de tipicidad penal.

Las y los diputados consultantes, consideran que el artículo 36 bis consultado, viola los principios de legalidad penal, de tipicidad penal y de lesividad. Sus argumentos, se dividen en tres, siendo que dos de ellos, tienen relación con la fórmula que desarrolla el artículo 36 en mención, y la tercera duda, con el tipo penal vigente, que sanciona la usura.

En los puntos 1 y 2 de este tema, se cuestiona que la reforma pretendida mediante el artículo 36 bis, generará un escenario de incerteza jurídica, que provocará que los administrados no puedan auto determinar su actuar, por la ambigüedad y amplitud de la norma penal. Para los consultantes, la fórmula o metodología de cálculo establecida en el artículo consultado, no arroja con certeza, cual es el monto -que al cobrarse- se considere como desproporcionado, es decir, como Usura; dicho cuestionamiento se une a otra de las dudas planteadas en la consulta, en la que se cuestionan las razones técnicas para utilizar la fórmula de cálculo consultada. En su tercer cuestionamiento, exponen los criterios, por los cuales consideran que la estructura del tipo penal de la Usura es inconstitucional (violenta el principio de tipicidad y de lesividad).

En primer término, cabe señalar que los consultantes parten de una premisa equivocada, porque estiman que el artículo 36 bis consultado, funcionará como un nuevo tipo penal, paralelo al artículo 243 del Código Penal. Sin embargo, no lleva la razón la parte consultante, ya que lo desarrollado en el artículo consultado, no es más que un parámetro de regulación a determinado mercado comercial, sin imponer sanción alguna, por lo cual, no es equiparable a un delito. Es necesario recordar, que el Derecho Penal, no establece regulaciones, ni limitaciones de ninguna índole, ya que ningún delito, contiene dentro de su estructura típica, la prohibición de determinada

conducta. Todo lo contrario, el Derecho Penal impone sanciones a conductas o acciones que atentan contra bienes jurídicos de relevancia social.

Una vez descartada la naturaleza de delito del artículo consultado, es necesario entonces, definir su relación con el artículo 243 del Código Penal. En el caso del artículo 36 bis, su naturaleza es peculiar, por cuanto, por una parte, establecerá un parámetro de regulación a determinado mercado financiero, mientras que, por otra parte, completará la conformidad constitucional del tipo penal de la Usura actualmente vigente.

Concretamente, en un primer apartado, se procederá a explicar, la constitucionalidad de la mayoría de los elementos objetivos del tipo penal del artículo 243 del Código Penal; posteriormente, en el segundo apartado, explicaremos como el precepto legal de “Usura”, viene a completar el tipo penal para resolver la apertura que actualmente tiene el tipo penal; en el tercer apartado, detallaremos, como la integración -correlación- del artículo 36 bis consultado, subsanara la apertura del precepto legal de “Usura”, que lo convierte actualmente en un tipo penal abierto, y al dotar de contenido concreto, salva ese problema. Finalmente, en el cuarto apartado, nos referiremos a la razonabilidad y proporcionalidad del artículo 36 bis consultado, en relación a su función integradora del artículo 243 del Código Penal.

Establece el artículo 243 del Código Penal lo siguiente:

“Artículo 243.-Será reprimido con prisión de seis meses a dos años o con veinte a ochenta días multa, el que, aprovechado la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona, le hiciere dar o prometer cualquier ventaja pecuniaria evidentemente desproporcionada con su prestación, u otorgar garantías de carácter extorsivo. La misma pena es aplicable al que a sabiendas adquiriese o hiciere valer un crédito usurario.

La pena será de nueve meses a tres años o de treinta a cien días multa, cuando el delito fuere cometido por quien, hallándose dedicado habitualmente al negocio de préstamo o arrendamiento de dinero con garantía personal o prendaria, sobre sueldos o salarios no llevare libros de contabilidad conforme a las exigencias legales o no presentare para su inscripción en el Registro de Prendas, en los casos en que éstas se constituyan en documento público o en que el acreedor no renuncie al privilegio prendario, el documento en que consta la operación dentro de un plazo no mayor de sesenta días posteriores a la fecha en que se constituyó el contrato.

(Corregido mediante Fe de Erratas publicada en La Gaceta N° 234 de 24 de noviembre de 1971).

(Nota de Sinalevi: Mediante el artículo 60 de la Ley de Promoción de la Competencia; N° 7472 de 20 de diciembre de 1994 amplía este tipo penal al duplicar sus penas cuando la acción sea cometida en perjuicio de los consumidores, en los términos del artículo 2º de dicha ley. Además, indica dos supuestos más en que dichas penas se aplicarán, según el monto del daño causado o el número de productos o servicios transados).

(Así corrida su numeración por el artículo 3º de la ley "Reforma de la Sección VIII, Delitos Informáticos y Conexos, del Título VII del Código Penal"; N° 9048 del 10 de julio de 2012, que lo traspasa del antiguo artículo 236 al 243).

a. Situación actual del artículo 243 del Código Penal:

De inicio, es necesario indicar, que negociar la obtención de ventajas, créditos o garantías con cualquier persona, sin importar si esta es experta o no, o, si se encuentra en necesidad o en una condición de ligereza, no es delito. La prestación de servicios, venta de bienes, intermediación financiera, etc., tiene como fin la generación de lucro, es decir, de una ventaja económica para sus titulares. Ahora bien, lo que se reprocha penalmente es, potenciar a niveles desproporcionados *-mediante un aprovechamiento alevoso-*, las ventajas obtenidas, que, en condiciones normales, no se podrían obtener dentro del desarrollo normal del mercado, o, dicho, en otros términos, la acción penal es la ventaja obtenida, a partir del aprovechamiento antijurídico del patrimonio de una persona que se encuentra en clara desventaja.

Del análisis del tipo penal, queda claro, sin ambigüedad, sin imprecisión y sin oscuridad alguna, cuáles son los verbos típicos y sus modalidades de comisión, incluso, las calidades del sujeto pasivo. El tipo penal en cuestión, desarrolla un escenario previo, a partir de las condiciones del sujeto pasivo de la acción típica, del cual el agente se valdrá para obtener una ventaja patrimonial antijurídica. Aprovecharse de la necesidad, de la ligereza o de la inexperiencia del sujeto pasivo, es la condición clave del tipo penal, ya que éste reprocha, es decir, sanciona, cuando ese aprovechamiento, termina generando que el sujeto pasivo, diera, prometiére ventajas, garantías o créditos *-en favor del agente-*, del tipo desproporcionadas.

Ahora, efectivamente, los anteriores elementos descriptivos del tipo penal, permiten una cobertura mayor cobertura al usar términos genéricos, como

la “necesidad”, la “ligereza” o “inexperiencia”, al igual que los preceptos de “garantías”, “ventajas” o “créditos”, en razón de la gran cantidad de condiciones, que pueden generar la necesidad en una persona, su ligereza o su falta de experiencia (desde la óptica del sujeto pasivo), así como las diversas formas existentes para obtener garantías, ventajas o de constituir créditos. Establecer, por ejemplo, una lista cerrada de “necesidades” que pueden afectar a una persona, o de “créditos”, dejaría por fuera, otros escenarios que merecen de tutela, ya que tales condiciones, cambian constante *-prácticamente diariamente-*, en nuestro modelo social, económico y tecnológico.

El anterior uso de términos o de preceptos legales genéricos, nos impone cuestionarnos, la conformidad constitucional de su uso, dentro de la estructura del tipo penal. Pero, de previo a desarrollar, la constitucionalidad de los preceptos legales genéricos dentro de los elementos objetivos del tipo penal, es necesario primero, establecer la función de la garantía del principio de tipicidad penal. Sobre dicho principio, esta Sala ha indicado, que para validar constitucionalmente, cualquier tipo de prohibición y sanción, se debe de garantizar, que el administrado pueda deslindar las acciones y modalidades de comisión que se encuentran en el precepto legal, de las acciones que no son consideradas ilícitas o que son sancionadas de diferente forma, es decir, que estas no sean ambiguas, para evitar un escenario, donde las personas no puedan determinar su actuar, por las dudas, sobre cuál es la acción o modalidad de comisión, que es sujeción de una sanción.

En segunda instancia, cualquier tipo de prohibición y sanción, no debe generar que las falencias legislativas, deban de ser solventadas arbitrariamente por la autoridad jurisdiccional, ya que, a la hora de aplicar la ley, a un determinado hecho, la labor interpretativa de la norma que realice el juez, o, el operador del derecho, tiene sus límites en las garantías institucionales que le establece la norma constitucional, a la potestad sancionatoria estatal.

Entre dichas garantías institucionales, que se erigen como límites de la labor interpretativa, que el juzgador realiza mediante la fundamentación de su fallo, cabe citar los principios de División de Poderes, Legalidad, Reserva de Ley y de Seguridad Jurídica. Lo anterior implica, que el juzgador a la hora de aplicar determinada norma sobre un supuesto de hecho, no puede suplantar al legislador mediante la utilización de la labor interpretativa, ni siquiera ante un escenario de mala técnica legislativa; ya que dicho acto produciría un estado de indefensión en el administrado, quién no sabría sí atenerse al mandato legislativo, o, al acto jurisdiccional establecido por un juez al resolver un caso particular de otra persona.

Es importante indicar, que la jurisprudencia constitucional, ha legitimado la labor interpretativa del juzgador o del operador del derecho, a la hora de precisar con mayor claridad, el contenido de las normas que establecen elementos objetivos, que se describen en una sola palabra, pero que su contenido integral y significado, conllevan una mayor gama en sus alcances, debido a su complejidad.

Ahora bien, retomando el estudio del uso de preceptos legales genéricos dentro de la estructura del tipo penal, su conformidad constitucional obedece, a que, dichas normas, que describen acciones que implican amplios escenarios de cobertura, de cierta forma, son claramente reconocidos y de comprensión sencilla para el administrado; es decir, son normas que la sociedad reconoce, comprende y legitima, mediante la labor legislativa (principio de representación). Ante dichas normas, la labor del juez se limita, a realizar el ejercicio de tipicidad del hecho acusado, partiendo del “*encuadre*” de la acción dentro del precepto genérico, cuando la conducta es ampliamente, y claramente reconocida por la sociedad, como una de las acepciones o especies del concepto genérico.

En cambio, en el caso, de que se pretenda producir una norma que contemple un concepto normativo con un desproporcionado espectro de ambigüedad, y de nulo conocimiento y reconocimiento social, el legislador deberá de describir de forma total y por más compleja que esta sea, los supuestos de hecho que su concepto normativo pretende abarcar, porque es la única forma, en primera instancia, de no ceder su competencia al juzgador, acto éste, prohibido en el artículo 9 constitucional. La anterior garantía pretende evitar, que el administrado sea puesto en una condición de desventaja, que le hará vulnerable a ser perseguido por el despliegue de acciones que, en principio, nunca le fueron claramente advertidas como merecedoras de reproche penal, por parte del Estado, ya sea, porque no formaban parte de las conductas que el legislador pretendía prohibir o tutelar, o, porque no se relacionan con los bienes jurídicos a tutelar.

Si el legislador falla en su obligación constitucional u omite la correcta construcción de los preceptos sancionatorios, de la forma en la que se indicó en el anterior párrafo, no puede el operador del derecho, por prohibición constitucional (artículo 9), solventar las falencias legislativas o variar de contenido la norma, ya que tal acción implicaría que no exista conexidad alguna, entre la resolución jurisdiccional y el espíritu del legislador.

En ese sentido, todas las modalidades típicas, y las condiciones propias del sujeto pasivo, así como de las ventajas indebidas, que desarrolla el artículo 243 del Código Penal, son de fácil comprensión y de claro reconocimiento social, ya que, al fin y al cabo, sancionan el aprovechamiento indebido, o bien podría decirse, alevoso, a través de una ventaja indebida, por su condición de desproporcionada.

b. Precepto legal de “Usura” actual como un tipo penal abierto.

Sin embargo, en relación con el artículo 243 del Código Penal, el Legislador omitió, dotar de contenido la norma parcialmente, al no tipificar un parámetro concreto, que sirva para establecer la ventaja indebida/desproporcionada, es decir, omitió indicar a partir de qué monto, o, condición, la ventaja pecuniaria obtenida, conlleva un margen desproporcionado, que genera la explotación del “hombre” por el “hombre”, que atenta contra la buena fe de los negocios, es decir, la “Usura” en concreto. El tipo penal de la Usura es particular, por cuanto, como concepto amplio o genérico, es de fácil comprensión y de claro reconocimiento social, sin embargo, fijarle una cuantía determinada, a lo que se considera como ventaja pecuniaria de índole desproporcionada, no es pacífico, y en la actualidad, su aplicación estaría a la libre interpretación discrecional del juez, por carecer de parámetros y de contenido, **lo que genera que se comporte como un tipo penal abierto**. La presente consulta, y el propio procedimiento legislativo que llevó el presente proyecto de ley, son claros ejemplos, sobre el consenso que existe, en relación con la necesidad de sancionar la Usura (y su acepción como explotación indebida de las personas), pero no existe un consenso claro sobre cuáles son los parámetros que la conforman, lo cual no sólo ha significado la inaplicación del tipo penal, sino al incumplimiento del país con la obligación convencional contenida en el artículo 21 inciso 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En consecuencia, es necesario, desarrollar la naturaleza de los tipos penales abiertos. Dicha condición, es de relevancia absoluta para la solución del presente extremo de la consulta, ya que la jurisprudencia de esta Sala ha sido clara a lo largo de los años, que los tipos penales abiertos, son inconstitucionales.

Sobre los tipos penales abiertos, esta Sala mediante resolución 2005-00175, indicó lo siguiente:

“IV.- Tipos penales abiertos y tipos penales en blanco. Ha reconocido también este Tribunal en concordancia con la doctrina, que si bien es cierto la redacción de los tipos penales debe ser suficientemente clara y precisa, a fin de que

no se traslade al juez la determinación de cuáles son las acciones punibles y a fin de que el ciudadano sepa a qué atenerse; las limitaciones propias del idioma, hacen que no en todos los casos sea posible lograr el mismo nivel de precisión o bien, que deba recurrirse a integrar el tipo a través de otras normas jurídicas:

*“(...)la tipicidad exige que las conductas delictivas sean acuñadas en tipos que tengan una estructura básica conformada con el sujeto activo y el verbo activo. Se ha indicado también, que la norma puede hacer alusión a conceptos amplios o con una gran capacidad de absorción, de manera tal que mediante una valoración pueda concretarse y definirse el tipo penal, es decir, se determine el sujeto activo y la acción que se sanciona. Sin embargo, ésta práctica puede presentar problemas de comprensión de la norma, pero en ningún caso tales conceptos pueden significar tal vaguedad que no pueda delimitarse el contenido a que se refiere, haciendo ilusorio el principio de tipicidad. Debe tenerse en cuenta que esta Sala se pronunció además, sobre la constitucionalidad de las normas que requieren de otra norma para su complemento y que la doctrina denomina “**norma penal en blanco**” (ver voto número 1876-90 de las dieciséis horas del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa), admitiendo su conformidad con el orden constitucional, y no admitió la utilización de los denominados “**tipos penales abiertos**”, que la doctrina más autorizada del derecho penal define como aquellos tipos penales en los que la materia de prohibición no se encuentra plenamente establecida por el legislador sino que la misma es dejada a la determinación judicial. Estos tipos -ha dicho la Sala- en tanto entrañan un grave peligro de arbitrariedad, lesionan abiertamente el principio de legalidad de los delitos (...).”*

(Sentencia número 1995-02905 de las quince horas cincuenta y siete minutos del siete de junio de mil novecientos noventa y cinco)”

Ahora, tal y como se indicó anteriormente en relación con el tipo penal de la Usura, el Legislador omitió, dotar de contenido la norma parcialmente, al no establecer un parámetro que sirva para establecer la ventaja indebida/desproporcionada, es decir, a partir de qué monto, o, condición, la ventaja pecuniaria obtenida, conlleva un margen desproporcionado, que genera la explotación del “hombre” por el “hombre” que afecta la buena fe de los negocios. Dicho, en otros términos, en relación con el elemento objetivo “usura”, el administrado se encuentra en una condición de desventaja, que le hace vulnerable de ser perseguido por el despliegue de acciones que, en principio, nunca le fueron claramente advertidas como merecedoras de reproche penal, por parte del Estado. La anterior condición implica, que, en la actualidad, la aplicación del tipo

penal, respecto a la conducta propia de la usura, estaría a la libre interpretación discrecional del juez.

c. Artículo 36 bis, como perfeccionamiento de la Usura: Corrección del tipo penal abierto y su convalidación constitucional.

Sin embargo, la anterior omisión legislativa, que ha provocado la naturaleza de tipo penal abierto del artículo 243 del Código Penal, se corrige con la propuesta de modificación del artículo 36 bis consultado. Ahora bien, esta Sala, ha validado, que un tipo penal abierto -prima facie inconstitucional-, pueda ser integrado por otra norma de rango de ley, y de tal forma ser “perfeccionado”, para suplir sus falencias que le hacen contrario al principio de tipicidad penal, y obtener su conformidad constitucional. Dicha posibilidad, fue tratada por esta Sala, igualmente en sentencia 2005-00175, la cual indica:

“V.- Norma penal en blanco no puede remitir a disposiciones infralegales para completar los elementos esenciales del tipo. Si un tipo penal requiere ser completado, en sus elementos esenciales (conducta -verbo y sujeto activo- o sanción) por una norma de rango superior o del mismo rango, no existe ningún problema de constitucionalidad, porque justamente es a través de la ley que deben ser creados los delitos y las penas. En cambio, la delegación en normas de inferior rango, para conformar los elementos esenciales del tipo, sí es contrario al principio de legalidad y por ende, resulta inconstitucional. Ello no obsta, para que a través de una norma de rango inferior a la ley, se regulen aspectos complementarios o secundarios del tipo penal:

“Es frecuente que dada la especialidad de la materia y la rapidez con que pueden variar las circunstancias -la materia económica y comercial es una de ellas- el legislador se vea obligado a recurrir a la técnica, en todo caso excepcional, de las denominadas leyes penales en blanco. La constitucionalidad de esta técnica legislativa es generalmente admitida, en tanto tenga límites que permitan impedir una completa arbitrariedad en manos de la autoridad administrativa, que es justamente lo que quiere evitar el principio de legalidad de los delitos. Para que la materia de prohibición pueda válidamente ser remitida a una disposición de rango inferior (ej. decretos ejecutivos) es necesario que la ley penal tenga autonomía y que la disposición de rango inferior sea dependiente o complementaria. Para ello es necesario que la materia prohibida aparezca por lo menos fijada en su núcleo esencial de manera que la disposición de rango inferior, a la que remite, se

encargue de señalar condiciones, circunstancias, límites y otros aspectos claramente complementarios."

(Sentencia número 1993-02757 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del quince de junio de mil novecientos noventa y tres. En el mismo sentido pueden consultarse las sentencias 1995-01944, 1993-01085, 1993-06660, 1995-3542 y 2001-10542)

En el caso de la relación entre el artículo 243 del Código Penal, y el artículo 36 bis consultado, es claro que nos estaríamos encontrando, ante un escenario donde el artículo consultado -que tendría rango de ley-, vendría a complementar uno de los elementos esenciales (conducta -verbo y sujeto activo- o sanción) del tipo penal de la Usura. Sobre el particular, la anterior intención del legislador se desprende, del propio artículo 36 bis consultado, y de la reforma al artículo 63 de la Ley 7472 (Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor), que pretende el proyecto de Ley aquí consultado, como se observa a continuación:

"Artículo 36 bis:

[...] El cobro de una tasa de interés superior a las establecidas por el BCCR, de acuerdo con este artículo, se considerará una ventaja pecuniaria desproporcionada para efectos del artículo 243 de la ley 4573, Código Penal, de 4 de mayo de 1970. [...]

ARTÍCULO 3- REFÓRMASE EL ARTÍCULO 63 DE LA LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR, LEY N.º 7472, PARA QUE SE LEA DE LA SIGUIENTE FORMA:

Artículo 63.- Delitos en perjuicio del consumidor.

La exigencia de intereses desproporcionados, en contra de los límites señalados en esta ley es una conducta constitutiva del delito de usura. *Las penas de los delitos de "usura", "agiotaje" y "propaganda desleal", indicados en los artículos 243, 245 y 249 del Código Penal, deben duplicarse cuando se cometan en perjuicio de los consumidores y usuarios, en los términos estipulados en el artículo 2 de esta ley. Las mismas penas se aplicarán cuando el daño causado exceda el monto equivalente a cincuenta veces el menor de los salarios mínimos mensuales, o cuando el número de productos o servicios transados, en contravención de los citados artículos, exceda de cien. Se reprimirá con la pena prevista en el artículo 216 del Código Penal, tipificado como "estafa", a quien debiendo entregar un bien o prestar un servicio, ofrecido públicamente en los términos de los artículos 34, 37*

y 41 de esta ley, no lo realice en las condiciones pactadas, sino que se valga de un engaño o cualquier otra acción manipuladora.

En esos casos, la Comisión Nacional del Consumidor debe remitir el expediente a los órganos jurisdiccionales penales, de conformidad con el inciso f) del artículo 53 de la presente ley.”

En ese sentido, y en relación con el artículo consultado, el legislador optó por definir un parámetro porcentual de ganancias, que una persona puede obtener a partir de sus negocios, sin que esta sea considerada usura. Sobre el particular, el artículo consultado establece una fórmula matemática, que define un valor porcentual concreto, por lo que no llevan razón los consultantes, al indicar, que no será posible conocer para el administrado, cuál será el monto considerado como antijurídico, para los tipos penales que sancionen la Usura, será fluctuante, pero matemáticamente determinable. Este punto es relevante, ya que los consultantes critican, que el artículo 36 bis surtirá efectos, como una suerte de tipo penal paralelo; sin embargo, tal afirmación no es correcta, ya que el artículo consultado no establece ningún tipo de sanción a las limitantes allí descritas.

En razón de lo anterior, el artículo consultado, fungirá como una garantía para los administrados, tanto para aquellos que se encuentren procesados penalmente por el delito de Usura, como para los que no afrontan ningún proceso penal, ya que, a partir de la aprobación del artículo consultado, la ventaja indebida o usurera, descrita en el Código Penal, tendrá un contenido concreto (condición inexistente al día de hoy), que permitirá la clara autodeterminación de las personas.

En conclusión, la aprobación del artículo consultado, prácticamente dará eficacia, a dos compromisos que nuestra Asamblea Legislativa adquirió, en relación con el combate de la Usura, siendo el primero de estos, la propia aprobación del delito penal de Usura (que prácticamente ha carecido de eficacia por no tener contenido el precepto Usura o ventaja desproporcionada), y la aprobación y suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos, que también establece la obligación de combatir la Usura (ver artículo 21 inciso 3).

d. La razonabilidad y proporcionalidad del artículo 36 bis, en su función de integración del artículo 243 del Código Penal.

En otro de sus cuestionamientos, los consultantes acusan, que la construcción de la fórmula matemática que arrojará los cobros con condiciones de usura, no cuenta con

sustento técnico, que permita concluir con certeza, que el resultado aritmético obtenido, sancione realmente la usura. Ahora bien, nada impide que el legislador utilice la aprobación de una norma en particular, para dotar de contenido o para perfeccionar otra norma, ya sea esta penal, máxime cuando dicha labor, en vez de generar confusión o ambigüedad, genera más bien, que la aplicación de la norma penal respete los derechos y garantías constitucionales de las personas, al completar el tipo penal. Bien pudo optar el legislador, por hacer la reforma directamente sobre el delito de Usura, o utilizar, otros medios -diferentes a la fórmula matemática cuestionada- para definir los alcances de la ventaja usurera. Se puede discutir que la técnica utilizada pudo ser mejor o distinta, directamente en el tipo penal, por ejemplo, tanto en cuanto al monto a partir se constituye la usura como de la pena, pero, a juicio de esta Sala, la utilización de una técnica legislativa distinta, no la hace **por sí misma** inconstitucional bajo el entendido de que la norma contiene los elementos esenciales del tipo penal.

Lo que sí puede realizar esta Sala, partiendo de su deber, como garante de la supremacía constitucional, es la tutela de los derechos y garantías constitucionales de las personas, ante la aplicación de cualquier política pública, que pueda generar un menoscabo en los intereses de las personas; pero tal posibilidad, se limita, al estudio de la razonabilidad de la medida. Analizar si determinada política pública es necesaria, si ésta fue emitida por quien tiene competencia legal, si la acción por desplegar será eficaz y eficiente, y con mayor relevancia, establecer si la política pública es la que menor consecuencia puede generar -dentro de otras opciones- sobre el contenido del derecho por afectar, forman parte de los tipos de control constitucional que este Tribunal puede ejercer.

Efectivamente, analizar la construcción de la metodología matemática del artículo consultado, forma parte del anterior Test de Razonabilidad, ya que como se dijo anteriormente, bien pudo el legislador, optar por otros medios para dotar de contenido al termino usura. Para los consultantes, dicha metodología se construyó sin sustento técnico, por lo que se corre peligro, a que dicha limitación sea desproporcionada, en relación a su injerencia dentro de los negocios particulares de las personas. Sin embargo, tal y como se analizó supra, el criterio técnico para la formulación de la metodología que establece el artículo 36 bis, se construyó a partir de los insumos técnicos obtenidos mediante las audiencias y comparencias de instituciones especializadas, sin que existiera univocidad de criterios técnicos. Remitimos a lo señalado en los considerandos V y VI de esta sentencia sobre la razonabilidad técnica de la norma.

Finalmente, los consultantes cuestionan, que, del artículo consultado, no se logra extraer el bien jurídico tutelado. Sobre el particular, los consultantes nuevamente equiparan el artículo 36 bis, a una norma penal, condición que como se dijo anteriormente, es equivocada, por cuanto las limitaciones que establece el artículo en disputa, no conllevan ningún delito en sí mismo, que se extraiga directamente de dicho artículo. Tal y como se indicó, el artículo consultado operará, como complemento de los tipos penales que desarrollen la sanción a las ventajas o cobros usureros, por lo que las exigencias constitucionales aplicables a los delitos penales, no lo son para el artículo consultado.

En todo caso, para la norma penal de la Usura, su fin es la salvaguarda – a través de la sanción- de la buena fe de los negocios y de la propiedad privada de las personas, o, en términos de la doctrina moderna, de la Socio- Economía, como bien jurídico de gran relevancia social, sin dejar de lado, la erradicación y sanción de la explotación del “hombre” por el “hombre” (en términos del artículo 21 inciso 3 de la Convención Americana de los Derechos Humanos). En palabras sencillas, el bien jurídico que se protege, es el sano, la buena fe de los negocios que es parte del correcto desempeño de la Economía de la sociedad -en función del desarrollo de los proyectos de vida de las personas-; y como tal, es un bien jurídico pluricompuesto, es decir, que se conforma de una diversidad de bienes jurídicos de relevancia, tanto de bienes jurídicos personales (como el patrimonio, el respeto a la dignidad humana, por ejemplo), como abstractos (economía, buena fe de los negocios).

En conclusión, el artículo consultado, como complemento de los tipos penales que sancionan la Usura, no presenta vicios de constitucionalidad, ya que no genera ambigüedad, imprecisión u oscuridad en su comprensión; todo lo contrario, permitirá, que los administrados puedan deslindar sus actuaciones -en sus negocios- de aquellas que son sancionables. La fórmula matemática que establece el artículo 36 bis, permite la obtención de un dato concreto, que permitirá a las personas fijar los cobros de intereses, y su construcción se realizó a partir del análisis de los diversos criterios técnicos que fueron recibidos en la Asamblea Legislativa. Finalmente, el proyecto consultado permitirá cumplir con una deuda histórica, al permitir la eficacia y eficiencia de la Usura, que había sido establecida como política interna desde hace muchos años (en el Código Penal), y como internacional (Convención Americana de Derechos Humanos), como medida para la salvaguarda de diversos bienes jurídicos de relevancia social.

X.-Sobre la alegada violación al principio de publicidad y transparencia parlamentaria.

Alegan los consultantes que al momento de dictaminar el proyecto de ley en la Comisión de Asuntos Hacendarlos se aprobó una moción para mandar a publicar en La Gaceta dicho texto debido a los cambios significativos que el proyecto experimentó en dicha Comisión antes de ser dictaminado. Sin embargo, señalan que, a pesar de la moción aprobada, no se publicó el texto dictaminado, como tampoco se publicó el último texto sustitutivo aprobado por los diputados, lo cual estiman es una violación sustancial al procedimiento legislativo de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal.

IV.- Sobre la publicación del proyecto de ley. A través de su jurisprudencia, la Sala ha enfatizado la importancia de la publicación de un proyecto de ley. Así, en la resolución N° 2006-009567 de las 16:10 horas de 5 de julio de 2006 se señaló:

“VI.- Del principio esencial de la publicidad en el trámite de reforma de la Constitución Política. Del precedente citado supra, en relación con el procedimiento de formación de la ley que es reforma de la Constitución que se analiza, debe entenderse que una vez que el proyecto de reforma cuenta con el informe de la comisión nombrada al efecto, éste es presentado a la Asamblea Legislativa dentro del plazo de 20 días que señala en inciso 3 del artículo 195 de la Constitución Política, y debe además observar el trámite dispuesto en el inciso 4) siguiente, según el cual:

“4) Presentado el dictamen, se procederá a su discusión por los trámites establecidos para la formación de las leyes; dicha reforma deberá aprobarse por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea;”

De la lectura del mandato constitucional recién transcrito se infiere que en el trámite de reforma de la Constitución Política debe ajustarse además el Legislador a los principios que informan la formación de ley ordinaria. Como principio esencial en la formación de las leyes está el Principio de Publicidad, en el tanto garantiza un amplio debate que facilita el contacto con la opinión pública en general y, en particular, con quienes pudieran tener interés, por razón de sus actividades económicas, en conocer y hasta participar en la deliberación del asunto, o, igualmente, la posibilidad de escuchar a órganos públicos, en este caso las municipalidades. En este punto es importante reiterar lo ya expuesto en anteriores consultas evacuadas por este Tribunal, en cuanto ha señalado que la publicidad de los procedimientos parlamentarios resulta además esencial dado el

carácter representativo de la comunidad nacional que ostenta la Asamblea Legislativa, siendo que la soberanía reside en el pueblo y los diputados solamente son sus representantes, según lo dispone el artículo 105 constitucional. (En tal sentido ver sentencia 2000-03220 de las diez horas con treinta minutos del dieciocho de abril del dos mil). Extraña la Sala en este asunto, que después de la presentación del informe por la Comisión nombrada al efecto en el año dos mil uno, se obvió la publicación del texto previo a la inclusión en el orden del día y primer debate iniciado tres años más tarde, en la sesión número 12 del dieciocho de mayo de dos mil cuatro, (folios 104 a 107 del expediente legislativo). Tal omisión resulta contraria al principio de publicidad de los procedimientos parlamentarios que se entiende inmerso en el procedimiento de reforma de la Constitución Política, y que según mandato del inciso 4) del artículo 195 de la Constitución Política - en relación con lo dispuesto en los artículos 116 y 121, ambos del Reglamento de la Asamblea Legislativa-, debe publicarse el proyecto de ley en el Diario Oficial, previo a la inclusión del mismo en el Orden del Día. Conviene agregar a lo expuesto que al tratarse de una reforma de la Constitución Política cuya tramitación es más compleja que la formación de la ley ordinaria, no podría válidamente acordarse el trámite de dispensa de publicación previsto en el Reglamento de la Asamblea Legislativa. La omisión de trámites no es posible en cuanto a reformas parciales a la Constitución Política, en primer lugar por la naturaleza misma de las reformas a la Constitución Política que es formal y agravada; y en segundo lugar porque, del trámite de reforma parcial a la Constitución que establece la Constitución Política, se desprende expresamente la exigencia de la Comisión nombrada al efecto, de elaborar el respectivo informe (Artículo 195 incisos 3 y 4 de la Constitución Política). En otros términos se puede afirmar que la publicación constituye un trámite esencial en el procedimiento de reforma parcial de la Constitución Política, cuya omisión se constituye en un vicio invalidante; y no puede la publicación ser omitida en los términos ya explicados.”

Este criterio fue retomado en la sentencia 2010-011043 de las 15:00 horas del 23 de junio de 2010:

“V.- ACERCA DEL RESPETO A LOS PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD Y CONEXIDAD. Como principio esencial en el proceso de formación de las leyes está el principio de publicidad, en el tanto garantiza la transparencia y posibilita la participación de quienes pudieran tener algún interés en un determinado proyecto. Concretamente, en la tramitación de un proceso de reforma parcial a la Constitución Política, la publicación de un específico proyecto deviene en esencial, de conformidad con lo dispuesto, al efecto, por

el numeral 195, inciso 4°), en consuno con lo señalado por los artículos 116 y 121, ambos del Reglamento de la Asamblea Legislativa. De ahí, entonces, que este Tribunal Constitucional -atendiendo a lo señalado en el considerando anterior-, estime que la omisión en llevar a cabo dicha publicación, tal y como lo disponen los preceptos arriba señalados, se constituya en un vicio esencial o nulidad insubsanable (véase, en ese sentido, lo consignado en el Voto No. 9567-2006 de las 16:10 hrs. de 5 de julio de 2006)."

La Sala también recuerda que la publicación de un proyecto de ley no es una mera formalidad, sino el cumplimiento del principio democrático, que posibilita la participación de los sectores que deseen contribuir al trámite legislativo:

"Precisamente, con la publicidad del procedimiento se persigue resguardar que la potestad de legislar resida en el pueblo y que los diputados sean solo sus representantes (artículo 105 constitucional), así como la proyección de la actividad parlamentaria hacia el exterior en tanto garantía establecida en el ordinal 117 de la Constitución Política (ver sentencia No. 2000-3220). En este contexto, se debe subrayar que a partir de la reforma al artículo 9 de la Constitución Política (Ley N° 8364 de 01 de julio de 2003, publicada en La Gaceta N° 146 de 31 de julio de 2003), como elemento constitutivo del Gobierno de la República se introdujo la característica de "participativo". Tal cualidad potencia a nivel constitucional el propósito fundamental de la publicidad: promover la intervención de la ciudadanía en las decisiones fundamentales del Estado. Si este fin no resulta vulnerado y se advierte que no se ha dado una verdadera obstaculización a la participación popular, entonces un error en la publicación no puede llegar a configurar por sí solo un vicio esencial del procedimiento legislativo." (Sentencia N° 2013-008252 de las 9:00 horas del 21 de junio de 2013).

Analizado el expediente legislativo, se comprueba que el 20 de abril del 2020 se aprobó una moción de dispensa de trámites del proyecto de ley, que incluía el tiempo de espera de la publicación. La moción textualmente indica:

"Para que de conformidad con el artículo 177 del Reglamento de la Asamblea Legislativa se dispense de todo trámite, y el tiempo de espera de la publicación el, Expediente 20.861 Adición De Los Artículos 36 Bis, 36 Ter, 53 Incisos G), H) Y Reforma del Artículo 63 De La Ley N. ° 7472, Promoción De La Competencia Y Defensa Efectiva Del Consumidor, De 20 De Diciembre de 1994, Publicada En La Gaceta No.14, De 19 De Enero De 1995."

No obstante, el 27 de febrero consta en la Gaceta Digital, Alcance No. 31, Gaceta No. 39 la publicación del dictamen afirmativo del texto sustitutivo. Estima la Sala que, con esa publicación, se cumple con la publicidad debida desde la óptica constitucional, especialmente tomando en cuenta que, entre la publicación del dictamen y la dispensa de trámites, el proyecto de *ley no había sufrido cambios sustanciales*. También alegan que la dispensa no faculta a eximir el proyecto aprobado de las consultas obligatorias establecidas en la Constitución. Los consultantes no fundamentan este último alegato, ni señalan cuáles serían las instituciones que habría que volver a consultar sobre el proyecto que se verían afectadas con la dispensa de trámites, ni cuáles son los cambios sustanciales que obligarían a ello, máxime que el objetivo del proyecto – sobre lo que estuvieron de acuerdo todos los comparecientes- era establecer un tope de usura para dar contenido a la obligación convencional, permitir la aplicación del tipo penal vigente en protección de los consumidores, y todos tuvieron la oportunidad de pronunciarse sobre cuál debía en su criterio ser ese tope. El hecho de que el legislador haya decidido, -ante la diversidad de criterios sobre el tope-, establecer un parámetro propio, no va a cambiar las recomendaciones inicialmente dadas por las instituciones consultadas sobre cuál debía ser ese tope. La única institución consultada que no se pronunció fue la Corte Suprema de Justicia, que devolvió el texto, mediante en oficio 067-P-2019 del 26 de marzo de 2019, suscrito por su Presidente, señalando que no se refería del todo a su estructura y funcionamiento como para pronunciarse de conformidad con el 167 de la Constitución indicando:

“En relación con su correo electrónico de 15 de marzo del año en curso, en que consulta a la Corte Suprema de Justicia el proyecto de ley “Adición de los artículos 36 bis, 53 inciso g), h y reforma del artículo 63 de la Ley no. 7472, de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, del 20 de diciembre de 1994, publicada en la gaceta no.14 de 19 de enero de 1995”, expediente No. 20.861, hago de su estimable conocimiento que a partir de lo resuelto por la Corte Plena en sesión No. 6-2006 de 20 de marzo de 2006, artículo IX, ratificado en sesión No.24-2006 celebrada el 28 de agosto de ese mismo año, artículo XXXVI, y previa consulta general a las señoras Magistradas y señores Magistrados, se devuelve la consulta sin pronunciamiento de la Corte, porque el texto consultado no se refiere a la organización o funcionamiento del Poder Judicial, supuestos que según regula el artículo 167 de la Constitución Política, son los que requieren un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia.”

En cuanto a la norma consultada 36 bis y la aprobada en primer debate, se adjunta el siguiente cuadro comparativo:

<p>Texto sustitutivo aprobado en Comisión y publicado Gaceta Digital, Alcance No. 31, Gaceta No. 39 27 de febrero de 2020.</p>	<p>Texto aprobado en Primer Debate el 27 de abril de 2020, revisado el 30 de abril de 2020, por el Departamento Comisiones Legislativas. <i>(folios 2289, 2290)</i></p>
<p>“Artículo 36 bis. Límites en las operaciones financieras, comerciales y microcréditos.</p> <p>La tasa anual máxima de interés que podrán cobrar las personas físicas o jurídicas que otorguen financiamiento a un tercero para operaciones financieras, comerciales y microcréditos, deberá ajustarse a los límites establecidos en este artículo.</p> <p>La tasa anual máxima de interés para todo tipo de crédito, salvo para los microcréditos, se calculará sumando el promedio simple, del promedio ponderado de los últimos doce meses de la tasa de interés activa, más doce coma ocho (12,8) puntos porcentuales. Dicho resultado se multiplicará por uno coma cinco (1,5).</p> <p>La tasa anual máxima de interés para microcrédito, se calculará sumando el promedio simple, del promedio ponderado de los últimos doce meses de la tasa de interés activa, más trece coma dieciocho (13,18) puntos porcentuales. Dicho resultado se</p>	<p>“Artículo 36 bis. Límites en las operaciones financieras, comerciales y los microcréditos.</p> <p>La tasa anual máxima de interés que podrán cobrar las personas físicas o jurídicas que otorguen financiamiento a un tercero para operaciones financieras, comerciales y microcréditos deberá ajustarse a los límites establecidos en este artículo.</p> <p>La tasa anual máxima de interés para todo tipo de crédito, salvo para los microcréditos, se calculará sumando el promedio simples, del promedio ponderado de los últimos doce meses de la tasa de interés activa, más doce coma ocho (12,8) puntos porcentuales. Dicho resultado se multiplicará por uno como cinco (1,5).</p> <p>La tasa anual máxima de interés para microcrédito se calculará sumando el promedio simple, del promedio ponderado de los últimos doce meses de la tasa de interés activa, más trece coma dieciocho (13,18) puntos porcentuales. Dicho resultado se</p>

<p>multiplicará por dos coma cero ocho cinco (2,085).</p> <p>La tasa de interés activa que se utilizará para las tasas máximas de todo tipo de crédito y de microcrédito, será la tasa de interés activa negociada del grupo Otras Sociedades de Depósito calculada por el Banco Central de Costa Rica, en dólares de los Estados Unidos de América o en colones según se haya pactado en el contrato, negocio o transacción.</p> <p>Para efectos de esta ley se entiende por microcrédito, todo crédito que no supere un monto máximo de uno coma cinco (1,5) veces el salario base del oficinista 1 del Poder Judicial, según la Ley N° 7337 del 5 de mayo de 1993. Se excluyen de los microcréditos las tarjetas de crédito.</p> <p>Para el caso de contratos, negocios o transacciones pactados en otras monedas, se utilizará el promedio simple, del promedio ponderado de los últimos doce (12) meses, de la tasa de interés activa negociada del grupo Otras Sociedades de Depósito, en dólares de los Estados Unidos de América, calculada por el Banco Central de Costa Rica.</p> <p>Las tasas máximas señaladas serán calculadas y establecidas por el Banco Central de Costa Rica, el cual las deberá publicar, en la primer semana de los</p>	<p>multiplicará por dos como cero ocho cinco (2,085).</p> <p>La tasa de interés activa que se utilizará para las tasas máximas de todo tipo de crédito y microcrédito será la tasa de interés activa negociada del grupo Otras Sociedades de Depósito calculada por el Banco Central de Costa Rica, en dólares de los Estados Unidos de América o en colones, según se haya pactado en el contrato, negocio o transacción.</p> <p>Para efectos de esta ley, se entiende por microcrédito todo crédito que no supera un monto máximo de uno coma (1,5) veces el salario base del oficinista 1 del Poder Judicial, según la Ley 7337, de 5 de mayo de 1993. Se excluyen de los microcréditos las tarjetas de crédito.</p> <p>Para el caso de contratos, negocios o transacciones pactados en otras monedas se utilizará el promedio simple, del promedio ponderado de los últimos doce meses, de la tasa de interés activa negociada del grupo Otras Sociedades de Depósito, en dólares de los Estados Unidos de América, calculada por el Banco Central de Costa Rica.</p> <p>Las tasas máximas señaladas, serán calculadas y establecidas por el Banco Central de Costa Rica, el cual las deberá publicar, en la primera semana de los</p>
--	--

<p>meses de enero y julio de cada año, en La Gaceta y en su página web. Estas tasas se aplicarán para todo contrato, negocio o transacción efectuada en el semestre siguiente al de su publicación.</p> <p>Se prohíbe al oferente del crédito fragmentar el monto de los créditos regulares, en montos iguales o menores a uno coma cinco (1,5) veces el salario base del oficinista¹ del Poder Judicial, según la Ley 7337 del 5 de mayo de 1993, con el fin de cobrar una tasa mayor a la tasa máxima establecida para el crédito regular.</p> <p>Se prohíbe a toda persona física o jurídica que otorgue financiamiento a terceros, incorporar a la tasa de interés, costos, gastos, multas o comisiones, que superen los límites establecidos en la presente ley. No se considerarán parte de la tasa de interés los seguros voluntarios de protección crediticia, pérdida o robo.</p> <p>El cobro de una tasa de interés superior a las establecidas por el BCCR, de acuerdo con este artículo, se considerará una ventaja pecuniaria desproporcionada para efectos del artículo 243 del Código Penal.</p> <p>En lo referente a tasas de interés moratorias, tanto en colones como en dólares, se aplicará lo establecido en el artículo 70 de la ley N° 1.644 "Ley Orgánica del Sistema Bancario</p>	<p>meses de enero y julio de cada año, en La Gaceta y en su página web. Estas tasas se aplicarán para todo contrato, negocio o transacción efectuado en el semestre siguiente al de su publicación.</p> <p>Se prohíbe al oferente del crédito fragmentar el monto de los créditos regulares en montos iguales o menores a uno coma cinco (1,5) veces el salario base del oficinista 1 del Poder Judicial, según la Ley 7337, de mayo de 1993, con el fin de cobrar una tasa mayor a la tasa máxima establecida para el crédito regular.</p> <p>Se prohíbe a toda persona física o jurídica, que otorgue financiamiento a terceros, incorporar a la tasa de interés costos, gastos, multas o comisiones que superen los límites establecidos en la presente ley. <u>No se considerarán parte de la tasa de interés: i) los cargos de realización evidenciable de una gestión de cobranza administrativa que no podrá ser superior, en ningún caso, al monto equivalente al cinco por ciento (5%) de la parte del abono principal que se encuentra en mora, no pudiendo superar nunca el monto de doce dólares de los Estados Unidos de América (\$12), considerando que esta multa aplicará a partir del quinto día de atraso y no podrá aplicarse más de una vez al mes. Cualquier otro cargo, costo financiero o comisión, se denomine en los contratos tasa de interés o no, se</u></p>
---	---

<p>Nacional". Para el caso de créditos pactados con entidades no financieras se aplicará lo establecido en el artículo 498 del Código de Comercio.</p> <p>Será responsabilidad de la Superintendencia General de Entidades Financieras velar, mensualmente, porque en ningún crédito que exceda el monto correspondiente a un microcrédito, se cobre una tasa superior a la tasa anual máxima de interés para todo tipo de crédito. En caso de determinarse un incumplimiento, la Superintendencia deberá denunciar ese hecho al Ministerio Público.</p>	<p><u>considerarán parte de la tasa de interés de la operación.</u></p> <p>El cobro de una tasa de interés superior a las establecidas por el BCCR, de acuerdo con este artículo, se considerará una ventaja pecuniaria desproporcionada para efectos del artículo 243 de la ley 4573, Código Penal, de 4 de mayo de 1970.</p> <p>Para bancos y sus grupos o sus conglomerados financieros, en lo referente a tasas de interés moratorias, tanto en colones como en dólares, se aplicará lo establecido en el artículo 70 de la Ley 1644, Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, de 16 de setiembre de 1953. Para el caso de créditos pactados con entidades no bancarias, se aplicará lo establecido en el artículo 498 de la Ley 3284, Código de Comercio, de 30 de abril de 1964.</p> <p>Será responsabilidad de la Superintendencia General de Entidades Financieras (Sugef) velar, mensualmente, porque en ningún crédito que exceda el monto correspondiente a un microcrédito se cobre una tasa superior a la tasa anual máxima de interés para todo tipo de crédito. En caso de determinarse un incumplimiento, la Superintendencia deberá denunciar ese hecho ante el Ministerio Público.”</p>
--	--

La parte resaltada en subrayado, es un cambio (más allá de aspectos de redacción) que se introduce con respecto al proyecto dictaminado. Específicamente la parte señala:

“No se considerarán parte de la tasa de interés: i) los cargos de realización evidenciable de una gestión de cobranza administrativa que no podrá ser superior, en ningún caso, al monto equivalente al cinco por ciento (5%) de la parte del abono principal que se encuentra en mora, no pudiendo superar nunca el monto de doce dólares de los Estados Unidos de América (\$12), considerando que esta multa aplicará a partir del quinto día de atraso y no podrá aplicarse más de una vez al mes. Cualquier otro cargo, costo financiero o comisión, se denomine en los contratos tasa de interés o no, se considerarán parte de la tasa de interés de la operación”.

Esa es la diferencia que se aprecia (más allá de aspectos de redacción), entre el texto aprobado en Comisión con dictamen unánime afirmativo, y el texto aprobado en redacción final el 30 de abril de 2020. En el dictamen unánime de Comisión que consta a folio 1904 del expediente, se observa bajo el título “II. OBJETO DEL TEXTO SUSTITUTIVO APROBADO EL 14 DE NOVIEMBRE DE 2018”, que uno de los objetivos del proyecto (punto 3) está: “ Prohibir que cualquier persona física o jurídica que otorgue financiamiento a terceros, pueda incorporar costos, gastos, o comisiones adicionales que le permitan aumentar el costo para el deudor por sobre las tasas establecidas por el BCCR” (la moción de ese nuevo texto fue incorporada mediante moción que consta a folio 2110 del expediente). De tal manera que la materia agregada, tiene una conexidad con el proyecto discutido y desde el punto de vista de la Sala, no es un cambio sustancial con respecto a los objetivos o contenido del proyecto, que resulte violatorio del principio de publicidad en los términos de la jurisprudencia supra citada.

Finalmente, la publicidad desde el punto de vista constitucional se satisface si el proyecto de ley ya había sido consultado a las instituciones relevantes y necesarias desde un punto de vista legal y constitucional, y no es necesario volverlo a consultar si no tiene cambios sensibles en cuanto a la finalidad o contenido del proyecto. Sobre ese tema a manera de ejemplo en la sentencia 2017019636 se indicó:

“X.- Sobre el segundo motivo de inconstitucionalidad. La aducida vulneración del principio de publicidad. En lo que respecta a este segundo motivo de consulta, las y los diputados consultantes, sin motivo adicional alguno, focalizan su argumentación en que ante la «trascendencia» de los cambios sufridos por el proyecto con la introducción de los artículos 7, 8 y 9, y el Transitorio, el proyecto

de ley debió nuevamente ser publicado en el Diario Oficial La Gaceta, lo cual no se hizo.

Sin embargo, tal como se ha indicado, los artículos 7, 8 y 9, y el Transitorio del proyecto de ley, distan no sólo de ser contrarios al principio de conexidad por las razones ya expuestas ampliamente en los considerandos precedentes, sino que también, según lo dicho, el contenido de tales normas se encuentra en plena consonancia con la motivación del proyecto original y con el contenido mismo de esa versión inicial del proyecto de ley, y se constituyen en simples normas que permiten una mejor transparencia y eficiencia de los aspectos financieros del proyecto, sin que introduzcan modificación sensible ni en el contenido, ni en la forma, ni en algún otro tipo de variable del proyecto original que sí fue debida y oportunamente publicado en el Alcance Digital a La Gaceta, número 134 del lunes primero de agosto de 2016. Dicho de otro modo, la introducción de estas normas y del Transitorio, distan de introducir cambios sensibles en el contenido del proyecto, ni implican variación alguna en cuanto al motivo y finalidad del proyecto de ley. En palabras de la jurisprudencia de esta Sala, estas normas carecen del efecto de introducir «importantes cambios a la versión original de un proyecto mientras se discute» -sentencia número 2013-8252-, circunstancia que por sí misma torna en innecesaria una nueva publicación en el Diario Oficial. Asimismo, más allá de la publicidad mediante el Diario Oficial, entre el 25 de agosto de 2016 y el 6 de marzo de 2017, el proyecto de ley fue oportunamente consultado al Ministerio de Hacienda, al Instituto Costarricense de Electricidad, a la Procuraduría General de la República, a la Contraloría General de la República, a la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda, a la Autoridad Presupuestaria del Ministerio de Hacienda, al Ministerio de Planificación, y todos ellos manifestaron un criterio afirmativo a la aprobación del proyecto. De igual manera, también se acredita que se consultó al Banco Central de Costa Rica, al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, a la Dirección General de Aduanas y a la Dirección General de Migración y Extranjería, sin que dichas instancias manifestaran criterio alguno. Lo anterior demuestra que además de la debida publicación que se produjo el primero de agosto de 2016, el contenido del proyecto sí fue oportunamente consultado ante diferentes actores que guardan relación con su implementación, sin que ninguno de ellos manifestara oposición alguna. Así, el proyecto en sí fue debidamente publicado en el Diario Oficial; también fue consultado a diferentes instancias relacionadas con su implementación; y las normas introducidas distan de provocar cambios en el contenido del convenio y del proyecto de ley; por lo que es válido concluir que dicho proyecto carece de la necesidad de una nueva publicación como

la aducida por las y los Diputados consultantes. Siendo así, en atención a la extensa jurisprudencia de esta Sala, este segundo motivo de consulta debe igualmente ser desestimado.”

Estima la Sala que estamos en este caso, en el supuesto señalado en el precedente citado, por lo que al no tratarse de un cambio sustancial que se salga del parámetro de la materia sobre la cual ya habían opinado los entes consultados, no se da la violación de procedimiento alegada.

XI. RAZONES DIFERENTES Y ADICIONALES DEL MAGISTRADO CASTILLO VÍQUEZ.

Además de las razones que se dan en la opinión consultiva para llegar a la conclusión de que no hay vicios de procedimiento en relación con la no publicación del texto sustitutivo, considero que el Reglamento de la Asamblea Legislativa sólo exige la publicación del proyecto de ley, no de las mociones o textos sustitutivos que se aprueban en las diversas instancias parlamentarias (véanse los artículos 115 al 117, 121 y 130 del Reglamento de la Asamblea Legislativa). Más aún, sólo se publican los dictámenes del proyecto de ley si la comisión dictaminadora así lo acuerda (véanse los artículos 83 y 131 del Reglamento de la Asamblea Legislativa), lo que confirma que, salvo que así lo autorice una norma expresa del Estatuto Parlamentario, la aprobación de mociones ni de textos sustitutivos deben de publicarse en el diario oficial La Gaceta. Una razón adicional para seguir dentro de esta línea argumentativa es que, vistas las cosas desde otro prisma, resulta ociosa la publicación de los textos sustitutivos que se aprueban en el seno de los órganos parlamentarios, por la elemental razón de que ello sólo tendría sentido cuando se introduzcan conceptos o regulaciones novedosas en éstos, acción que prohíbe el Derecho de la Constitución *-por violación al principio de conexidad-*, o cuando así lo acuerde el órgano parlamentario con un fin específico o necesario para el trabajo parlamentario. Por otra parte, la Sala ha admitido que no siempre, la falta de publicación, en un determinado momento procesal, constituye un vicio invalidante del procedimiento legislativo. Al respecto indicó: *“La Sala no estima que esta circunstancia lesione el principio de publicidad, típico del procedimiento legislativo: este principio, en primer lugar, no se satisface por un acto único, como, por ejemplo, la publicación de la proposición, sino que se realiza en las diferentes fases del procedimiento, y en la propia publicidad a que están sometidos los trabajos de los órganos legislativos. Además, observa el tribunal que ya admitida la proposición (en el caso sobre el que versa esta opinión), y rendido el dictamen de la Comisión a que se refiere el inciso 3) del artículo 195, éste se publicó, como se estilaba. Por consiguiente, arriba la Sala a la*

conclusión de que la falta de publicación de la proposición de reforma constitucional de que aquí se trata, no configura un vicio que invalide el procedimiento". (Véase el voto n.º 11560-2001).

A mayor abundamiento, hay que tener presente que el principio de publicidad en el procedimiento parlamentario no se agota en la publicación del proyecto de ley, sino que va mucho más allá, toda vez que la Asamblea Legislativa, como órgano plural y democrático, en todas sus etapas, se encuentra sometida a él. Acorde con lo anterior, la Constitución Política, en su numeral 117, señala que las sesiones de la Asamblea Legislativa son públicas, salvo que por razones muy calificadas y de conveniencia general se acuerden que sean secretas por votación no menor de dos tercios de los diputados presentes. Esta publicidad del trabajo parlamentario no sólo está referido al derecho que tienen los habitantes de la República de asistir a las barras de la Asamblea Legislativa, las cuales sólo pueden ser despejadas por el presidente de la Asamblea Legislativa cuando por sus signos de aprobación o de improbación *-gritos, silbidos, golpes o cualquier otra demostración desordenada-* se interrumpa la labor de la Asamblea (véase el artículo 27, inciso 12 del Reglamento de la Asamblea Legislativa) *-igual ocurre en el caso de las Comisiones Permanentes con Potestad Legislativa Plena, donde sus presidentes también cuentan con esta atribución (véase el artículo 56, inciso j del Reglamento de la Asamblea Legislativa)-*, sino también al derecho que tienen los medios de comunicación colectiva de informar sobre el trabajo parlamentario por diversos canales –radio, televisión, Internet, prensa escrita, etc.-; e, incluso, el interés de los partidos políticos con representación parlamentaria y los (as) diputados (as) a que sus intervenciones –orales, escritas o de otra índole- se difundan por todos los medios, con lo que se cumple un doble propósito, por una parte, con el control ciudadano sobre la actividad que despliega los miembros del Parlamento, crucial en todo sistema democrático, y con la rendición de cuentas, en este caso de forma inmediata, de los diputados a la ciudadanía, por el otro. Así las cosas, el acto de publicación del proyecto de ley es una de tantas manifestaciones que tiene el principio de publicidad en el procedimiento parlamentario.

Por otra parte, al exigirse la publicación de los textos sustitutivos se atenta contra una de las características esenciales del Derecho parlamentario: su ductibilidad o flexibilidad, lo que incide negativamente en el trabajo parlamentario y, en algunos casos, puede llegar a abortar los acuerdos políticos que se concertan. E, incluso, va en contra de la finalidad del Derecho parlamentario. Como es bien sabido, la finalidad de este Derecho es permitirle al Parlamento ejercer sus atribuciones (legislativa, autonormativa, el control político, integrativa, jurisdiccional y administrativa), en

especial: ser el cauce a través del cual la Asamblea Legislativa adopta en forma oportuna, democrática y soberana y en estricto apego del principio de pluralismo político, las decisiones políticas fundamentales, las que se traduce en los actos parlamentarios finales, sean éstos un decreto legislativo o un acuerdo legislativo. No debe perderse de vista que, por la dinámica parlamentaria, los acuerdos políticos en el seno del Parlamento gozan de una constante precariedad hasta tanto no se materialicen, no sólo porque hay un momento oportuno y específico para su concretización, sino a causa de la permanente tensión en que se encuentran los actores políticos debido a la gran cantidad de variables políticas que manejan en un mismo momento, lo que significa que, entre más prolongando sea el tiempo para concretizar el acuerdo político, mayores son las posibilidades de que se rompa. De ahí la necesidad de su ejecución oportuna y, en algunos casos inmediata, ya que la realidad política varía constantemente y puede dar al traste con lo pactado. Por tal motivo, cuando se le obliga a la Asamblea Legislativa, so pretexto de observar el principio de publicidad en el procedimiento parlamentario, la publicación de los textos sustitutivos o mociones en el diario oficial La Gaceta, lo que implica un atraso importante en la adopción de la decisión política dado el tiempo que se demora para ello, se atenta contra la naturaleza misma del órgano parlamentario y su dinámica, contra una de las características y finalidad del Derecho parlamentario, todo lo cual resulta un despropósito en un órgano esencialmente político –hay quienes sostienen que el funcionamiento de la Cámara es un reflejo de la continuación de la contienda electoral en un plano diferente-, como es la Asamblea Legislativa.

Tema de gran calado que se plantea en esta cuestión *-a propósito de la alegada violación del principio de razonabilidad técnica-*, es si es posible ejercer una especie de control de discrecionalidad sobre la actividad legislativa o parlamentaria. Como es bien sabido, el control de discrecionalidad es una técnica que surge para verificar si la actividad de la Administración Pública se ajusta o no a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica y conveniencia. Ergo, el ejercicio de las potestades discrecionales está sujetas a los principios generales del Derecho, y al control de los hechos determinantes y los conceptos jurídicos indeterminados, así como los elementos reglados del acto administrativo, por parte del Juez de lo contencioso-administrativo. Es evidente, y hasta donde yo recuerdo en ninguna parte del mundo se ha llegado a este exabrupto, que se aplique este control a la actividad parlamentaria; este tipo de control jamás se podría ejercer sobre la actividad legislativa o parlamentaria, pues el Parlamento quedaría reducido a la mínima expresión, y se dislocaría un elemento nuclear del sistema republicano. Lo que sí es posible, es ejercer un control de constitucionalidad de la actividad parlamentaria y, por

consiguiente, del acto parlamentario final, sea este un decreto o un acuerdo legislativo, por vulnerar los principios de razonabilidad y proporcionalidad cuando están vinculados a un derecho fundamental y, por consiguiente, vacía su contenido esencial. Lo anterior significa, en buen castellano, que el legislador, en el ejercicio de la potestad de legislar, la potestad autonormativa, de control político, de dirección política, etc. tiene un amplio margen de discrecionalidad, una suerte de política legislativa, por lo que puede optar por una multiplicidad de variables en el marco de un órgano plural, democrático, donde la concertación política constituye un cauce necesario, en especial cuando en un periodo constitucional o legislación, un partido político o el partido de gobierno carece de la mayoría parlamentaria. Ese margen de discrecionalidad está exento del control de constitucionalidad, toda vez que, si esto no fuese así, el Tribunal Constitucional vendría a sustituir la voluntad del Parlamento, provocando una severa dislocación al sistema democrático, en especial lesionado de manera muy significativa el principio de separación de funciones. Dicho lo anterior, el Parlamento tiene una amplia libertad para seguir un determinado criterio técnico o apartarse de él, siempre y cuando con ello no afecté el contenido esencial de un derecho fundamental y, por consiguiente, también quebrante los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, tal y como ha establecido este Tribunal en cuanto a la afectación del medio, donde ha requerido para que la Ley pase el tamiz constitucional que hayan estudios técnicos o las compensaciones respectivas que demuestren que no hay quebranto al medio ambiente. Lo anterior es aún más cierto cuando en la discusión de un proyecto de ley hay distintos criterios técnicos o éstos son contradictorios entre sí. En estos supuestos, el legislador no está vinculado a seguir un determinado criterio técnico, sino que bien puede adoptar una decisión política tomando en consideración otros elementos de juicio. En otras palabras, no es posible declarar inconstitucional una Ley porque se apartó de uno o varios criterios técnicos -esto es propio de un control sobre la actividad de la Administración Pública-, salvo cuando tal omisión conlleva la vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental.

POR TANTO:

Se evacua la consulta facultativa de constitucionalidad en el sentido de que el proyecto consultado que se tramita bajo el expediente número 20.861, "ADICIÓN DE LOS ARTÍCULOS 36 BIS, 53 INCISO G, H Y REFORMA DEL ARTÍCULO 63 DE LA LEY N° 7472, DE LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR, no tiene vicios de procedimiento por violación al principio de publicidad parlamentaria. Asimismo, que el artículo 36 bis consultado, no es contrario a la libertad de contratación, comercio, elección de los consumidores, igualdad ante la

ley, seguridad jurídica, los principios de razonabilidad y proporcionalidad o la tipicidad penal, en los términos consultados. Se omite pronunciamiento sobre los temas del proyecto no consultados. El Magistrado Castillo Víquez da razones diferentes y adicionales en cuanto a la no violación del principio de publicidad y el principio de razonabilidad técnica. Los Magistrados Rueda Leal y Salazar Alvarado ponen notas separadas. Comuníquese.

Magistrados Fernando Castillo V., Presidente / Paul Rueda L. / Nancy Hernández L. / Luis Fdo. Salazar A. / Jorge Araya G. / Anamari Garro V. / José Paulino Hernández G.

Expediente 20-007686-0007-CO

NOTA DEL MAGISTRADO RUEDA LEAL. En lo que concierne a la ideología económica de la Constitución Política, esta se decanta ciertamente por una economía de mercado, dentro de la cual, empero, los actores políticos y económicos pueden desenvolverse en el marco de un amplio margen de opciones. Entre estas, podemos citar los modelos de economía de libre mercado y el de economía social de mercado, cada uno con diverso grado de intervención estatal, según los requerimientos del ciclo económico respectivo, pero siempre sujetos a que se resguarde el contenido constitucional tanto de derechos individuales -como el libre desarrollo de la personalidad, la propiedad privada, la libertad de empresa, y los derechos de autor, entre otros (artículos 28, 45, 46 y 47 de la Constitución Política)-, como de aquellos afines al Estado Social y Ambiental de Derecho, y al Principio Cristiano de Justicia Social (ordinales 50 y 74 de la Constitución Política) que sustentan todo el capítulo de Garantías Sociales en la Ley Fundamental.

Ergo, a partir de una economía de mercado, el régimen constitucional admite una serie de variantes, cuyos límites son los principios, derechos y valores contemplados en la Ley Fundamental. Solo ahí procede el control jurisdiccional de constitucionalidad.

Conforme lo anterior, atinente a la redacción final de esta sentencia, considero que las valoraciones sobre la ideología económica de la Constitución deben entenderse como referidas a la “economía de mercado” en sí y no a una de sus variantes en concreto, mucho menos convirtiendo tal modalidad en regla (incluso, con ello entrando en

contradicciones técnicas entre los términos “economía social de mercado” y “economía de mercado libre”). En realidad, las circunstancias particulares del ciclo económico en un determinado momento histórico son las que definen el “énfasis” de la economía de mercado en uno u otro sentido, así como la intensidad y duración de alguna medida, dentro de lo cual al Tribunal Constitucional solo le compete velar por que no se transgredan los límites contemplados en la Carta Magna, toda vez que un exceso en el ejercicio del control jurisdiccional de constitucionalidad significaría una lesión al principio de autocontención o *self-restraint*.

Otrosí, acerca del término “lucro razonable” usado en la sentencia, debo puntualizar que una de las características fundamentales de una “verdadera” economía de mercado (que la diferencia diametralmente de la economía planificada) es la responsabilidad del inversor por el riesgo en la inversión. Como tesis de principio, resulta incompatible con la economía de mercado el privatizar las ganancias pero socializar las pérdidas, salvo que razones de orden público lo justifiquen (verbigracia, evitar un colapso de la economía nacional por el estallido de una burbuja especulativa).

En cuanto al principio constitucional de razonabilidad y proporcionalidad, utilizado en esta sentencia, en lo particular parto de la siguiente conceptualización.

En la sentencia No. 2000-003021 de las 08:57 horas del 14 de abril de 2000, este Tribunal se refirió al citado principio en estos términos:

“Los elementos que integran la razonabilidad en sentido técnico son esencialmente idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La idoneidad se traduce como la adecuación del medio al fin, es decir, que la norma debe ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido. La necesidad se refiere a la índole o magnitud de la limitación que por ese medio debe soportar un derecho o libertad, de manera que entre una variedad de medios posibles el elegido debe ser aquel que represente una limitación menor. La proporcionalidad significa que, aunque el medio elegido sea el que represente una limitación menor, esta limitación debe ser proporcionada, es decir, no podrá ser de tal magnitud que implique vaciar de su contenido mínimo esencial el derecho o libertad en cuestión. Finalmente, la razonabilidad jurídica exige la confrontación del acto, cuya razonabilidad técnica ha sido examinada, con el Derecho de la Constitución”.

La noción se afinó en la sentencia n.º 2013-001276 de las 14:50 horas del 29 de enero de 2013:

“... la Sala considera que la medida impugnada se encuentra acorde al principio de razonabilidad. Este último está compuesto por los siguientes componentes: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; la idoneidad indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, la autoridad competente debe elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y la proporcionalidad en sentido estricto dispone que aunque una medida sea idónea y necesaria, será irrazonables si lesiona el contenido esencial de otro derecho fundamental, si lo vacía de contenido.” (En sentido similar ver los votos n.^{os} 2015-010515, 2015-015763 y 2016-008543, entre muchos otros).

En la especie, los cuatro componentes supra citados devienen satisfechos, como se desprende del voto de mayoría.

La legitimidad deriva de una omisión relativa a lo preceptuado en el artículo 21 inciso 3) de la Convención americana sobre derechos humanos en relación con la falta de un parámetro a los efectos de tipificar el delito de usura.

La idoneidad deviene de que la medida en cuestión es apta para alcanzar el fin perseguido, puesto que de los autos no se colige algún argumento suficiente que desvirtúe lo anterior.

La necesidad tampoco se ve afectada, toda vez que, en el *sub examine*, no se advierten medidas alternativas que “claramente” se manifiesten menos lesivas de alguno de los derechos constitucionales en cuestión, a tal grado que la solución propuesta sea de tal intensidad como para tener por violentado el principio de razonabilidad.

Final y directamente relacionado con lo anterior, la proporcionalidad en sentido estricto en ningún momento se ve afectada, porque el límite superior aprobado deja un amplio espacio económico que garantiza el contenido esencial de las libertades de comercio y empresa, así como el de los derechos del consumidor.

En lo referido a cuestiones de admisibilidad, se observa que el 30 de abril de 2020, mediante oficio n.º DVPA-01-04-2020, la Diputada Sylvia Patricia Villegas Álvarez y el Diputado Walter Muñoz Céspedes retiraron sus firmas de la consulta parlamentaria.

Al respecto, reitero lo que junto con los Magistrados Cruz Castro y Salazar Alvarado indiqué en la sentencia n.º 2014-012887 de las 14:30 horas del 8 de agosto de 2014:

“XV.- Nota de los Magistrados Cruz Castro, Rueda Leal y Salazar Alvarado, sobre el retiro de firmas (Redacta el Magistrado Rueda Leal).-

Una situación ocurrida durante la tramitación de este expediente ha llamado la atención de los suscritos Magistrados. A raíz de ella, hemos considerado necesario poner esta nota, pues si bien no se trata de un punto cuestionado o de gran incidencia en este proceso de consulta legislativa, sí se ha manifestado de manera patente y requiere, a nuestro criterio, ser abordado. Es necesario observar lo ocurrido en este expediente para comprender a cabalidad la observación de los firmantes.

La primera consulta de constitucionalidad fue planteada el 22 de abril de 2014 por Carmen Granados Fernández, Xinia Espinoza Espinoza, Carmen Muñoz Quesada, Yolanda Acuña Castro, Claudio Monge Pereira, José María Villalta Flórez-Estrada, Juan Carlos Mendoza García, Justo Orozco Álvarez, Luis Fishman Zonzinski, Carlos Góngora Fuentes, Rodolfo Sotomayor Aguilar y José Joaquín Porras Contreras (12 diputados).

El 28 de abril de 2014, Rodolfo Sotomayor Aguilar retira su firma; lo mismo hacen, el 29 de abril de 2014 y mediante sendos memoriales, Carlos Góngora Fuentes y José Joaquín Porras Contreras. Ese mismo día, por escritos separados, María Eugenia Venegas Renauld y Damaris Quintana Porras adicionan sus firmas a la consulta.

En cuanto a la segunda consulta, ella fue planteada el 29 de abril de 2014 por Adonay Enríquez Guevara, Damaris Quintana Porras, Danilo Cubero Corrales, Ernesto Chavarría Ruiz, Fabio Molina Rojas, Luis Fishman Zonzinski, Manuel Hernández Rivera, María Ocampo Baltodano, Mireya Zamora Alvarado y Víctor Hugo Víquez Chaverri (10 diputados). Ese mismo día, Fabio Molina Rojas, María Ocampo Baltodano y Víctor Hugo Víquez Chaverri retiraron sus firmas y, unas horas después, adicionaron nuevamente sus firmas. Posteriormente, el 2 de junio de 2014,

ya siendo exdiputados, María Ocampo Baltodano y Víctor Hugo Viquez Chaverri retiraron sus firmas de la consulta.

La Sala se ha referido a la buena fe procesal que debe imperar en los procedimientos de consulta facultativa:

“... En ese particular, esta jurisdicción, es del criterio, que, en la primera ocasión en la que los Diputados formulan una consulta legislativa facultativa, deben de indicar todos y cada uno de los vicios constitucionales -tanto de forma como de fondo-, que estimen presentes en el proyecto de ley. Esto, ya que, de lo contrario, la consulta legislativa facultativa sería empleada como un instrumento para prolongar, indebidamente, el procedimiento legislativo, trastrocando sus fines. La necesidad de consultar en una sola ocasión los posibles defectos de constitucionalidad, obedece también, a la lealtad y buena fe procesales que deben imperar en la utilización de cualquier mecanismo que ofrezca el ordenamiento jurídico para someter a la fiscalización jurisdiccional una determinada conducta. También hay razones de economía procedimental legislativa que imponen esta nueva postura, por cuanto, bien podrían los diputados plantear tantas consultas legislativas facultativas respecto de un proyecto que no ha sufrido modificaciones esenciales o sustanciales, como estimen necesarias, dando lugar a una cadena interminable de consultas. Debe tomarse en consideración, tal y como lo prescribe el ordinal 101, párrafo 2º, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que el dictamen vertido por la Sala Constitucional en la consulta, “En todo caso, no precluye la posibilidad de que posteriormente la norma o normas cuestionadas puedan ser impugnadas por las vías de control de constitucionalidad”. Por consiguiente, en adelante, esta Sala, únicamente, evacuará una nueva consulta legislativa cuando, al haber sido devuelto a la corriente legislativa el proyecto de ley -luego, claro está, de haber sido conocida la primera de tales consultas por este órgano jurisdiccional-, se le hayan introducido al mismo modificaciones o enmiendas de carácter sustancial.” (Sentencia número 2011-14965 de las 9:34 horas del 2 de noviembre de 2011)

Admitir el libre desistimiento en las consultas de constitucionalidad da pie para que ocurran situaciones donde, contrario a la buena fe procesal, las firmas de los diputados son retiradas o adicionadas según la estrategia parlamentaria de cada legislador o partido político, y no, como debería ser, con el sincero interés de velar por la constitucionalidad del proyecto. Nuestra opinión es que tal tipo de vicios lleva a una perversión del mecanismo de la consulta facultativa de constitucionalidad, en la medida que la sujeta a los vaivenes y peripecias de la

política. En otras palabras, el uso de la consulta parlamentaria facultativa para los efectos de la táctica legislativa contribuye a la judicialización de la política, cuando la independencia judicial y la división de poderes exigen que el Poder Judicial y, como parte de él, la Sala Constitucional se protejan en la medida de lo posible de dicho fenómeno.

Por lo demás, los suscritos enfatizamos que en materia de acciones de inconstitucionalidad, se ha establecido que “no existe norma que autorice el desistimiento de una acción de inconstitucionalidad” (sentencias números 2013-008946 de las 14:30 horas del 3 de julio de 2013, 2013-004620 las 14:30 horas treinta del 10 de abril de 2013 y 2013-005095 de las 14:30 horas del 17 de abril de 2013). En virtud de lo anterior y haciendo especial hincapié en la necesidad de proteger a la Sala Constitucional de las incidencias políticas, consideramos que las consultas legislativas que hayan sido presentadas cumpliendo el requisito del artículo 96 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, deben ser tramitadas como corresponda, haciendo caso omiso a las gestiones de retiro de firmas que se presentaren posteriormente”.

Magistrado Paul Rueda L.

Expediente: 20-0007686-0007-CO

Nota del Magistrado Salazar Alvarado respecto de la admisibilidad de la Consulta Legislativa. En Sentencia N° 2014-012887 de las 14:30 horas del 8 de agosto de 2014, suscribí, junto con los Magistrados Cruz Castro y Rueda Leal, la siguiente nota con respecto al retiro de firmas en el proceso de una consulta legislativa:

“XV.- Nota de los Magistrados Cruz Castro, Rueda Leal y Salazar Alvarado, sobre el retiro de firmas (Redacta el Magistrado Rueda Leal).-

“Una situación ocurrida durante la tramitación de este expediente ha llamado la atención de los suscritos Magistrados. A raíz de ella, hemos considerado necesario poner esta nota, pues si bien no se trata de un punto cuestionado o de gran incidencia en este proceso de consulta legislativa, sí se

ha manifestado de manera patente y requiere, a nuestro criterio, ser abordado. Es necesario observar lo ocurrido en este expediente para comprender a cabalidad la observación de los firmantes.

“La primera consulta de constitucionalidad fue planteada el 22 de abril de 2014 por Carmen Granados Fernández, Xinia Espinoza Espinoza, Carmen Muñoz Quesada, Yolanda Acuña Castro, Claudio Monge Pereira, José María Villalta Flórez-Estrada, Juan Carlos Mendoza García, Justo Orozco Álvarez, Luis Fishman Zonzinski, Carlos Góngora Fuentes, Rodolfo Sotomayor Aguilar y José Joaquín Porras Contreras (12 diputados).

“El 28 de abril de 2014, Rodolfo Sotomayor Aguilar retira su firma; lo mismo hacen, el 29 de abril de 2014 y mediante sendos memoriales, Carlos Góngora Fuentes y José Joaquín Porras Contreras. Ese mismo día, por escritos separados, María Eugenia Venegas Renauld y Damaris Quintana Porras adicionan sus firmas a la consulta.

“En cuanto a la segunda consulta, ella fue planteada el 29 de abril de 2014 por Adonay Enríquez Guevara, Damaris Quintana Porras, Danilo Cubero Corrales, Ernesto Chavarría Ruiz, Fabio Molina Rojas, Luis Fishman Zonzinski, Manuel Hernández Rivera, María Ocampo Baltodano, Mireya Zamora Alvarado y Víctor Hugo Viquez Chaverri (10 diputados). Ese mismo día, Fabio Molina Rojas, María Ocampo Baltodano y Víctor Hugo Viquez Chaverri retiraron sus firmas y, unas horas después, adicionaron nuevamente sus firmas. Posteriormente, el 2 de junio de 2014, ya siendo exdiputados, María Ocampo Baltodano y Víctor Hugo Viquez Chaverri retiraron sus firmas de la consulta.

“La Sala se ha referido a la buena fe procesal que debe imperar en los procedimientos de consulta facultativa:

“... En ese particular, esta jurisdicción, es del criterio, que, en la primera ocasión en la que los Diputados formulan una consulta legislativa facultativa, deben de indicar todos y cada uno de los vicios constitucionales -tanto de forma como de fondo-, que estimen presentes en el proyecto de ley. Esto, ya que, de lo contrario, la consulta legislativa facultativa sería empleada como un instrumento para prolongar, indebidamente, el procedimiento legislativo, trastrocando sus fines. La necesidad de consultar en una sola ocasión los posibles defectos de constitucionalidad, obedece

también, a la lealtad y buena fe procesales que deben imperar en la utilización de cualquier mecanismo que ofrezca el ordenamiento jurídico para someter a la fiscalización jurisdiccional una determinada conducta. También hay razones de economía procedimental legislativa que imponen esta nueva postura, por cuanto, bien podrían los diputados plantear tantas consultas legislativas facultativas respecto de un proyecto que no ha sufrido modificaciones esenciales o sustanciales, como estimen necesarias, dando lugar a una cadena interminable de consultas. Debe tomarse en consideración, tal y como lo prescribe el ordinal 101, párrafo 2°, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que el dictamen vertido por la Sala Constitucional en la consulta, “En todo caso, no precluye la posibilidad de que posteriormente la norma o normas cuestionadas puedan ser impugnadas por las vías de control de constitucionalidad”. Por consiguiente, en adelante, esta Sala, únicamente, evacuará una nueva consulta legislativa cuando, al haber sido devuelto a la corriente legislativa el proyecto de ley -luego, claro está, de haber sido conocida la primera de tales consultas por este órgano jurisdiccional-, se le hayan introducido al mismo modificaciones o enmiendas de carácter sustancial.” (Sentencia número 2011-14965 de las 9:34 horas del 2 de noviembre de 2011).

“Admitir el libre desistimiento en la consultas de constitucionalidad da pie para que ocurran situaciones donde, contrario a la buena fe procesal, las firmas de los diputados son retiradas o adicionadas según la estrategia parlamentaria de cada legislador o partido político, y no, como debería ser, con el sincero interés de velar por la constitucionalidad del proyecto. Nuestra opinión es que tal tipo de vicios lleva a una perversión del mecanismo de la consulta facultativa de constitucionalidad, en la medida que la sujeta a los vaivenes y peripecias de la política. En otras palabras, el uso de la consulta parlamentaria facultativa para los efectos de la táctica legislativa contribuye a la judicialización de la política, cuando la independencia judicial y la división de poderes exigen que el Poder Judicial y, como parte de él, la Sala Constitucional se protejan en la medida de lo posible de dicho fenómeno.

“Por lo demás, los suscritos enfatizamos que en materia de acciones de inconstitucionalidad, se ha establecido que “no existe norma que autorice el desistimiento de una acción de inconstitucionalidad” (sentencias números 2013-008946 de las 14:30 horas del 3 de julio de 2013, 2013-004620 las

14:30 horas treinta del 10 de abril de 2013 y 2013-005095 de las 14:30 horas del 17 de abril de 2013). En virtud de lo anterior y haciendo especial hincapié en la necesidad de proteger a la Sala Constitucional de las incidencias políticas, consideramos que las consultas legislativas que hayan sido presentadas cumpliendo el requisito del artículo 96 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, deben ser tramitadas como corresponda, haciendo caso omiso a las gestiones de retiro de firmas que se presentaren posteriormente”.

Luego, en Sentencia N° 2016-004651 de las 12:40 horas del 6 de abril de 2016, consigné otra nota en la que aclaré los alcances de mi posición respecto al tema, en los siguientes términos:

“Si bien, en la Sentencia N° 2014-12887, de las 14:30 horas, del 8 de agosto de 2014, suscribí nota conjunta con los Magistrados Cruz Castro y Rueda Leal, respecto del retiro de firmas en una consulta legislativa de constitucionalidad, en el caso bajo estudio, en el que el recurrente desiste de la presente acción de inconstitucionalidad, coincido con el voto de mayoría, que tiene por desistida la acción, por cuanto, la misma, aún no había sido admitida para estudio cuando el accionante presentó el desistimiento, en virtud de haberse dictado a su favor una sentencia absolutoria, de ahí la diferencia -esencial- con la nota suscrita en aquella consulta. Ergo, sobra decir que, en criterio del suscrito, es viable, desde el punto de vista procesal, desistir de una acción de inconstitucionalidad mientras la misma no haya sido admitida para estudio, como aconteció en ésta”.

De lo dicho en las notas citadas, se desprende que, tanto en vía de consulta legislativa facultativa de constitucionalidad, como en vía de acción de inconstitucionalidad, es válido, para el suscrito, el retiro de firmas o el desistimiento -según el caso- siempre y cuando ello acontezca antes de que la Sala reciba la copia certificada del expediente legislativo (en consulta legislativa facultativa) o no haya sido aún admitida para su estudio (en acción de inconstitucionalidad).

En este mismo orden de ideas, sí es posible, en una consulta legislativa de constitucionalidad, retirar válidamente una firma antes de que la Sala reciba la copia certificada del expediente legislativo -momento a partir del cual corre el plazo mensual para resolver-, así como también debe entenderse, que se debe tener válidamente como

consultante al diputado o diputada que, antes de que este Tribunal reciba la referida copia del expediente legislativo, solicite que se le tenga como firmante de la consulta.

En este caso, consta que el 29 de abril de 2020, la diputada Sylvia Patricia Villegas Álvarez y el diputado Walter Muñoz Céspedes, incoaron como firmantes (junto a otros nueve legisladores) la consulta legislativa N° 20-07686-0007-CO; sin embargo, siendo las 11:02 horas del 30 de abril, solicitan el retiro de la consulta, sin que se haya recibido el expediente legislativo N° 20.861. En este sentido, no existe impedimento para el suscrito para que tanto la diputada como el diputado puedan retirar sus firmas de la consulta facultativa que en su momento procesal formularon, como fue explicado líneas atrás. Tampoco encuentro impedimento para que se tenga como firmantes de la consulta a los diputados Oscar Mauricio Cascante Cascante y Pablo Heriberto Abarca Mora, y a la diputada Aracelly Salas Eduarte. Dichas gestiones fueron incoadas antes del recibido del expediente legislativo el 7 de mayo pasado. Así, el 30 de abril, Oscar Mauricio Cascante Cascante solicitó su inclusión como consultante, y posteriormente, Pablo Heriberto Abarca Mora y Aracelly Salas Eduarte, el 4 de mayo, de manera que al ocurrir todo ello antes de la fecha en que fue recibido el expediente legislativo en la Sala Constitucional (7 de mayo de 2020), lo propio es tenerlos como consultantes, conforme a los razonamientos expresados.

Magistrado Luis Fdo. Salazar Alvarado