

UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA

Sistema de Estudios de Posgrado

Maestría en Derecho Constitucional

“LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN DEL SEGURO DE DESOCUPACIÓN EN COSTA RICA”

José Joaquín Alvarado Acuña

Marzo, 2004

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, al Dios Todopoderoso, por haberme dado la salud y la fuerza para llevar adelante la difícil y sacrificada tarea de escribir.

Al Dr. Carlos Araya Pochet, quien en mi vida profesional y personal ha sido fuente de inspiración y de conocimiento.

A la Msc. Marianella Alvarez Molina, quien pacientemente ha escuchado y discutido mis criterios, apoyo incondicional que retrata de cuerpo entero la fe y el cariño que resguarda nuestra amistad.

A mi madre, hermanas y sobrinos, quienes aún en momentos de desaliento y desesperación me apoyaron para seguir adelante.

A mis amigos y compañeros de largas noches de estudio y café, quienes nunca dejaron de creer en mí y que me incitaron a culminar algo que, en algún momento, creí que no podría concretar.

De todo corazón... Gracias.

DEDICATORIA

Para Jenny, mi esposa, quien con su apoyo incondicional, amor y dedicación me ha alentado cuando las fuerzas me flaqueaban, y quien con su incesante espíritu de lucha por los derechos sociales, me enriqueció en cada discusión profesional sobre el tema.

Para Andrea, Daniela y Diana, mis hijas, quienes de la forma más simple y sencilla me han enseñado el verdadero significado de la justicia, la equidad, el amor al prójimo y la paz.

INTRODUCCION

Hablar sobre el seguro de desocupación en Costa Rica no es realmente una labor sencilla. La carencia total de doctrina nacional y la exigua jurisprudencia del Tribunal Constitucional costarricense hacen del tema uno de especial complejidad.

Y no es que sobre ello no se haya escrito nada. Es bien sabido que el sistema existe y funciona en países como España, Alemania, Suiza y otros de la Comunidad Europea, así como en Estados Unidos de Norteamérica, lo que permite, desde la perspectiva doctrinaria y jurisprudencial comparada, el estudio de la problemática que aquí se plantea.

El advenimiento de los Estados Sociales de Derecho y los Estados Constitucionales, plantea una perspectiva distinta de las relaciones de poder entre los administrados y el poder público: el respeto por los derechos constitucionales y fundamentales de quienes conforman la población nacional, naturalmente desde una perspectiva social, que obliga a los Estados a tomar posiciones de poder menos rígidas o absolutas y decantar el quehacer político, económico y social, hacia un régimen garantista de los derechos sociales declarados en el texto constitucional.

Y no es que el Estado, en esta etapa de su desarrollo, haya retomado un sentido socialista o de ideología comunista, sino que, por influencia directa de la doctrina social de la Iglesia Católica, su tendencia es de protección a los derechos que nacen y se nutren de la interacción social entre diversos sectores. Debe quedar claro que dista mucho un Estado socialista de un Estado Social de Derecho. En el primero se esbozan teorías de masas que buscan satisfacer intereses comunes, con una estructura política de un solo partido y un líder, convirtiéndose a la masa, normalmente obrera o asalariada, en el medio para lograr los cometidos del partido. Por su parte, el Estado Social de Derecho propugna una estructura democrática, multipartidista o bipartidista, como en los Estados Unidos de Norteamérica, que busca el bienestar de los miembros de la sociedad como detentadores del poder público, más no como un medio para alcanzar los fines del partido en el poder. Se trata de facilitar a los administrados, medios a través de los cuales el desarrollo de su vida dentro de la sociedad, se dé desde la perspectiva de la garantía de respeto a su integridad

física, su libertad, su igualdad, su vida, como un desarrollo de principios como los de solidaridad social, dignidad humana, autonomía de la voluntad, entre otros.

Es por ello que parto de un breve análisis de la evolución de los Estados para llegar al Estado Social de Derecho y Constitucional de Derecho, que son los que han desarrollado, más ampliamente, sistemas de protección de los derechos sociales. Ello nos ubicará en un contexto histórico mundial que permitirá, de alguna forma, establecer una relación entre ese movimiento mundial y Costa Rica en el campo de los derechos sociales de rango constitucional.

A partir de ahí, el obligado análisis del tema nos lleva al estudio de la institución del seguro de desocupación. En este punto, importante será el establecer la vinculación entre esta variedad de seguro y el Estado Social de Derecho y el Constitucional de Derecho. Determinar la derivación del seguro de desocupación de los principios rectores del Estado Social de Derecho, responderá a un estudio no sólo histórico sino de legislación comparada, para concluir en nuestro sistema constitucional, tratando de determinar si en Costa Rica y por derivación del Estado Social de Derecho, nació el seguro de desocupación como una garantía social.

Acto seguido, deberá analizarse la naturaleza de las normas constitucionales que enuncian la garantía, para lograr determinar el grado de vinculación y obligatoriedad del Estado y sus políticas sociales a tal garantía constitucional, debiendo necesariamente establecerse si se trata de una norma constitucional reglamentaria o programática, o si es simplemente una manifestación irreflexiva del legislador ordinario cuyas consecuencias, actualmente, pueden ser realmente nocivas en el plano económico para el Estado, no obstante su evidente contenido garantista y fundamental para la dignidad humana de los administrados dentro de un Estado Social de Derecho.

Finalmente, la problemática de la cuestión. Es de rigor cuestionarse si en el caso de Costa Rica, al introducirse un Título de Garantías Sociales en 1943 en la Constitución Política, y al redactarse por el Constituyente de 1949 las normas que enuncian el seguro de desocupación como normas programáticas, se está dando actualmente algún supuesto de inconstitucionalidad por omisión que pueda ser objeto de tutela efectiva en la jurisdicción constitucional. Evidentemente, para ello, deber es puntualizar los alcances de los distintos tipos de inconstitucionalidad por omisión que modernamente se conocen, para así lograr una conclusión más clara en relación con el punto álgido de este trabajo.

Según se indicó inicialmente, la carencia de doctrina y jurisprudencia nacional en relación con el seguro de desocupación, obligan a la utilización del derecho comparado como fuente de información básica para esta investigación. Igualmente el conocimiento de una realidad social actual, sirve también de nutriente para el desarrollo argumental que aquí se esboza.

En el ámbito nacional, no puedo imaginarme por qué, el tema sobre el enunciado de las normas 63 y 72 constitucionales, se ha visto como un tabú, al punto de que nunca, nadie, ha escrito o comentado sobre ello. Algunos se escudan en el hecho de que, como no está implementado un sistema para hacerlo efectivo, no hay nada de qué hablar y tampoco se le puede exigir al Estado su cumplimiento. Incluso la doctrina nacional, creada vía jurisprudencia constitucional, ha sostenido en reiteradas oportunidades que en tanto exista la cesantía, no existe la necesidad de crear un seguro de desocupación, interpretación auténtica de la norma respecto de la cual, respetuosamente, disiento.

En todo caso, este trabajo pretende no solamente analizar un tema vedado a la discusión nacional desde la perspectiva constitucional, sino también crear conciencia entre los lectores de la existencia de un seguro de desocupación, sus alcances en aquellos países que lo tienen implementado, el por qué de su no-implementación en Costa Rica y la responsabilidad Estatal por su omisión en instituirlo, lo que, no me cabe duda, generará discusiones interesantes y no menos importantes en todos los ámbitos del quehacer nacional, nutriéndose de tal forma un tema relegado al olvido, al destierro, a la invisibilización.

TITULO I: EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

CAPITULO 1. Desarrollo Histórico de los Estados.

El desarrollo histórico de los Estados Modernos, cuyo inicio se remonta a los siglos XI y XVI, se ha dado a partir de distintas manifestaciones en las relaciones de poder que existen entre el poder público y los administrados. Así, han existido estados estamentales, los cuales se basaban en una estructura dualista, pues al lado del príncipe se conservaron los estamentos, no sólo como órganos consultivos o deliberantes, sino como verdaderas instituciones decisorias, creándose una monarquía limitada estamentalmente.

Ese desarrollo, pronto, cambió de rumbo hacia un estado absolutista, con la figura del príncipe como autoridad absoluta por encima del pueblo y su voluntad, naciendo apotegmas como “lo que quiere el rey quiere la ley”, “todo por el pueblo pero sin el pueblo”, o la célebre frase de Luis XIV “El Estado soy yo”. En esta etapa los fines de “El Príncipe”, como lo denominó Nicolás Maquiavelo en su obra que lleva el mismo nombre, justificaban los medios para alcanzarlos, debiendo dicha figura caracterizarse por el realismo, el cálculo, la indiferencia por el bien y el mal, la habilidad, la simulación y la grandeza, todo ello en resguardo de la posición de poder del gobernante sobre sus súbditos y sin considerar el perjuicio o el daño que ello pudiera significar a la colectividad. Esta posición ilimitada de poder, llevó a las masas y a los pensadores de la época a enunciar la necesaria fijación de límites al ejercicio del poder por el soberano, logrando avanzar hacia un Estado contractual, donde se negociaba o concertaba entre el pueblo y el soberano. En este tipo de Estado se partía de la premisa de que el Estado debía garantizar la limitación del poder del rey, el surgimiento del parlamento y la independencia de los jueces, sin alcanzar una auténtica soberanía popular, pero sí abandonando, de alguna forma, el poder despótico propio de los siglos anteriores.

Con este antecedente, llegamos al siglo XIX, donde pensadores de la talla de John Locke, Montesquieu, Juan Jacobo Rousseau, Emmanuel-Joseph Sieyes y Adam Smith, entre otros, desarrollaron una nueva teoría sobre los estados modernos a partir de un modelo liberal. Al contrario de sus predecesores, el Estado liberal se caracteriza por un respeto total a la voluntad popular, al punto de que se concibe la idea de que el monarca

debe apoyarse en el consenso de sus vasallos para gobernar, la cual se complementa con la tendencia a una mínima intervención estatal en la economía y en la vida privada de los gobernados. En esta etapa histórica de los Estados, la iglesia jugó un papel preponderante. La concepción de un derecho natural superior a la voluntad de los gobernantes y sus leyes, surgió de las propias autoridades eclesiásticas para limitar el poder de las autoridades civiles en provecho propio. Además, la idea cristiana de que todos los hombres son iguales ante Dios, fue la base para la posterior proclama de igualdad sostenida por los liberales. En esta época se dio la Revolución Gloriosa en Inglaterra entre 1685 y 1688, continuada por Francia y su Revolución en 1789, movimientos de reforma impulsados y defendidos por John Locke, Montesquieu, Voltaire y Juan Jacobo Rousseau, entre otros filósofos y pensadores, quienes aportaron una idea más clara de la organización del Estado y las relaciones de poder. Estos pensadores desarrollaron en distintas obras como el “Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil” (Locke), “El Espíritu de Las Leyes” (Montesquieu) y el “Contrato Social” (Rousseau), valores y principios que posteriormente serían la base para el nacimiento de un Estado Social de Derecho y el Estado Constitucional. Ideales, principios y valores como la libertad, la autonomía de la voluntad, la solidaridad, las garantías estatales en pro de los derechos del pueblo, la democracia representativa, la igualdad, la soberanía, son precisamente el resultado del intelecto de estos pensadores que, a pesar de que se desarrollaron en una sociedad liberal incipiente, propugnaron por el respeto a los derechos de los individuos dentro de la sociedad y del papel del Estado como garante y gendarme de éstos.

Para el siglo XX, en una fase de crisis del Estado Liberal, encontramos a los Estados Totalitarios, de izquierda y de derecha. Entre los segundos está el Estado Fascista que detentó el poder en Italia entre 1922 y 1943, y donde nació precisamente esa ideología en cabeza de Benito Mussolini quien orientó, dirigió y propugnó por la implantación del fascismo. Por su parte, el Estado Nazi, implantado en Alemania entre 1933 y 1945, es otra expresión del Estado Totalitario, impulsado en ese país por Adolfo Hitler luego de la Primera Guerra Mundial.

En Italia, este modelo de Estado Fascista de Derecha, se desarrolló a partir de una ideología que se basaba en el culto al líder, en la exaltación de la colectividad nacional y en el desprecio de los valores típicos del individualismo liberal. Según Remedio Sánchez, “el

fascismo se caracteriza también por sus intentos de expansión imperialista; por la movilización de las masas y sus encuadramientos en organizaciones que se ocupan de lograr la socialización política planificada en beneficio del régimen; por la anulación de todo lo que signifique oposición, incluso con el uso de la violencia terrorista; por un aparato de propaganda que se ejerce controlando toda la información de los medios de comunicación de masas; por un amplio dirigismo estatal en lo económico, y por el intento de integrar en las estructuras que controla el partido o el Estado todas las relaciones que puedan desarrollarse en la sociedad, ya sean económicas, políticas o culturales”¹. Por su parte, el Estado Totalitario Nazi es un estado antiliberal, antiparlamentario, antipartidos; un estado fundado en el principio y en la mística del jefe, del conductor y cuyo motor es un partido único, intermediario entre las masas y el jefe. Es un estado radicalmente antimarxista, antiigualitario, jerárquico y corporativo, empeñado en ‘nacionalizar’, en hacer no simplemente ‘nacionales’ sino agresivamente ‘nacionalistas’, a las masas que el marxismo judío quería desnacionalizar e internacionalizar. Es un Estado que se constituye en la antítesis de su antecesor, con una serie de antivalores como ideología de poder. Es la encarnación de la negación de los principios básicos de igualdad y de participación popular y del irrespeto por la democracia representativa y la autonomía de la voluntad.

Estados como España y Portugal, también vivieron esta etapa del Fascismo. Estas dos otrora potencias mundiales en los siglos XVI y XVII, se vieron visiblemente afectadas por la pobreza, las guerras civiles y el atraso respecto del resto de países de Europa, lo que facilitó la llegada al poder de dos gobiernos de extrema derecha. En España gobierna Francisco Franco de 1936 a 1973 y el almirante Carrero Blanco de 1973 a 1975; y en Portugal gobiernan Antonio Oliveria Salazar de 1932 a 1968, y Marcelo Caetano de 1968 a 1974.

Por su parte, los Estados Totalitarios de izquierda florecieron en Europa Oriental desde la Revolución Marxista en 1917 hasta la disolución de la Policía Secreta de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) y el Partido Comunista, en 1991 durante el gobierno de Mijail Gorbachov. Estos estados fueron la respuesta marxista al estado liberal, y en palabras de Jesús Vallejo, este tipo de fascismo de izquierda está “representado por el

¹ Sánchez Ferriz, Remedio. “Introducción al Estado Constitucional”. Barcelona. Editorial Ariel, 1993, citado en Elejalde Arbeláez, Ramón. “*Curso de Derecho Constitucional General*”. Medellín. Editorial Diké, 2002. pp. 67.

régimen comunista que se estableció en Rusia a partir de 1918 y se extendió a otros países después de la II Guerra Mundial. Este régimen también representa reacciones contra el Estado Liberal, pero de diferente sentido. Los regímenes comunistas son más radicalmente totalitarios, ya que pretenden asumir prácticamente toda actividad económica, política o cultural; son colectivistas, pues buscan superar el individualismo a través de la organización y el trabajo comunitarios; son igualitarios, pues quieren realizar una igualdad social plena; son nacionalistas, pues se basan en una ideología supuestamente científica que trata de diseñar las instituciones sociales conforme a un designio racional”². Este fascismo europeo oriental de izquierda, es el que va a dar las bases a la siguiente fase del desarrollo Estatal.

En su último desarrollo, encontramos al Estado de Derecho, el cual tiene distintas manifestaciones. En el género, este tipo de Estado es aquél en que se ha sustituido el Gobierno de los hombres por el Gobierno de las normas. Se puede decir, entonces, que el Estado de Derecho es el que se rige por la legalidad, en sentido técnico jurídico, por el principio de legalidad. Este establece que, tanto el poder público como los funcionarios que lo ejercen, tienen sus funciones previamente establecidas en la ley; pudiendo adicionarse que, esa ley es la que les permite desarrollar sus funciones dentro de ciertos límites preestablecidos, prohibiéndoseles el arrogarse facultades y derechos no contenidos en la norma específica. Así, el funcionario público, ergo, el poder público, solamente podrá hacer lo que le esté expresamente permitido por la Ley.

Pero este concepto genérico no puede analizarse al margen de lo que implica el Estado Social y el Estado Constitucional. Estos dos tipos de Estado son la especie dentro del género que constituye el Estado de Derecho.

El Estado Social de Derecho es aquél que incorpora a su normatividad derechos sociales fundamentales, conocidos también como derechos de la segunda generación, y que son distintos a los derechos políticos y civiles (de primera generación). Los derechos sociales son derechos positivos, sea que el Estado está en la obligación de prestarlos a los particulares.

² Vallejo Mejía, Jesús. *“Lecciones de Teoría Constitucional”*. Medellín. Editorial Diké, 2000, citado en Elejalde Arbeláez, Ramón. *“Curso de Derecho Constitucional General”*. Medellín. Editorial Diké, 2002. pp. 69.

El primer esbozo de un Estado Social de Derecho se hizo en la Constitución Alemana de Weimar en 1919, la cual incluyó los derechos de segunda generación gracias a la presión del partido socialdemócrata alemán y la orientación doctrinaria de Hermann Heller. El concepto posteriormente se adoptó y se hicieron aportes importantes en la Constitución de la República Española de 1931, y en países de América Latina, como Colombia en 1936 y Costa Rica, en 1943, entre otros.

Heller puso en evidencia que el Estado de Derecho era insuficiente para hacer realidad el principio de igualdad, ya que el legislador dentro de la estructura del Estado de Derecho, no tiene en cuenta las relaciones sociales de poder, por ello propugnaba que el Estado Social de Derecho debe proponerse garantizar una igualdad social real, donde la Ley proteja al fuerte y al débil por igual.

Según Ramón Elejalde Arbeláez, el Estado Social de Derecho tiene cabal aplicación “cuando efectivamente se cumplen derechos como el de respetar la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la vida y la integridad personales, la igualdad, la prohibición de toda discriminación, la protección del matrimonio y de la familia, la vivienda digna, la educación, el trabajo, la obligación social de la propiedad y el derecho a un ambiente sano y a la cultura”³.

³ Elejalde Arbeláez, Ramón. *Curso de Derecho Constitucional General*. Medellín. Editorial Diké, 2002. pp. 70.

Este Estado, también llamado “estado bienestar” o “estado neocapitalista”, se caracteriza por responsabilizarse de que los administrados cuenten con un mínimo vital o estándares mínimos para toda la sociedad, sea que pretende que todos los habitantes del Estado posean condiciones de vida soportables. Adicionalmente, se considera un Estado que debe garantizar la seguridad social a todos sus habitantes; proteger a los socialmente débiles, pretendiendo una igualdad social que no es absoluta, sino que se refiere a un tratamiento favorable a los socialmente desfavorecidos; es un Estado que busca la equidad social mediante la eliminación de abusos originados en el poder económico o en relaciones personales de dependencia, como las laborales; busca la existencia de un sistema jurídico público de indemnizaciones en el caso de intervenciones del Estado en los derechos de los individuos, y se enuncia que el individuo debe tener un comportamiento social justo frente al Estado, lo que implica un sentido responsable de la propiedad, cooperación proporcional a las necesidades financieras y subsidiaridad del derecho social. Estas características del Estado Social de Derecho las retomaremos más adelante cuando se analice la situación del Estado costarricense.

Finalmente, y respecto del desarrollo histórico que interesa, surge en una época más reciente, otra especie del Estado de Derecho: El Estado Constitucional.

En este punto nos encontramos con un Estado que posee un plus de garantías. Primero, el control de la propia Ley por la justicia constitucional. Este control permite que el Estado de Derecho evolucione, no quedándose en el mero sometimiento del poder público a la Ley, sino que también está sometido al control de constitucionalidad de los actos fundados en la propia Ley que debe aplicar, lo que nos lleva a un segundo plus, no menos importante que el primero: el sometimiento del legislador, también, a los enunciados constitucionales. Este segundo plus establece una garantía adicional de respeto al bloque de legalidad del Estado de Derecho, sin abandonarlo, pero reforzándolo por medio del bloque de constitucionalidad. Así, el estado legal, que fue de derecho, en sentido lato, pasa a ser estado constitucional en sentido estricto o riguroso, sea un Estado que se encuentra constituido, estructurado y organizado según el acuerdo fundamental (democrático y pluralista) del pueblo, que se enuncia y contiene en una Constitución Política normativa, y que se debe contener y desplegar, por parte del legislador, tangencialmente en el ordenamiento jurídico nacional.

CAPITULO 2. El Estado Social de Derecho contemporáneo.

He querido referirme en este capítulo al tipo de Estado que doctrinariamente se estima que existe en la actualidad, en virtud de la importancia que reviste el ubicar la nueva visión de Estado Social de Derecho que se maneja actualmente.

Tradicionalmente, y como lo hemos visto en el capítulo anterior, el concepto de Estado Social de Derecho se viene decantando desde el siglo XIX. Es a partir del liberalismo social y económico, que las ideas del respeto por los derechos de los administrados dentro de las distintas estructuras sociales mundiales, han venido cobrando fuerza.

De ahí que no sea de extrañarse que, ante un movimiento mundial de globalización, apertura de mercados y nuevas corrientes ideológicas liberales (neoliberalismo), los actuales, y en parte, tradicionales Estados Sociales de Derecho, muten hacia una síntesis de todo lo que éstos fueron antes de nuestra época.

Pareciera existir una necesidad de rescatar todo lo bueno de las experiencias pasadas y retomarlos sin descuidar aspectos importantes de la vida en sociedad.

La mayoría de los Estados contemporáneos que han estructurado su rumbo y su organización a partir de un texto constitucional, se han preocupado no sólo por su inserción económica dentro del desarrollo mundial, lo que implica una nueva visión, más liberal y capitalista, sino también por el respeto a los derechos humanos y fundamentales de sus ciudadanos.

De ahí que podemos afirmar que el desarrollo de los Estados en su fase económica, no se ve influenciado, de ninguna manera por el desarrollo social y de defensa de los derechos de quienes los habitan. La inclusión dentro de los distintos ordenamientos jurídicos, de disposiciones contenidas en declaraciones universales, convenciones o tratados internacionales sobre derechos humanos, no solamente han venido a nutrir el tradicional concepto de Estado Social de Derecho, sino que lo han convertido en un Estado Social y Constitucional de Derecho.

El movimiento constitucionalista iniciado hace ya bastantes años, jamás imaginó que sus enunciados alcanzaran tal nivel de interés e importancia. Y es que el constitucionalismo, lejos de venir a reforzar únicamente la estructura orgánica de los

Estados, vino a reforzar, a partir de los principios de protección a la humanidad y a la libertad (pro homine y pro libertate), la ya extensa gama de derechos sociales contenidos en los distintos textos constitucionales, y que se esbozaron apenas, aunque con gran fuerza y determinación, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia, en 1789.

Es innegable que los Estados Sociales contemporáneos son mucho más de lo que doctrinariamente se ha esbozado. Su evolución hacia el constitucionalismo hace de la dialéctica hombre-Estado una de especial atención, especialmente si se toma en cuenta que dentro de esas relaciones se incluyen, actualmente, derechos de tercera generación como los económicos y los ecológicos, por lo que las relaciones se tornan más complejas y amplias y, por ende, los alcances de la protección constitucional resulta, cada vez, un tema mucho más álgido.

La formulación de los Estados Sociales a partir de su Constitución, se ve matizada por eventos importantes de reivindicaciones sociales, no menos revolucionarias, presentadas a finales del siglo XIX e inicios del XX; digo revolucionarias, por partir de un esquema no tradicional, anticapitalista y antitético, respecto de las ideologías y tendencias que se venían desarrollando a lo largo de la historia. Su cúlmen: los pensamientos socialistas marxistas. Estos movimientos tenían como fundamento principal el cuestionamiento del status quo existente y enunciaban un cambio o modificación de las estructuras estatales y de las relaciones de poder. Ubicamos en el siglo XIX la Revolución de 1848 y la Comuna de París de 1871, y en el siglo XX, la Revolución Bolchevique de 1917 lo que sirvió de base para que la Unión Soviética, en 1918, emitiera la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado.

Mientras, del otro lado del Atlántico, en México, se planteó, por vez primera, la conexión de la libertad individual con los derechos sociales, a partir de la inclusión en la Constitución de 1917 de una síntesis entre libertades formales y materiales.

De vuelta en Europa y para 1919, con la Constitución de la República de Weimar en Alemania, se hizo un aporte importantísimo en beneficio del reconocimiento expreso de los derechos sociales sin perjuicio de las libertades individuales, pero esta vez con mayor precisión en aras de lograr una protección efectiva de los Derechos Fundamentales.

Debe mencionarse, además, la Constitución Española de 1931, en la cual se hace un amplio reconocimiento de los derechos sociales sin decaimiento o desmejoramiento del conjunto de las libertades individuales.

El Estado Social fue la opción oportuna y correcta a una tendencia revolucionaria que clamaba por cambios en las estructuras de poder y respeto por los derechos sociales e individuales, un discurso meramente socialista que, a la postre, sirvió de base y fundamento para erigir un estado democrático, pluralista, social y constitucional de derecho.

No debe perderse de vista que al pasar el Estado a ser una entidad benefactora por su intervención en el juego de la economía, la recolección de impuestos y la distribución de la riqueza, precisamente para evitar una distribución masiva de la pobreza, surge un nuevo planteamiento que, algunos doctrinarios como el Dr. Manrique Jiménez Meza, ubican al Estado como un Estado Democrático, Social y Ecológico de Derecho.⁴

Este matiz económico se denota en las tendencias, no proteccionistas o paternalistas de los Estados, sino en la más clara y reciente enunciación de derechos de tercera generación. La protección a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como la garantía de propugnar por un mejor reparto de la riqueza, constituyen un mandato que se han impuesto los Estados a escala mundial y de una forma global, a fin de garantizar a las futuras generaciones un mundo y un hábitat donde desarrollarse en condiciones de equidad y respeto por la dignidad y la vida humanas.

El desarrollo histórico de la humanidad ha demostrado que somos una raza que busca incesantemente autodestruirse, sin compasión alguna, arrasando a ese mismo ritmo, con todo lo que le rodea, incluso su propio medio ambiente, lo cual resulta de vital importancia para la vida de cualquier especie. De ahí que las nuevas tendencias estaduales busquen insertar un poco de derecho ecológico o ambiental dentro de sus derroteros constitucionales, lo cual se desarrolla a partir de principios tan básicos y fundamentales como los enunciados en el Derecho Natural y que sirvieron de fundamento para la Revolución Francesa y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: la Vida y la Libertad.

⁴ Jiménez Meza, Manrique. *“Legalidad y Legitimidad del Estado Constitucional”*, en *“La Sala Constitucional -- Homenaje en su X Aniversario”*, Universidad Autónoma de Centro América, pp [153180], ISBN 997763, Febrero 2000. Documento de hipervínculo www.uaca.ac.cr/2000/salaiv/mjimenez.htm

Pareciera como si, cíclicamente, hubiésemos vuelto a una etapa primigenia o básica del desarrollo humano. Reconocernos como especie, primero, y como especie en peligro de extinción (por nuestros propios yerros y conductas), después, impone una nueva visión de la tarea a encarar al Estado. Como especie y seres vivientes necesitamos un lugar donde vivir, lo cual no podremos ser capaces de mantener sin la ayuda Estatal. Esta visión o conciencia social respecto del respeto a nuestro ambiente (lo cual incluye los recursos naturales de un Estado), es lo que permite la identificación social con el respeto a los derechos de los demás de gozar de un ambiente en tales condiciones. Igualmente, de esa misma conciencia, nace la inspiración social de luchar porque el Estado, en su dinámica de protección social, incluya garantías que permitan el desarrollo sostenible de la sociedad sin dañar el medio ambiente. El desarrollo no puede ser una guillotina para la humanidad, entonces, será posible en el tanto se establezcan políticas sociales y económicas que permitan la subsistencia de ambos, sin necesidad de sacrificar uno u otro.

A este punto, resulta importante citar el papel que han jugado los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos y su inserción en la vida política, económica y social de los Estados, a través de su incorporación o adopción dentro de los distintos ordenamientos jurídicos constitucionales.

Parece una mentira, pero resulta una verdad absoluta: a la altura del siglo XXI, aún no reconocemos qué somos. No obstante las distintas teorías científicas sobre la evolución humana, hemos perdido de vista que desde nuestros orígenes somos seres vivientes iguales a cualquier otro que habita este planeta. Somos una especie, y ello parece olvidado por las doctrinas del Derecho moderno, excepto por los ambientalistas (respecto de los cuales en algunos casos nos volvemos escépticos por sus extremistas posiciones). Hemos perdido de vista que el halo espiritual de un Estado es su población, es lo que le da vida, es su sentido y su razón. Sin la especie humana, sin población, no existiría Estado, no existiría estructura de poder alguna, no existiría democracia, ni sistema de gobierno, simplemente no existiría nada.

Si perdemos de vista eso, viviremos por toda la existencia de la humanidad, como hasta ahora lo hemos hecho, librando batallas en el campo de los derechos individuales y sociales que no tendrán una verdadera reivindicación, porque los gobernantes parten de que los derechos tienen que ser otorgados por el Estado, obviando la naturaleza originaria de los

derechos individuales. Debe recordarse, respecto de los derechos del hombre, que son aquellos que posee el ser humano por el sólo hecho de ser humano, que son originarios e incluso anteriores al Estado mismo, y por ello éste no puede vedarlos o cercenarlos, sino simplemente reconocerlos.

Esta visión de los derechos individuales como fundamentales, coloca al ser humano en una situación de privilegio dentro de la estructura de la sociedad estatal, con un poder absoluto sobre sus propios derechos y los de la sociedad, que puede reclamarlos al Estado y éste deberá reconocerlos, no otorgarlos, ya que son propios de esa misma naturaleza humana.

El carácter de fundamentales viene dado por el grado de necesidad que tenga la especie para subsistir, y en algunos casos, para sobrevivir, dentro en la dinámica social. Será fundamental, entonces, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la libertad, y el derecho a la salud, entre otros, derechos sin los cuales no se puede garantizar una existencia del hombre en la sociedad. Pero, aunque parezca mentira, este enunciado de respeto a estos derechos de carácter fundamental, es lo que llena el discurso del ius naturalismo y de las épocas del Derecho Divino, por lo que son ya siglos de estar sosteniendo los enunciados de los derechos del individuo sin que efectivamente se haya reconocido históricamente, hasta tiempos más recientes, y gracias a la publicidad y carácter universal que se le ha dado a éstos por parte de las organizaciones internacionales de derechos humanos al emitir convenios y tratados en esta materia que, por su carácter vinculante y su rango supra constitucional (al menos en Costa Rica así lo ha establecido la Sala Constitucional), obliga a los Estados signatarios a incorporarlos en sus ordenamientos jurídicos, respetarlos y reconocerlos.

Precisamente, es con la constitucionalización de estos derechos fundamentales, y la derivación, a partir de éstos, de otros derechos necesarios para la convivencia y subsistencia social, que el respeto por los derechos individuales y sociales se empieza a dar, tal vez no como se quisiera, pero al menos existe un intento.

El nacimiento de conceptos como dignidad humana, protección y seguridad social, y la adopción de éstos dentro de los regímenes constitucionalistas, ha permitido la determinación de nuevos rumbos a seguir por los Estados en beneficio de su único y último fin: el individuo en su dinámica social.

El hombre (en sentido genérico, por lo que debe entenderse ser humano) no sólo nació para vivir en sociedad, sino para hacerlo con dignidad. Para ello merece el respeto de su condición humana, originaria y fundamental, su estado de libertad dentro de la dinámica social, y garantizarse los medios por los cuales procurarse (no que el Estado se lo de) un mínimo existencial, una vida con dignidad. La correcta distribución de la riqueza dentro de los Estados contemporáneos, implica la posibilidad de alcanzar ese mínimo existencial, situación que debe ser prevista y programada por el Estado y su gobierno. De ahí que el tema de la constitucionalización de los derechos fundamentales, se ve matizado, además, por el derecho económico del Estado, en este caso financiero y presupuestario, que necesariamente debe tenerse en cuenta en esta nueva dialéctica de la relación hombre-Estado.

No existe en ningún país del mundo, exención a los administrados respecto de sus obligaciones tributarias, considerándosele a esa imposición como una contribución a la manutención del gasto público. En tesis de principio, esa inversión, financieramente hablando, debe redundar no solamente en la manutención del “gasto” público, cual si dicho mandato expresara únicamente el generar gasto por gasto, sino que debe direccionarse a la correcta distribución de la riqueza. El gasto público, en nuestras modernas sociedades de derecho, debe dirigirse, no únicamente pero sí prioritariamente, a la satisfacción de las necesidades básicas y fundamentales del ser humano que habita determinado estado, a fin de no vaciar de contenido al texto constitucional en cuanto a la materialización de enunciados de derechos individuales y sociales que permitan su desarrollo social con dignidad humana.

Es un hecho irrefutable que en sociedades desarrolladas, como la italiana y la norteamericana, el cumplimiento de la obligación tributaria por parte de los administrados se convierte no en una carga a manera de “suplicio”, sino en una garantía. Su aporte económico al Estado, redundando en mejores condiciones para él como nacional y como base y fundamento esencial para la vida social estatal. Es un círculo que nace y termina en el administrado. Es el hombre el que escoge vivir en sociedad, elegir un gobierno, erigir un Estado y habitar en él, para lo cual sacrifica parcialmente su individualidad frente al interés colectivo, colabora, aporta, y espera, en reciprocidad y de sus gobernantes, obtener parte de esa riqueza a la que ha aportado, riqueza que no se traduce en dinero, sino en

oportunidades, beneficios, desarrollo, y vida con dignidad. En el tanto y cuanto el círculo se cierre, en esta dinámica, se puede asegurar que el Estado estaría cumpliendo su principal y prioritario encargo: la protección del individuo y de sus derechos, para que viva y se desarrolle en el presente y a futuro, con dignidad y en libertad.

Con esta nueva etapa, se cierra el círculo de protección de los derechos del individuo dentro de la sociedad, de sus derechos sociales frente al poder estatal y de su reivindicación como ser humano al que se le debe participar en la generación y goce de las riquezas que él produce dentro del Estado, lo cual debe traducirse en mejores y más efectivas garantías, y beneficios que logren, en armonía con su hábitat, permitirle una vida digna, o al menos, un mínimo existencial.

De ahí que, contemporáneamente, podemos hablar ya no sólo de un Estado Social y Constitucional de Derecho, sino también Económico y Ecológico de Derecho, resumiéndose en él todo lo bueno que ha resultado del desarrollo histórico de tipos de Estado anteriores.

CAPITULO 3. Costa Rica como Estado Social de Derecho.

Como he venido indicando, el surgimiento de los Estados Sociales de Derecho data de finales del siglo XIX e inicios del XX. Pero el verdadero surgimiento de este tipo de estados se da a partir de la gran crisis de 1930, cuando se da la caída de las más importantes bolsas de valores, lo cual resultó en un golpe terrible a la articulación financiera del sistema capitalista.

He indicado, anteriormente, que el desarrollo de los ideales de libertad individual y de derechos sociales, se inició con fuertes luchas y reivindicaciones sociales que datan de 1848, 1871, 1879, en la antigua Unión Soviética y París, extendiéndose a movimientos constitucionalistas en países como España (1931), Italia, Alemania Federal y Japón, para continuar nuevamente en Francia en 1946 y 1958, Grecia en 1975, Portugal en 1976 y nuevamente España en 1978.

En el caso de América Latina, podemos identificar la misma tendencia europea a favor del Estado Social de Derecho, sólo que más reciente, excepto del caso de Uruguay, Chile y México (1920). Por ejemplo, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Brasil en 1988, Perú en 1995, y Argentina en 1994, a partir de una profunda reforma parcial a su Constitución. Este último caso es de especial interés para nuestro análisis, ya que a diferencia de todos los demás Estados citados, Argentina y Costa Rica, no obstante que se consideran Estados Democráticos, Sociales y de Derecho, no indican en ninguna de sus disposiciones constitucionales, en forma expresa, su adscripción a ese tipo de Estado.

Según se puede observar, la constitucionalización de los Estados Sociales se ha dado como un proceso de globalización que ha alcanzado a todos los Estados del mundo, a unos antes y a otros después, pero el desarrollo, en ese sentido, se ha dado.

Curiosamente, el origen del desarrollo de Costa Rica como Estado Constitucional, como Estado Democrático y Social de Derecho, no puede ubicarse en la historia constitucional costarricense.

Bien podría pensarse que al ser Costa Rica una provincia de España perteneciente a la Capitanía General de Guatemala, y por venir todas las disposiciones y normas de la Corona Española, la tradición democrática y constitucional de Costa Rica, es una herencia de España. O bien podría pensarse que, al ser la población costarricense, en su gran

mayoría españoles, esa tendencia étnica inclinaría la balanza para que nuestras tradiciones democráticas y nuestras catorce constituciones, se decantaran, en cuanto a contenido, a favor y paralelamente a los regímenes que históricamente iban implantándose en la Madre Patria.

Lo cierto es que España, lejos de constituirse en un modelo a seguir, resultó ser, precisamente, lo que no se quería, ni política ni jurídicamente, para la nueva República. Para los tiempos en que Costa Rica obtuvo su carta de independencia en 1821, existía un claro y marcado nacionalismo, con una orientación cívica y política poco común en las naciones de la América Española, y no heredada de la madre patria, sino autóctona, tan propia y preclara como las propias ideas que se plasmaron en el Pacto de Concordia de 1821, no obstante lo cual no se puede negar una clara influencia del modelo estatal español.

Esa orientación cívica, que se mantiene a pesar de la inserción de Costa Rica en el Federalismo Centroamericano con la Ley Fundamental de 1825, y que sobrevive a partir de 1871, a épocas nefastas de dictaduras, tiranos, golpes de estado y gobiernos de hecho, así como a los embates de elecciones manipuladas y sentimientos de una democracia vejada, para enunciarse y reforzarse en 1949 con la Constitución actual, no es más que el resultado de un pensamiento propio, de una formulación popular de los deseos de independencia, individualismo y nacionalismo digno de cualquier nación del mundo, de un espíritu que yacía en el rincón más profundo de aquellos primeros padres de la patria que vieron nacer una incipiente democracia, fundada en el respeto a la libertad y la autonomía de la voluntad, pero también con una clara orientación social, de protección a los derechos de los nacionales, por encima de los derechos de los ciudadanos, sea dándole más énfasis a la protección de los derechos sociales que a los políticos.

Esa manifestación cívica, y por demás, característica de Costa Rica, no tiene un origen conocido en la historia, pero puede ubicarse textualmente en las constituciones que se citaron en el párrafo anterior. Lo que resulta necesario a este punto es llamar la atención en el sentido de que, no obstante la dominación española de nuestro territorio, la idiosincrasia costarricense es algo que resulta de su propia naturaleza, de su ser nacional único de la República de Costa Rica, no es una herencia colonial española. Esto es importante, no por un carácter nacionalista o despectivo de la influencia española, cual si fuera un arrebato de ira por los años de dominación, sino más que todo para entender que

nuestros cambios y nuestro desarrollo en el ámbito del Derecho Constitucional, lejos de estar prefijados, inducidos o impuestos por naciones extrañas, han respondido a nuestras propias creencias, a nuestra propia idea y concepción de Estado.

La constitución de una sociedad civil que goza, por su condición de “nacional”, de mayores derechos que los que se derivan de la ciudadanía -sin desmerecer estos últimos-, marca el desarrollo constitucional costarricense, desde épocas tempranas, como un régimen protector de los derechos individuales, primero, y sociales, después, de los habitantes de la República.

El régimen de libertades y garantías individuales contenido en la Constitución de 1871 y que se mantuvo hasta 1949, con algunas interrupciones poco relevantes en la historia constitucional como lo fue la constitución de 1917, se vio reforzado con la introducción del Título correspondiente a los Derechos y Garantías Sociales, en 1943.

Si bien la inclusión de estos derechos respondía a una doctrina social no instaurada en el país para esa época, ya que la tendencia liberal propugnaba por el reconocimiento de los derechos individuales, más no sociales, en detrimento de las clases obreras y a favor de la burguesía capitalista (oligarquía cafetalera), y que sus enunciados fueron “importados” por el Doctor Rafael Ángel Calderón Guardia de Europa, la conciencia social de los gobernantes de otrora, y su interés por gobernar a favor del bienestar de la población, lograron sobreponerse a una ideología liberal y desconocedora de estos derechos, para incluir, mediante una reforma parcial a la Constitución de 1871, el reconocimiento de los derechos sociales de los que actualmente se ufana el Estado Costarricense.

Y es que no es para menos. Siendo un país con una democracia incipiente, habiendo adquirido su condición de República independiente apenas cien años atrás, de pronto se encontró inmersa en el profundo océano de la ideología social y democrática, al mejor estilo de países con mayor tradición estatal como la propia España, Alemania, Francia e Italia, y en Latinoamérica, bastante antes que Colombia, Paraguay, Argentina, Brasil y Perú, casi asumiendo la vanguardia de las luchas por los derechos sociales y su constitucionalización en este lado del mundo.

Fiel a su historia, y aunque en su texto constitucional Costa Rica no se declara como un Estado Social y Democrático de Derecho, ello no es óbice para no considerarlo como tal. Al igual que la República Argentina, pero aún antes que ella, el contenido dogmático de

la Constitución costarricense proclama, en forma tácita a la República, como un Estado Social y Democrático de Derecho, en contraposición de Estados como Alemania y España que sí disponen en sus constituciones, en forma explícita y no solo por contenido, su condición de Estados Sociales de Derecho.

Ciertamente, si retomamos las características del Estado Social de Derecho que citamos en el capítulo primero de este título, y las enfrentamos al texto constitucional costarricense, la única conclusión a la que se puede arribar es esa.

Veamos. Según se había indicado supra, los Estados Sociales de Derecho se consideran Estados que deben garantizar la seguridad social a todos sus habitantes; proteger a los socialmente débiles, pretendiendo una igualdad social que no es absoluta, sino que se refiere a un tratamiento favorable a los socialmente desfavorecidos; es un Estado que busca la equidad social mediante la eliminación de abusos originados en el poder económico o en relaciones personales de dependencia, como las laborales; busca la existencia de un sistema jurídico público de indemnizaciones en el caso de intervenciones del Estado en los derechos de los individuos, y se enuncia que el individuo debe tener un comportamiento social justo frente al Estado, lo que implica un sentido responsable de la propiedad, cooperación proporcional a las necesidades financieras y subsidiaridad del derecho social.

Dentro de ese marco, la Constitución costarricense es un claro ejemplo de este tipo de Estados. A partir de la actual redacción del artículo 50 constitucional, se construye toda una estructura de protección social del Estado a favor de los administrados. Esta norma programática, establece la obligación del Estado de perseguir y conseguir el mayor bienestar de los habitantes, para lo cual se establecen tres medios posibles, no excluyentes entre sí: a) organizar la producción; b) fomentar o estimular la producción, y c) el más adecuado reparto de la riqueza.

El desarrollo histórico de esta norma deja entrever claramente el sentido social de su enunciado. Inicialmente introducida a la Constitución Política mediante ley número 24 de dos de julio de 1943, y originalmente como artículo 51, dicha norma rezaba: “Artículo 51. El Estado procurará el mayor bienestar de los costarricenses, protegiendo de modo especial a la familia, base de la Nación; asegurando amparo a la madre, al niño, al anciano y al enfermo desvalido y organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto

de la riqueza”⁵. Curiosamente su ubicación dentro del texto constitucional, precisamente abriendo el Título de Las Garantías Sociales, introducido en 1943, no es obra del azar. Esta norma constitucional, de compleja redacción y como parte de un cambio de rumbo del Estado Liberal al Estado Social, define tareas programáticas específicas al Estado con un eminente carácter social. Nótese de esa redacción original, la cual no dista mucho de la actual (al menos en cuanto al mandato constitucional impuesto al Estado a favor de los habitantes de la República), que desde 1943 se le impuso al Estado (gobierno) procurar el mayor bienestar de los costarricenses y la protección especial de la familia, para lo cual le encarga dos tareas: organizar y estimular la producción, y repartir de la forma más adecuada la riqueza.

Como mandato constitucional, ergo vinculante, obliga al Estado y sus instituciones a procurar mediante programas, estímulos y otros medios probables, garantizar el bienestar social de los costarricenses, dándole un énfasis especial a la protección de la familia como base, precisamente, de la sociedad. Su ubicación, primero, en el Título otrora denominado Las Garantías Sociales, y segundo, como primer artículo de dicho título, no implica otra cosa más que la preeminencia que quiso darle el legislador a sus enunciados. Ciertamente abre el Título imponiéndole al Estado volver los ojos hacia el individuo viviendo en sociedad y no a la persona en su fase individual. Impone un carácter de solidaridad en la gestión estatal para la consecución de un fin último y primordial: garantizar el bienestar social de la población. Este concepto, al menos en la redacción original, se complementaba con la protección de sectores normalmente desvalidos de la población, a los cuales se les reviste de una garantía constitucional de amparo en virtud de su posición, otrora desventajosa desde el punto de vista social (lo cual no implica que se haya superado esa desventaja por todos los sectores enunciados en la norma original), y se le indica al Estado la forma en que se debe proceder a dar tal protección.

Como se puede ver, en su estado original este artículo enunciaba principios básicos de solidaridad, protección a sectores tradicionalmente débiles de la sociedad, pretendía una igualdad social que no es absoluta, sino que se refiere a un tratamiento favorable a los socialmente desfavorecidos, y hace referencia, aunque no directa, a la subsidiaridad del derecho social.

⁵ Peralta, Hernán G. *“Las Constituciones de Costa Rica”*. Instituto de Estudios Políticos. 1962. pp. 569.

Posteriormente, con la reforma constitucional de 1949, se procede a dividir el artículo 51 en dos partes: la relativa a la garantía social de que el Estado debe propugnar por el mayor bienestar de los habitantes de la República, y los medios para ello (organizar y estimular la producción, y repartir de la forma más adecuada la riqueza) la cual se incluyó en el texto constitucional como artículo 50; y, por otra parte, coloca la protección especial o el amparo de la familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, y la protección a la madre, al anciano, al niño y al enfermo desvalido, en un nuevo artículo 51. Finalmente, y con un fin complementario de los derechos sociales y como producto de la extensa jurisprudencia del Tribunal Constitucional costarricense, mediante reforma de diez de junio de 1994, Ley número 7412, se incluyeron dos párrafos al artículo 50 constitucional, en los cuales se garantizan derechos de tercera generación, de carácter ecológico con trasfondo social, con lo cual se vino a cerrar el círculo de protección inicial y, por qué no, general del Estado a la sociedad.

En las actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, no se puede encontrar una razón clara del por qué se hizo la división citada. El disponer la protección en dos artículos distintos, o el mantener la redacción original, en nada altera el sentido social de la garantía establecida inicialmente. Lo poco que se puede concluir es que se pretendió dividir la norma en dos para enunciar dos garantías de distinta naturaleza, una económica y otra social, ante la imposibilidad de incluir un título de “Garantías Económicas”, lo cual -en el fondo- en nada altera la intención inicial.

Tal afirmación se funda, precisamente, en el sentido y contenido social de la economía y de la producción, y del estímulo que se pueda dar a ésta.

En esa misma tesitura, el artículo 50 constitucional ya comentado líneas atrás; el 56 (sobre el derecho al trabajo); el 57 (sobre el derecho al salario); el 58 (sobre la jornada ordinaria y extraordinaria); el 59 (sobre las vacaciones); el 60 (sobre el derecho y la libertad de sindicalización); el 61 (el derecho al paro y la huelga); el 62 (la garantía de fuerza de ley de las convenciones colectivas); el 63 (el derecho a la indemnización o al pago de prestaciones); el 64 (la garantía de fomento cooperativo); el 65 (el derecho a la vivienda y al patrimonio familiar del trabajador); el 66 (el derecho a la seguridad ocupacional); el 67 (el derecho a la preparación técnica y cultural de los trabajadores); el 68 (el principio de no-discriminación entre nacionales y extranjeros o entre grupos de trabajadores); el 69 (el

principio de explotación racional de la tierra: contratos de aparcería rural); el 70 (la garantía judicial de una jurisdicción especializada en materia laboral); el 71 (el derecho a la protección especial de las mujeres y los menores de edad en el trabajo); el 72 (el derecho al seguro de desocupación); el 73 (la garantía de la seguridad social, el derecho de acceso a los servicios de seguridad social y la institucionalización del Seguro Social en Costa Rica), y el 74 (la irrenunciabilidad de los derechos y garantías sociales), conjuntamente con el 46 (derecho y libertad de comercio), vienen a constituir el marco constitucional costarricense de las garantías y derechos sociales, protegiendo todos los sectores de la industria (párrafo primero del artículo 50 y artículo 61), el comercio (artículos 46 y 61), los consumidores (párrafo primero del artículo 50), la ecología (párrafo segundo y tercero del artículo 50), la tierra (artículo 69) y, muy especialmente, a los trabajadores (artículos 56 al 68 y 70 al 74), se constituyen en el marco normativo de rango constitucional que permite y obliga al Estado a estimular y promover, no solamente la producción, sino también la industria, el comercio, el trabajo, la seguridad social, la vivienda digna, e incluso, la protección al medio ambiente, permitiendo establecer claramente dos cosas: Primero, un equilibrio entre los tres pilares de un Estado contemporáneo (lo económico, lo social y lo ecológico); y segundo, que la República de Costa Rica no es solamente un Estado Social de Derecho, sino que va más allá, es un Estado Social, Constitucional, Económico y Ecológico de Derecho.

De ahí que, las garantías establecidas en el artículo 50 constitucional y siguientes, establecen (a más de un contenido económico que no escapa a un trasfondo social) toda una gama de derechos y libertades que, tanto en el aspecto económico como en el social, defienden la necesidad de mano de obra para lograr el estímulo de la producción y el mejor reparto de la riqueza, amén de garantizar al trabajador un nivel de vida y de existencia dignas. Por ello, no es que el estímulo de la producción se circunscriba, solamente, al fomento de la libertad de empresa (ergo a los empresarios) como señala el Dr. Rubén Hernández Valle en la Constitución de Costa Rica Comentada⁶ cual si fuera un derecho o

⁶ Hernández Valle, Rubén. Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y Anotada. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. 1998. *“Estimular la producción alude evidentemente al fomento de la actividad empresarial privada, que es, por su propia naturaleza, de usufructo voluntario, aunque presuponga lógicamente la existencia de obligaciones accesorias. La actividad de fomento antes de ser antitética con la libertad empresarial más bien la refuerza, ya que le permite contar con la ayuda directa o indirecta del Estado a fin de hacerle frente a todos los riesgos, de muy diversa índole, que conlleva el ejercicio de la actividad empresarial. Verbigracia, las leyes que otorgan incentivos a las exportaciones y a los industriales, etc. En resumen, la*

prerrogativa de este segmento de la población, sino que el impulso del Estado debe darse, no sólo como estímulo al sector productivo, sino también a la clase trabajadora de todos los estratos sociales, derecho establecido en el artículo 56 constitucional, a fin de que con ello se extienda el círculo de protección a todos los sectores de la cadena de producción y de la sociedad. Debe recordarse que el derecho al trabajo, según se contiene en el artículo 56 del texto constitucional, no sólo se conforma en un derecho a favor del trabajador, sino también en un deber a cargo del Estado de programarse a fin de que se procure, a favor de todos los administrados, un trabajo honesto y útil, debidamente remunerado, como un medio de evitar la esclavitud y la explotación, y como la vía natural en las relaciones sociales y económicas, de propiciarse una existencia y una vida digna. De ahí que el Estado deba ser precursor de políticas económicas que, amén de servir a sus intereses y fines económicos (como estímulos a la producción), sirvan a la vez de medios de generación o creación de empleo, logrando de tal forma cerrar el círculo de protección y garantías establecidos constitucionalmente a favor de los administrados.

A este punto, resulta de interés para este análisis, con miras a una eventual conclusión de este capítulo, analizar el contenido de la Constitución Española, Estados que expresamente se reconocen como Estados Sociales de Derecho.

La Constitución Española, aprobada por las Cortes en Sesiones Plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978, ratificada por el Pueblo Español en Referéndum de 6 de diciembre de 1978 y sancionada por el Rey ante las Cortes el 27 de Diciembre de 1978, desde su preámbulo, establece *“La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e*

actividad estatal de fomento de la actividad económica privada constituye un refuerzo importante para la libertad empresarial, porque en vez de oponerle obstáculos, más bien la hace posible al exonerarla de ciertas cargas que, en circunstancias normales, haría esa actividad poco o nada rentable.” Pp. 185.

*instituciones. Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.”*⁷

A partir de esos enunciados, como declaración soberana del pueblo español, se decanta en la Constitución Española un extenso articulado de contenido social que no dista, en nada, del contenido social de la Constitución de la República de Costa Rica, con una única diferencia: la Constitución Española sí declara a la República como un Estado Social de Derecho.

A diferencia de nuestro texto constitucional, la Constitución Española no establece un Título de Garantías Sociales y uno de Garantías Individuales, sino que hace una clasificación en derechos y deberes fundamentales, derechos fundamentales y libertades públicas, garantías de las libertades y derechos fundamentales, y principios rectores de la política social y económica.

Iniciando con el artículo 1.1 de la Constitución Española, se parte en el viaje hacia un texto que claramente contiene un sentido social en sus declaraciones. Es, precisamente este artículo, el que expresamente declara a la Nación Española como un Estado Social de Derecho⁸.

Conforme se avanza en el texto, se encuentran normas que establecen parámetros claros que identifican a un Estado Social de Derecho: el derecho a la sindicalización (artículo 7 y 28); el principio de la dignidad humana (artículo 10); el principio de igualdad ante la ley (artículo 14); la libertad ideológica, religiosa y de culto (artículo 16.1); la libertad de pensamiento y de expresión (artículo 20.1.a); la libertad de asociación (artículo 22); el derecho a la educación y a la libertad de enseñanza (artículo 27); el derecho a la huelga (artículo 28.2). Adicionalmente, y de especial importancia para este aparte, el artículo 35⁹ establece el deber y el derecho al trabajo; el artículo 37¹⁰ enuncia la fuerza de

⁷ Constitución Española. Página de Hipertexto, dirección http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.html. Fecha 26 febrero 2003.

⁸ *Ibíd.* “Artículo 1. - 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

⁹ *Ibíd.* “Artículo 35. - 1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores.”

¹⁰ *Ibíd.* “Artículo 37. - 1. La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.

ley de las convenciones colectivas; el artículo 38¹¹ reconoce la libertad de empresa dentro de una economía de mercado; el artículo 39¹² impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección de los niños prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos; el artículo 40¹³, par del 50 costarricense, establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica, pero es un poco más amplio y congruente con la tesis que aquí se sostiene, en el sentido de que se le impone al Estado, de manera especial, la realización de una política orientada al pleno empleo. Adicionalmente este artículo asegura a los trabajadores su formación y la seguridad ocupacional, así como el régimen de vacaciones, descansos semanales y jornada laboral; el derecho a la seguridad social, incluyendo las prestaciones sociales en caso de desempleo, se encuentra contenido en el artículo 41¹⁴; en cuanto a la protección del medio ambiente, el artículo 45¹⁵ de la Constitución Española establece una

2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.”

¹¹ *Ibíd.. “Artículo 38. - Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”*

¹² *Ibíd.. “Artículo 39. 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. (...) 4. Los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”*

¹³ *Ibíd.. “Artículo 40. 1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo. 2. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales: velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.”*

¹⁴ *Ibíd. “Artículo 41. Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.”*

¹⁵ *Ibíd. “Artículo 45. 1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.”*

carga al Estado, cuyo fundamento es la garantía de una mejor calidad de vida y la solidaridad colectiva; por su parte, el derecho a la vivienda digna se encuentra normado por el artículo 47¹⁶; el principio de igualdad de las personas con discapacidad y sus derechos sociales está contenido en el artículo 49¹⁷; el derecho a la pensión y a beneficios sociales a favor de la población adulta mayor se encuentra contenido en el artículo 50¹⁸, y finalmente, los derechos del consumidor se encuentran claramente definidos y establecidos en el artículo 51¹⁹ del texto constitucional español.

De lo que viene dicho, y analizado el contenido de la Constitución Española, país declarado explícitamente como Estado Social de Derecho, y comparado el contenido de su Constitución al de la costarricense, no cabe otra cosa más que concluir que la República de Costa Rica, por el amplio contenido social de su Constitución es, aunque no lo declare así explícitamente en el texto constitucional, un Estado Social de Derecho.

Esta conclusión es inevitable ante la realidad que implica contraponer su normativa o texto a las características propias de un Estado Social, y lograr determinar a ciencia cierta que reúne todas ellas, propias de un Estado de ese tipo, a saber, y recapitulando: el deber de garantizar la seguridad social a todos sus habitantes; proteger a los socialmente débiles, pretendiendo una igualdad social que no es absoluta, sino que se refiere a un tratamiento favorable a los socialmente desfavorecidos; buscar la equidad social mediante la

¹⁶ *Ibid.* “Artículo 47. Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.”

¹⁷ *Ibid.* “Artículo 49. Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.”

¹⁸ *Ibid.* “Artículo 50. Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.”

¹⁹ *Ibid.* “Artículo 51. 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.”

eliminación de abusos originados en el poder económico o en relaciones personales de dependencia, como las laborales; buscar la existencia de un sistema jurídico público de indemnizaciones en el caso de intervenciones del Estado en los derechos de los individuos, y se enuncia que el individuo debe tener un comportamiento social justo frente al Estado, lo que implica un sentido responsable de la propiedad, cooperación proporcional a las necesidades financieras y subsidiaridad del derecho social. Todo ello se encuentra incluido en nuestra Carta Política.

Evidentemente, la sola conclusión a que se ha llegado en este Título, no es suficiente para comprender el tema y sus alcances, por lo que resulta menester avanzar en el análisis de fondo de la cuestión y empezar a decantar el meollo del asunto a fin de poder determinar la existencia o no de la inconstitucionalidad por omisión del seguro de desocupación, por lo que es obligado el análisis comparativo en legislación sobre el punto central de este trabajo, aparte que se desarrolla a continuación.

TITULO II: EL SEGURO DE DESOCUPACIÓN COMO DERIVADO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

CAPITULO 1. Estudio Comparado de Normativa Constitucional sobre las instituciones sociales.

De previo a iniciar este estudio comparado en normativa constitucional, resulta de importancia retomar algunos aspectos que venían desarrollándose en el capítulo anterior, y profundizar en ellos, a fin de que el lector pueda hilar adecuadamente las ideas y leer correctamente este trabajo, aspectos que no por tener un carácter histórico-económico, se encuentran exentos de ser mencionados y tomados en cuenta en un trabajo como éste, por lo que se dirá.

No es un secreto que la economía y su evolución es un fenómeno que reviste un interés social, por sus implicaciones en todos los sectores de la población, según viene dicho. Por ello, es importante a los efectos de este trabajo, y para justificar la tesis que se planteó al inicio, determinar el momento histórico del nacimiento del trabajo como factor de producción y su incidencia en las relaciones sociales.

Desde finales del siglo XVIII y principios del XIX, con fenómenos como el “cercamiento” (la delimitación de las propiedades o feudos), se propició el nacimiento de *“una nueva clase de fuerza de trabajo: sin tierras, sin una fuente tradicional de ingresos, por escasos que fuesen, e impulsada a encontrar trabajo para ganar un salario, dondequiera que pudiese encontrar alguno disponible”*.²⁰

Este fenómeno, en particular, antecedió al nacimiento de un proceso de economización que se venía gestando desde el medioevo. Este movimiento inexorable se vio alimentado por hitos históricos como las Cruzadas, e incluso, nuevas corrientes religiosas como el Calvinismo, que vinieron a darle un nuevo sentido a la economía, y por absurdo que pueda parecer, la influencia de este movimiento religioso fue trascendental en esta evolución.

²⁰ Heilbroner, Robert L. *“La formación de la sociedad económica”*. Fondo de Cultura Económica. México. Pp. 115.

Esta corriente protestante propugnaba por una vida de rectitud, severidad y, lo más importante, de laboriosidad; adicionalmente, promovió un aspecto de la vida económica denominado *frugalidad* (de templanza o parquedad en la comida y en la bebida), que nace a partir de concebir que el ahorro –sea el hecho de abstenerse conscientemente del disfrute del ingreso-, fuese considerado como una virtud, y por ende fuera utilizado en propósitos productivos, lo que inclinó al pueblo (seguidor de este movimiento) a ahorrar para producir, no para consumir, propiciando la reinserción de capital en proyectos productivos y generando el nacimiento de nuevos “*ricos*” distintos a los señores feudales.

Estos movimientos, entre otros, llevaron a una ruptura del sistema señorial o feudal, toda vez que la economía y la riqueza no se encontraba solamente en uno de los factores de producción: la tierra, sino que la evolución social y la migración del campo a la urbe de esa nueva clase trabajadora de la que nos habla Heilbroner en su obra “La formación de la Sociedad Económica”, hizo que los sistemas monetarios de cobro de tributos, los cuales habían superado desde hacía muchos años el sistema feudal de pago en especie, se salieran de las manos del señor feudal y se convirtiera en el medio más idóneo de manejar económicamente los destinos de la nueva sociedad.

Así, el control de la moneda ya no estaba en el señor feudal, sino en manos de aquellos que explotaban la tierra y comerciaban con sus productos, o de quienes, en un afán de garantizarse una existencia digna, vendían su fuerza de trabajo en relaciones obrero-patronales relativamente justas, por lo que la evolución hacia una economía de mercado resultó inevitable, constituyéndose este movimiento en una forma incipiente de la pequeña burguesía. Es en este momento histórico-económico que surge la fuerza de trabajo como un factor de la producción que debe ser, necesariamente, tomado en consideración y protegido por el Derecho.

Ahora bien, histórica y universalmente, la fuerza de trabajo ha sido uno de los factores de producción más importantes de la vida económica y social de un país y del propio desarrollo de los Estados.

Este factor de la producción, tan menospreciado en tiempos antiguos, resulta indispensable en nuestra época, aún más que en sus inicios. Ello es así ya que al momento de su reconocimiento social, no como esclavitud o medio de explotación, sino como factor de la producción, la industria y el comercio eran actividades incipientes. Actualmente, la

mano de obra o el trabajo remunerado, obliga a que la distribución del ingreso dentro de una sociedad o Estado se torne más equilibrada, equitativa. Es una dialéctica que no puede ser obviada por los gobernantes.

La necesaria existencia de un círculo que incluya todos los sectores de la población organizados (trabajadores, comerciantes, industriales, consumidores, entre otros) y que funcione con una adecuada interacción entre todas sus partes y partícipes, es indispensable para lograr los fines últimos contenidos en el artículo 50 constitucional: la más adecuada repartición de la riqueza.

Y es que ello no escapa al fenómeno económico, ya que este círculo, cuya protección tiene en todos sus alcances raigambre constitucional, no puede cerrarse si falta alguno de sus elementos.

Los factores de la producción, desde el punto de vista económico, incluyen la tierra, el capital y el trabajo. Las economías mundiales basadas en un modelo capitalista o de mercado, juegan constantemente con las diversas variables económicas que se dan entre estos tres factores de la producción, tratando de maximizar cada uno de ellos en las diversas áreas. Pero un factor que es común al capital y a la tierra, a fin de satisfacer interrogantes económicas como el ¿qué?, ¿cómo? y ¿para quién?, es el trabajo.

Este factor de la producción no es un asunto que solamente esté regido por la Ley de la Oferta y la Demanda, por las curvas de rendimientos económicos, o por las Leyes de la Competencia, típicas reglas de Economía. No; por el contrario, el trabajo, ya no sólo como factor de producción, sino como medio de subsistencia, tiene un carácter fundamental en las relaciones sociales que no puede obviarse frente a ese no menos importante rol que cumple dentro de las economías.

Tanto es así que en todas las constituciones del mundo se han integrado normas de carácter social que buscan y propugnan por una protección especial para la clase trabajadora, precisamente por su histórica explotación y falta de reconocimiento gubernamental como un factor importante –sino el más importante- de las economías mundiales.

Precisamente, y en ese sentido, nuestros constituyentes no se quedaron atrás y, con un movimiento social visionario -paralelo al movimiento social de países de del Cono Sur como Argentina- introdujeron sabiamente en 1943 (reformado y adicionado en algunos

aspectos en 1949), un Título de Garantías Sociales que cubre en todo, de principio a fin, todos los flancos de la vida en sociedad y de la economía nacional. Estimo visionario el movimiento social constitucional en Costa Rica, ya que no es que con el tiempo se hayan venido incluyendo, a manera de parches o remiendos, cambios en la norma constitucional, sino que su texto se ha mantenido en el tiempo, y más bien se ha nutrido con la jurisprudencia constitucional.

Basta con echar una mirada al antiguo Título de “Las Garantías Sociales” de 1943, y al actual Título V, denominado “Derechos y Garantías Sociales”, para poder observar que, a pesar de existir algunas diferencias en ambos textos y sus enunciados, son prácticamente los mismos, con la ventaja de que la Constitución de 1949, vino a mejorar el catálogo de derechos y garantías sociales, ampliándolo a niveles de igualdad en las relaciones de los individuos dentro de la dinámica social.

Dentro de esa dinámica o dialéctica social y económica, las Constituciones de países como Alemania, España, Argentina, Uruguay, Ecuador, Bolivia, Honduras y Costa Rica, han desarrollado un sistema de protección social que, no por denominarse “garantías o derechos sociales”, dejan de contener un sentido o trasfondo económico.

El círculo de protección que se menciona líneas arriba, cubre sectores importantes no sólo de la población en general, sino también de la cadena de producción. Las economías de los países no pueden verse desarrolladas sin una igualitaria protección de los derechos de quienes se dedican a diversas actividades económicas a fin de que cada uno pueda desarrollarse en ella, y a la vez, cooperar para el desarrollo estatal. No obstante ello, se estima que el factor de la producción más importante actualmente es el trabajo y, por ende, aquellos que se dedican a suministrar esa fuerza productiva, ya que sin una protección adecuada a ese sector, las demás actividades económicas quedarían prácticamente sin contenido, pero este tema lo retomaremos más adelante. Por ahora es menester centrar nuestra atención en el análisis del tema de protección de todos los sectores productivos en distintas latitudes.

En España, la Constitución Española es prohija en normativa que protege los intereses sociales desde la perspectiva económica, a pesar de que en ningún momento su texto se refiere a garantías sociales y económicas, sino que los trata como derechos y libertades fundamentales. Este tradicional y reconocido Estado Social de Derecho

constitucionaliza la necesidad de proteger las actividades económicas (industria, comercio, empresa) al promulgar disposiciones como las contenidas en los artículos 38 y 40.1. También extiende esa protección económica a los trabajadores y a la familia en los artículos 39, 40*, 41*, 42, y 43. Con estas normas, y otros artículos como el 45, 47, 49, 50 y 51, que versan sobre la protección a la dignidad del ser humano como anciano, como discapacitado, como consumidor, se cierra el círculo de protección socio-económico de la población española.

Por su parte, la Constitución de Ecuador, establece también un régimen de protección, más general que el de Costa Rica y el de España, pero aún así suficiente para desarrollar conceptos que enuncian los alcances socio-económicos del Estado ecuatoriano. Siguiendo el mismo esquema del párrafo anterior, la Constitución de Ecuador establece en su artículo 19.11 y 19.12, la protección a las actividades económicas, dentro de las que inicialmente incluye al trabajo, a pesar de que posteriormente le dedica una Sección aparte. El artículo 22 extiende la protección estatal a la familia, en su patrimonio y economía. El artículo 29.1 establece como una obligación y un fin en sí mismo de la seguridad social, el velar porque todos los nacionales del Ecuador gocen de una seguridad social completa, incluso en caso de desocupación, estableciendo, como en el caso costarricense, una división tripartita (Estado, patrono y trabajador) de la carga social. En su artículo 30, establece la obligación estatal de promover todos los sectores sociales, e incluso, de velar por un mínimo existencial de quienes no posean medios para ello al establecer la obligada proporción de medios de subsistencia a quienes carecen de recursos y no están en condiciones de adquirirlos. En sección aparte, la numerada 5, y en un solo artículo, se

· Este artículo, al igual que el artículo 50 de la Constitución de Costa Rica, es una norma que impone al poder público promover condiciones favorables para el progreso social y económico, y especialmente, a realizar una política orientada al pleno empleo. En ese sentido, existe un mandato constitucional explícito para los gobernantes, de propiciar condiciones que permitan al nacional insertarse en el mercado laboral y productivo, propiciando de tal forma una repartición equitativa de la riqueza.

* Por su parte, este artículo de la Constitución Española, al igual que el artículo 72 de la Constitución costarricense, establece un sistema de protección especial para los trabajadores desempleados, instaurando un medio para garantizarles un mínimo existencial que les proporcione un grado de dignidad, como ser humano, dentro de la sociedad, a pesar de lo difícil que pueda resultar el vivir sin ingresos suficientes para satisfacer todas sus necesidades, entendidas éstas no sólo como las vitales, sino también las de esparcimiento y consumo, que evidentemente no se encuentran contenidas dentro del mínimo existencial, pero sí dentro de un desarrollo personal adecuado y que solamente pueden ser proporcionadas por la retribución económica que nace como contraprestación a la fuerza de trabajo.

enuncian los principios generales rectores del trabajo, los cuales en todo se asimilan a los enunciados por la Constitución costarricense.

En el caso de la República Oriental de Uruguay, lo relacionado con la vivienda digna se encuentra contenido en el artículo 45. En el 46 se establece una obligación de asilo a indigentes o carentes de recursos suficientes que, por su inferioridad física o mental de carácter crónico, estén inhabilitados para el trabajo. El artículo 53 establece que el trabajo está bajo la protección especial de la ley, y que todo habitante de la República, sin perjuicio de su libertad, tiene el deber de aplicar sus energías intelectuales o corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad, la que procurará ofrecer, con preferencia a los ciudadanos la posibilidad de ganar su sustento mediante el desarrollo de una actividad económica. Lo relativo a jornada laboral, remuneración justa, descanso y salud ocupacional está contenido en el artículo 54. La libertad sindical deriva su protección constitucional del artículo 57. El artículo 67 establece el derecho a la jubilación y a los seguros sociales, erigiéndolo a rango de garantía constitucional, incluso en relación con el desempleo o desocupación, en forma similar a como lo establece la Constitución de Ecuador.

La Constitución de la República de Bolivia, establece como un derecho fundamental y como un deber de los bolivianos, trabajar y dedicarse al comercio, la industria o a cualquier actividad lícita, en condiciones que no perjudiquen al bien colectivo (artículo 7.d y 8.b). El artículo 132 establece un principio económico social importante, al enunciar que la organización económica debe responder esencialmente a principios de justicia social que tiendan a asegurar para todos los habitantes, una existencia digna del ser humano. La protección a los derechos de tercera generación, se contiene en el artículo 133. La organización y el estímulo de la producción, se encuentra contenido en los artículos 141 y 144. Posteriormente, en el Título 2 de la Parte 3, y dentro de los regímenes especiales, se ubica una normativa constitucional más amplia del derecho al trabajo. Los artículos 156 a 162, enuncian el principio bipolar del trabajo –como derecho y como deber-, el derecho a la asociación patronal y de los trabajadores, el derecho a la seguridad social, la irrenunciabilidad de los derechos laborales, la protección especial al trabajo y al capital, los descansos, los salarios, las jornadas laborales, y el derecho a las prestaciones sociales en caso de despido.

Por su parte, una de las más modernas constituciones de nuestros tiempos, la Constitución de la República de Honduras, aunque al igual que Costa Rica y las otras Repúblicas Latinoamericanas citadas en este aparte, no se declara explícitamente Estado Social de Derecho, desde su artículo primero se enuncia el contenido social de sus declaraciones, constituyéndose así en otra República que tácitamente se proclama como tal por el contenido de sus normas constitucionales. Declara a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado, imponiendo la obligación a todo el conglomerado de respetarla y protegerla. Asimismo enuncia que la dignidad del ser humano es inviolable (artículo 59). La protección de la familia se establece en el artículo 111. La protección del anciano se contiene en el artículo 117. El derecho al trabajo y a la protección contra el desempleo, se encuentra establecido en el artículo 127. Lo relativo a las jornadas laborales se contiene en el artículo 128. El derecho a las prestaciones por despido se establece en el artículo 129. El artículo 135 establece un principio rector del trabajo como medio de producción, indicándose al efecto que *“Las leyes laborales estarán inspiradas en la armonía entre el capital y el trabajo como factores de producción. El Estado debe tutelar los derechos de los trabajadores, y al mismo tiempo proteger al capital y al empleador”*²¹. La capacitación y tecnificación de los trabajadores como obligación del Estado se encuentra establecido en el artículo 140. De especial mención, en el Título 3, Capítulo 6, se abren tres artículos referentes a la Seguridad Social, de los cuales, a los efectos de este documento, merece especial atención el 142. Este artículo enuncia que *“Toda persona tiene derecho a la seguridad de sus medios económicos de subsistencia en caso de incapacidad para trabajar u obtener trabajo retribuido. Los servicios de Seguridad Social serán prestados y administrados por el Instituto Hondureño de Seguridad Social que cubrirá los casos de enfermedad, maternidad, subsidio de familia, vejez, orfandad, paros forzosos, accidentes de trabajo, desocupación comprobada, enfermedades profesionales y todas las demás contingencias que afecten la capacidad de producir. El Estado creará Instituciones de Asistencia y Previsión Social que funcionarán unificadas en un sistema unitario estatal con la aportación de todos los interesados y el mismo Estado”*²². La forma de mantener este régimen de seguridad social está enunciada en el artículo 143, financiamiento que

²¹ Constitución de la República de Honduras. Artículo 135. Fuente: “Master Lex.” M.I.S. Sistemas Maestros de Información, San José, Costa Rica. 2000.

²² *Ibíd.*. Constitución de la República de Honduras.

provendrá de la fórmula tripartita –Estado, patronos y trabajadores-. Finalmente, el derecho a la vivienda digna se encuentra reconocido constitucionalmente en el numeral 178 de la Constitución hondureña.

Francia, al igual que España, se declara expresamente Estado Democrático y Social de Derecho en su artículo primero. Empero, deja el desarrollo de las libertades públicas y derechos como el trabajo, al Parlamento Francés, mediante la creación de leyes que regulen tales materias, sin hacer una declaración a nivel constitucional de los alcances inherentes a tales derechos. No obstante en el Preámbulo de su Constitución, a manera de proclama, hace una enunciación de todas las garantías sociales, económicas y políticas que el Estado Francés se compromete con su pueblo a respetar. Entre ellas, y de importancia para este trabajo, las siguientes: el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona humana a partir de la igualdad, al cual se integran sin reserva alguna los derechos declarados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (párrafo primero del preámbulo); el derecho a la igualdad entre el hombre y la mujer (párrafo tercero); el deber de trabajar y el derecho a obtener un empleo (párrafo quinto); el derecho a la sindicalización (párrafo sexto); el derecho a la huelga (párrafo sétimo); los alcances de las convenciones colectivas (párrafo octavo); el fin social de la propiedad y de las empresas con fines públicos (párrafo noveno); el deber del Estado de velar por el desarrollo del individuo y la familia (párrafo décimo); el derecho a la protección Estatal en materia de seguridad social, incluyendo una ayuda para garantizar una existencia decorosa a cargo de la colectividad (párrafo undécimo); el derecho a la educación y la gratuidad de ésta (párrafo decimotercero).

Al igual que Francia y España, la República Federal Alemana se proclama, expresamente, Estado Social de Derecho en el artículo 20.1 y 28.1, primera frase, de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana.

No obstante, difiere del caso Francés en cuanto al desarrollo de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales y a las garantías sociales.

Esta es una Constitución que refleja plenamente las características de un Estado Social de Derecho, aunque no en forma tan clara como lo hacen las citadas anteriormente. El texto constitucional alemán contiene, un difuso contenido de derechos, principios y enunciados que garantizan esa declaración inicial. El artículo 1.1 reconoce la dignidad

humana como concepción básica concreta del comportamiento estatal, y con ella, la obligación de los órganos estatales de asegurar, no sólo las condiciones jurídicas sino también las fácticas de una vida autónoma de los individuos. En la Ley Fundamental no están clara y taxativamente garantizados derechos sociales como, por ejemplo, el derecho al trabajo; pero, el principio del Estado Social tiene efecto vinculante especialmente con respecto a todas las medidas de conducción estatal que afectan la vida social y económica. También, con respecto a la formulación del presupuesto, artículo 110, y a las medidas económico-presupuestarias para la conservación del equilibrio económico total, artículos 109.2 a 109.4, que redundan en un mayor bienestar de la población o de la colectividad. Se incluye, también, la obligación estatal de asegurar un medio ambiente socialmente compatible, la cual fue recogida en el artículo 20.a, enunciándola como objetivo del Estado. En este caso específico, y en tanto principio constitucional, el postulado del Estado Social tiene efecto vinculante para el Gobierno en la realización de su función de dirección del Estado a partir del artículo 65.1. Por lo demás, se instruye al legislador democrático y ordinario, la conformación de un ordenamiento social y económico justo, debiendo sujetarse al principio del Estado Social, el cual se ve reforzado por los derechos fundamentales. Esta situación se infiere del derecho fundamental a la igualdad, contenido en el artículo 3, orientado no sólo por criterios formales sino también materiales, concretamente, se pone de manifiesto en los ámbitos –especialmente relevantes para el Estado Social- del aseguramiento de la existencia individual, de la educación y de la distribución material de bienes. Al contrario de las otras constituciones, de la Ley Fundamental no es posible, por lo general, derivar directamente derechos individuales a prestaciones concretas, sin embargo, se reconoce que, en virtud del artículo 1.1 en relación con el artículo 2.2, el individuo tiene un derecho que puede hacer valer judicialmente, a obtener los medios mínimos de existencia cuando ello le haya sido negado por el legislador sin razón objetiva, situación de importancia relevante para este trabajo. Los artículos 6.1 y 6.2, 7.1, 12.1, que se refieren a la educación y a la formación profesional, exigen la garantía de igualdad de oportunidades para todos los individuos, no sólo a fin de posibilitar la conformación autónoma de la vida, sino también porque la forma política de la democracia presupone decisiones individuales conscientes en la vida política pública y, por tanto, un adecuado nivel de información. En relación con la distribución de la riqueza o distribución

material de los bienes, el artículo 14.1 y 14.2 contiene, en virtud de su estructura diferente a la de otros derechos fundamentales, un objetivo especial: no fijar ningún ámbito de protección, sino que deja al legislador ordinario la determinación, de acuerdo con la vinculación social de la propiedad establecida en el artículo 14.2, de qué tipos de propiedad han de gozar de protección como derecho fundamental. Además, se pueden enumerar algunos artículos que bien denotan el destino socializador de la Ley Fundamental. Por ejemplo, el artículo 12 establece la libertad de profesión y de elección de trabajo; el artículo 15 establece el principio de socialización de la propiedad estatal, determinándola como colectiva o dirigida a satisfacer las necesidades de la sociedad. En forma explícita, la Ley Fundamental ordena al Legislador ordinario de la Federación, un catálogo de normativas que debe implementar en todos los campos de la vida social. A estos efectos se cita el artículo 74, en sus puntos 7 en cuanto a la asistencia social; 11 en cuanto al derecho económico (minería, industria, energía, artesanía, pequeña industria, comercio); 12 en cuanto al Derecho Laboral (incluye un régimen orgánico de las empresas, la protección laboral, y las oficinas de colocación, así como el seguro social con inclusión del seguro de desempleo); 19.a en relación con el financiamiento de los hospitales y la regulación de las tarifas de los mismos; 24 respecto a la protección al medio ambiente.

Del breve análisis comparado hecho, se concluye que, como norma general en los Estados Sociales de Derecho, se propugna por una protección a nivel constitucional, de la tierra y las actividades comerciales y empresariales, situación que permite el desarrollo, en igualdad de oportunidades, de los actores sociales, permitiendo de esa forma garantizar un mejor reparto o distribución de las riquezas.

Sin embargo, se muestra preponderante en la legislación estudiada, la especial protección en beneficio del principio de la dignidad humana y de los derechos del trabajador, los cuales no se limitan a garantizar el acceso a un trabajo remunerado, sino también a su bienestar y a la conservación de su dignidad como ser humano y como el factor más importantes de la producción y, por ende, de la economía de un Estado.

Sin querer obviar la importancia de los sectores empresariales y comerciales, los cuales de por sí gozan de reconocimiento y protección constitucional, el trabajador adquirió, con el proceso de socialización de los Estados de Derecho, un lugar privilegiado, y no es para menos. Empero, lo cierto del caso es que, lamentablemente y no obstante que

la normativa constitucional en casi todo el mundo, incluso Cuba, enuncia niveles de protección expesos, precisos, vinculantes y obligatorios para su desarrollo por parte del legislador ordinario, en muchos casos, siendo tal vez un poco comedido en el comentario y por no decir que casi en todos, las proclamas constitucionales se han quedado simplemente en meras manifestaciones de buenas intenciones (por ejemplo el caso hondureño, e incluso el costarricense), sin llegar nunca a convertirse en verdaderas garantías constitucionales según fueron visualizadas y plasmadas por el Legislador originario o constituyente, lo que nos lleva a cavilar sobre el tema de la derivación de las instituciones sociales a partir del texto constitucional de un Estado Social de Derecho.

CAPITULO 2. Derivación de las instituciones sociales a partir del Estado Social de Derecho.

Antes de poder hablar sobre la derivación de las instituciones sociales a partir del Estado Social de Derecho, y entender sus implicaciones a nivel general en los Estados del mundo desarrollado y subdesarrollado, resulta importante dar un vistazo a la situación mundial, específicamente en relación con las prestaciones sanitarias, las cuales son parámetro de bienestar social de las poblaciones del mundo.

Es bien sabido que el mundo se encuentra dividido en dos grandes grupos de países. Por un lado, los Estados desarrollados, y por otro, los subdesarrollados, o también llamados, Estados en vías de desarrollo, y por qué no, países pobres.

Dentro del primer grupo encontramos también diferencias que generan dos subgrupos, uno más poderoso que el otro, y que no por ello, convierte a los segundos en países en vías de desarrollo. La única diferencia que hay entre ambos subgrupos es la capacidad económica para dar sustento a las necesidades básicas de la sociedad.

En el primero de estos subgrupos se encuentran países como Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Islandia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Suecia y Suiza. En el segundo subgrupo, categorizado como “sistemas de nivel medio”, están Australia, Canadá, Estados Unidos, Irlanda, Japón, Nueva Zelanda y el Reino Unido.

El panorama en estos países desarrollados, no obstante su capacidad económica, no es nada alentador. Por ejemplo, en Alemania, el Estado social por excelencia, que dio nacimiento a la llamada "economía social de mercado" y con un sistema de protección social de los mejores del mundo, el desempleo afecta a 4 millones de personas, un 10 por ciento de la fuerza laboral, aunque fuentes no oficiales hablan de 6 millones de desocupados. El caso Francés no se encuentra muy lejos en cuanto a las cifras, y así podemos seguir a lo largo de la lista de países desarrollados pertenecientes a ambos subgrupos, quienes ante la crisis del Estado Social de Derecho, se encuentran con la disyuntiva de qué hacer ante la creciente inflación, los precios de los servicios, el Producto Interno Bruto (PIB) y la asistencia social a la población.

Esta situación ha ocasionado que se tomen medidas paliativas para no erosionar el sistema de protección social, las cuales van desde la modificación de las políticas económicas en cuanto a la generación de empleo, hasta los requerimientos de accesibilidad al sistema de seguridad social²³.

Dentro de las tendencias y cuestiones que afectan la correcta implementación y aplicación de la protección social, encontramos las siguientes.

En sólo cinco años, el número de personas que viven en una situación de extrema pobreza en todo el mundo ha aumentado en 200 millones, sobre todo en el África subsahariana, Asia central, Europa oriental y el sudeste asiático. Por otra parte, 850 millones de personas trabajan menos de lo que quisieran o ganan una cifra inferior a la del salario de subsistencia.

La pobreza es uno de los principales factores que lleva a 250 millones de niños a acceder prematuramente al mercado laboral y pone en peligro su asistencia a la escuela.

En ciertos países desarrollados, las tasas de divorcio se han elevado hasta en un 500% (Canadá, Reino Unido) a lo largo de un período de 30 años, y, como consecuencia, aumenta el número de niños que viven en hogares monoparentales.

En muchos de estos países, la cifra de hijos de mujeres solteras se ha multiplicado por seis en ese mismo período, lo que refuerza el incremento de hogares monoparentales, por lo que las tasas de pobreza en hogares a cargo de una madre soltera son, al menos, tres veces superiores a las de hogares de dos padres en Alemania, Australia, Canadá, Estados Unidos, Luxemburgo, Noruega y Países Bajos.

El gasto en seguridad social como porcentaje del PIB se ha elevado en la mayoría de los países en el período 1975-1992, si bien se han producido excepciones a esta tendencia, en especial en África y América Latina²⁴.

²³ “En la década de 1990, casi todos los países de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) redujeron la protección dispensada por sus sistemas de prestaciones de desempleo. Las normas de elegibilidad se han endurecido, y tanto la duración de las prestaciones como las tasas de sustitución se han reducido en casi todos los países europeos.” Informe sobre el trabajo en el mundo 2000: La seguridad de los ingresos y la protección social en un mundo en plena transformación, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, junio de 2000. Página de Hipertexto dirección: <http://www-ilo-mirror.cornell.edu/public/spanish/bureau/inf/pkits/index.htm>. Fecha 03 marzo 2003.

²⁴ Informe sobre el trabajo en el mundo 2000: La seguridad de los ingresos y la protección social en un mundo en plena transformación, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, junio de 2000. Op. cit.

El panorama de asistencia sanitaria tampoco es halagador. Las tasas de mortalidad de los pobres son mayores que las de los ricos en cualquier edad, pero esa diferencia es particularmente acusada durante la infancia²⁵.

Por su parte, la disponibilidad de una asistencia preventiva y curativa adecuada es esencial para garantizar que los trabajadores reúnan las condiciones suficientes para ganarse la vida dignamente. La función de los sistemas de financiación de la asistencia sanitaria es asegurar que los costes de esta prestación, elevados e impredecibles, no repercutan directamente en los presupuestos de los hogares. Muchos trabajadores, y en especial aquellos que no ocupan un puesto de trabajo que les permita percibir un salario regular, carecen de todo tipo de cobertura médica satisfactoria, lo que repercute, precisamente en su nivel y condiciones de vida.

En los países de bajos ingresos del África subsahariana y el sur de Asia, se desarrollan sistemas de microseguro para financiar la asistencia sanitaria con el fin de favorecer a las personas que, de lo contrario, quedarían desprotegidas. Actualmente, el desarrollo de estos sistemas depende en gran medida de la ayuda prestada por gobiernos, ONG y organizaciones internacionales, como la OMS y la OIT. Estos regímenes, mediante la participación popular en su constitución y gestión, contribuyen a la inclusión social y política de los excluidos²⁶.

No obstante, no es probable que los sistemas de financiación a pequeña escala, como estos microseguros, constituyan la única respuesta al problema fundamental que representa el acceso adecuado a la asistencia sanitaria. La mayoría de los países industrializados pusieron en marcha seguros de enfermedad sociales (o servicios nacionales de salud) que sólo cubrían a los trabajadores del sector estructurado, pero que se ampliaron con posterioridad para asistir a los trabajadores peor remunerados, a los agricultores y a los autónomos. Según el informe de cita, la mayor parte de los países en desarrollo se encuentran aún en la primera fase de la prestación de cobertura de seguro social de enfermedad.

²⁵ Ibid.. *"Hasta los cuatro años de edad, la mortalidad en el grupo constituido por el 20 % de países más pobres del mundo es nueve veces mayor para los pobres que para los ricos, y en el caso de los que tienen de 5 a 14 años, diez veces mayor"*

²⁶ Informe sobre el trabajo en el mundo 2000: La seguridad de los ingresos y la protección social en un mundo en plena transformación, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, junio de 2000. Op. cit.

Puesto que la incorporación de la totalidad de la población activa al sector estructurado es un proceso largo y, de hecho, puede que nunca culmine, muchos gobiernos de países en desarrollo tendrán que utilizar diversos mecanismos de financiación de la sanidad para alcanzar sus objetivos en cuanto a formulación de políticas. *"La combinación que utilicen (mecanismos públicos, privados, cooperativas o iniciativas comunitarias) tiene una importancia secundaria, siempre que, en conjunto, de lugar a la adopción de una cobertura [de asistencia sanitaria] verdaderamente universal"*, se indica en el informe.

Definitivamente, el panorama mundial ha variado considerablemente del año 2000 a la fecha, y no precisamente para mejorar. La continua inserción de países al proceso de globalización de sus economías, incluyendo aún a los subdesarrollados, y la creciente utilización de tecnología y mano de obra especializada o profesional en los procesos productivos e industriales, promete acarrear a futuro niveles de desempleo aún mayores, que generarán en los países desarrollados la necesidad de una mayor inversión en protección o seguridad social, especialmente en el campo del desempleo o la desocupación; y, por el contrario, en los países subdesarrollados, producirá un grave problema socio-económico que, evidentemente, no puede obviarse en beneficio de la persona humana, problemas –ambos- que aún no vislumbran una solución viable.

No obstante que los procesos de socialización van de la mano del progreso económico de los Estados, según se ha visto, lo cierto del caso es que los Estados Sociales de Derecho no pueden obviar el mandato contenido en sus Cartas Fundamentales de velar por regímenes de protección adecuados a las necesidades de la colectividad.

Es aquí donde se debe analizar el alcance jurídico de tales mandatos por encima de las posiciones económicas que propugnan por el desconocimiento de la necesaria inversión del Estado en seguridad social, obviamente, sin perder de vista la capacidad de cada Estado para responder a estas necesidades, lo que tampoco implica el total abandono de formas de protección que resultan indispensables para garantizar la vigencia del principio de dignidad de la vida humana.

Precisamente es a partir del principio de la “dignidad humana”, que se construye la filosofía del Estado Social de Derecho.

Este principio, enunciado en diversos instrumentos internacionales, constituye la base esencial de todas las estructuras sociales conocidas. Si retomamos el estudio de

normativa constitucional de líneas atrás, podremos llegar a esa diáfana conclusión. Nótese como en todas las constituciones citadas en este ensayo se establece a la dignidad humana como un parámetro de vida, de desarrollo en sociedad. Por ejemplo, en el Preámbulo de la Constitución francesa, se proclama claramente que, para luchar contra la degradación de la persona humana, *“todo ser humano, sin distinción de raza, de religión o de creencias, posee derechos inalienables y sagrados. Reafirma solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano, consagrados por la Declaración de Derechos de 1789, y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”*²⁷. En la Constitución española, artículos como el 45, 47, 49, 50 y 51, que versan sobre la protección a la dignidad del ser humano como anciano, como discapacitado, como consumidor, son fiel reflejo de lo importante que resulta este principio para el Estado Social Español. Lo mismo sucede con el artículo 30 de la Constitución del Ecuador; el artículo 45 y el 46 de la Constitución de Uruguay; el artículo 132 de la Constitución boliviana; el artículo 59 y 178 de la Constitución de Honduras; el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana; y, desde luego, el artículo 33 de la Constitución costarricense.

La dignidad humana, como se puede observar, es la base sobre la cual se sostiene toda la amplia gama de derechos fundamentales que componen el Estado Social de Derecho. En algún momento, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sostuvo, en el voto 1474-91²⁸ que *“El principio de igualdad tal y como ha sido entendido por el Derecho Constitucional, hace que todos los hombres deban ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esencialmente igual en derechos fundamentales que están contemplados en nuestra Constitución que son el corolario de la dignidad humana”*. En esta sentencia queda claramente establecido que los derechos fundamentales contemplados en la Constitución son el corolario del principio de dignidad humana.

Desdichadamente, el desarrollo de este principio, a lo largo de toda la jurisprudencia constitucional costarricense, se ha limitado a una estrecha relación con el principio de igualdad ante la ley, dejándose de lado muchos otros principios y derechos que, por ser

²⁷ Preámbulo de la Constitución Francesa del veintisiete de octubre de 1946. **Fuente:** Asamblea Nacional Francesa. Dirección Hipervínculo: http://www.assemblee-nat.fr/8/8bb.htm#P2_370

²⁸ Sentencia número 1474-91 de la Sala Constitucional de Costa Rica de las dieciséis horas del seis de agosto de mil novecientos noventa y uno.

corolario del primero, deberían –a más de trece años de constituido el Tribunal- haberse integrado como un todo en torno a la dignidad del ser humano.

Criticable resulta el hecho que no se ha enunciado en sentencia alguna el contenido y los alcances del principio de dignidad humana, lo cual sumado al hecho de que solamente se ha relacionado con el derecho a la igualdad, limita jurisprudencial y doctrinariamente la interpretación y aplicación de dicho principio en sede constitucional, y por ende, su reconocimiento en el ámbito social, político y económico.

La dignidad humana, como principio, se expresa en Costa Rica jurisprudencialmente a partir de la igualdad, ya que el artículo 33 constitucional es el único que contiene tal declaración y la relaciona directamente con la discriminación.

Lo cierto del caso es que no se puede limitar el alcance de la dignidad humana al derecho a la igualdad, toda vez que, conforme a lo expuesto, se encuentran implicados una diversidad de derechos fundamentales que no se derivan propiamente ni únicamente de dicho derecho. A este punto debe indicarse que las diversas circunstancias, conductas o méritos; las condiciones raciales, económicas, sociales o políticas, cualesquiera que éstos sean, nada tienen ni pueden tener que ver para un reconocimiento y garantía totales, porque los derechos fundamentales lo son, por definición, de todo ser humano, por el solo hecho de serlo, en condiciones de igualdad y sin *"discriminación alguna contraria a la dignidad humana"*²⁹.

Según viene expuesto, entonces, no podemos cerrarnos, como la jurisprudencia constitucional costarricense, en una mera retórica sobre la dignidad humana sin integración constitucional. El mérito de estimar a los derechos fundamentales como corolario de ésta, se encuentra, precisamente, en la integración de las diversas normas constitucionales que enuncian estos derechos, y que pueden propiciar al ser humano una vida con dignidad.

De tal suerte que, en el caso costarricense, la dignidad del ser humano como enunciado filosófico jurídico, comprende todo aquello que, a partir de una construcción lógica objetiva, permite el desarrollo social de un individuo con garantías que le propicien dignidad. Veamos. Retomando el círculo de protección constitucional que se ha venido

²⁹ Artículos 33 de la Constitución Política de Costa Rica; Preámbulo y 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1, 2.1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Preámbulo, 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Preámbulo y 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

desarrollando desde líneas atrás, normas como el 18, 20, 21, 33, 40, 45, 50, 51, 53, 54, 56, 57, 58, 59, 63, 65, 66, 69, 71 y 73 constitucionales, nos hace filosofar un poco sobre el tema. Por ejemplo, ¿qué necesitamos para que una persona pueda vivir con dignidad?. Primero que todo, un trabajo para garantizarse su sustento (artículo 56 y 57); segundo, acceso a servicios de salud y de seguridad social para garantizarse el mantenerse en su trabajo (artículos 66 y 73); a partir de la riqueza que produce su trabajo (según viene dicho en el artículo 50, 56, 57 y 68 constitucionales), la posibilidad de procurarse una vivienda digna o “de interés social” (artículo 65); cuarto, garantizarse que al final de su larga trayectoria laboral se le otorgue una pensión o jubilación para la cual ha aportado a lo largo de los años (artículo 73); adicionalmente, el descanso semanal y las vacaciones (artículo 59) le permitirán al individuo, ya en su esfera personal, disfrutar de su familia, la cual goza de la protección especial del Estado (artículo 51).

Del ejemplo anterior es que se puede desprender el carácter tangencial que posee el principio de dignidad humana y que se manifiesta a través de los derechos fundamentales, principio que trasciende a las instituciones de carácter social que se han venido creando a partir de estos enunciados.

A este punto, es importante señalar la importancia suma que adquieren normas programáticas como el propio artículo 50, el 55, el 56, el 64, el 65, el 67, el 70 y el 72 constitucionales. A partir de estas normas se han desarrollado políticas de desarrollo económico y comercial; se dio la creación del Patronato Nacional de la Infancia, la Defensoría de la Mujer y el Instituto Nacional de la Mujer, entre otros, para atender las necesidades de protección de la población infantil y femenina; se procuran políticas de generación de empleo; se dio la creación del Instituto de Fomento Cooperativo para fomentar la creación de cooperativas y desarrollar e informar o difundir el movimiento cooperativo en el país; se dio la creación del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, del Instituto de Desarrollo Agrario y del Banco Hipotecario de la Vivienda, entre otros, para la construcción y distribución de viviendas de interés social entre personas de escasos recursos; se dio la creación del Instituto Nacional de Aprendizaje y del IESTRA para la capacitación profesional de los trabajadores; y la creación de la jurisdicción ordinaria laboral dependiente del Poder Judicial para dirimir los conflictos que se den entre trabajadores y patronos.

Como se puede observar, prácticamente la totalidad de los derechos contenidos en el Título de “Los Derechos y Garantías Sociales” de la Constitución costarricense, se encuentran debidamente desarrollados, protegidos y garantizados, en normas que los desarrollan.

Desgraciadamente, no lo es así con el seguro de desempleo o desocupación, el cual sigue siendo, aún, una norma sin desarrollo legislativo, pero ello es objeto de análisis en el Título siguiente.

Por el momento, lo que bien se puede concluir es que los derechos prestacionales, como se suele llamar a los enunciados supra, y que constituyen en gran parte el acervo del Título de “Los Derechos y Garantías Sociales” de la Constitución costarricense, son la base de la que se derivan las instituciones que vienen a materializar la pretensión del individuo frente al Estado, permitiendo que el texto constitucional se convierta en letra viva y que al materializarse (el derecho) cobre vida una institución jurídica de derecho público que satisfaga, según el mandato constitucional, las necesidades del individuo dentro de la sociedad, a fin de que éste pueda garantizarse y gozar de una existencia digna. Por demás está decir, entonces, que resulta evidente que las instituciones sociales son una derivación de las normas que conforman al Estado Social de Derecho que se vive en Costa Rica, fenómeno que, no obstante lo oneroso que resulte para el Estado en el plano económico, es el que le garantiza a éste, por ese mismo carácter prestacional, su desarrollo económico, social y político.

Por demás está, entonces, indicar que el seguro de desocupación, como garantía constitucional establecida a favor de los trabajadores desempleados involuntarios, es, desde toda perspectiva que se pueda enfocar, un derecho prestacional que como tal debe desarrollarse institucionalmente como una derivación del Estado Social de Derecho que rige en Costa Rica, al igual que ha sucedido con las distintas instituciones que se han creado para garantizar la prestación de derechos de igual carácter y que no poseen un valor distinto que amerite un trato diferenciado. Sin embargo, esta derivación (del seguro de desocupación a partir del Estado Social de Derecho) quedará más clara a partir de los Capítulos que siguen y del análisis que de seguido se expone.

TITULO III: NATURALEZA DE LAS NORMAS QUE ENUNCIAN EL SEGURO DE DESOCUPACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN COSTARRICENSE

CAPITULO 1. Clasificación de las normas constitucionales.

Para entender y analizar el grado de vinculación del Estado y sus políticas sociales al mandato de la Constitución en relación con el seguro de desocupación, resulta necesario establecer, entonces, la diferencia entre una norma constitucional reglamentaria y una norma constitucional programática, para llegar a establecer, con certeza, si existe esa obligatoriedad del Estado costarricense de desarrollar un sistema de protección al desocupado, o si simplemente su inclusión en el texto constitucional no es más que un enunciado sin capacidad vinculante.

No obstante, de previo a ello, lo propio es establecer, una clasificación de las normas contenidas en un texto constitucional.

Es bien sabido que en las constituciones, los legisladores (constituyentes), han insertado una serie de normas que lejos de ser meros enunciados de valor o de principios, gozan de diversos grados de obligatoriedad o de alcance normativo. Dicha diversidad resulta aún más difícil de definir si partimos del hecho de que se considera que el Derecho de la Constitución es un Derecho de Mínimos, pues no contiene normas específicas que desarrollen en toda su amplitud, o al “máximo”, las situaciones a regular en el quehacer social, político y jurídico de un país.

Las constituciones del mundo contienen una serie de disposiciones normativas que establecen normas generales (contradictoriamente llamadas “mínimos” por autores como Pérez Royo, entre otros), que por su vaguedad permiten el desarrollo a nivel legislativo, e incluso, jurisprudencial, al máximo. Estos desarrollos a la n-potencia procuran lograr el equilibrio y la “perfecta” convivencia en sociedad, siempre dentro de los límites que implican esas normas constitucionales o mínimos. Es por ello que se llama también al Derecho Constitucional un derecho de límites, mismos que han sido impuestos por el pueblo soberano, a través del legislador originario, al legislador derivado y ordinario, tanto

en el desarrollo de las instituciones contenidas en el texto constitucional, como de los derechos, procedimientos de reforma constitucional y legal, y organización del Estado.

Dentro de los enunciados constitucionales, que implican una multiplicidad de objetos sobre los cuales se emiten disposiciones de carácter general, podemos encontrar, en igual cantidad y variedad, normas de distinta índole en atención a las prescripciones que establecen aquellos enunciados; y, en doctrina encontramos no menos cantidad de formas de llamarlas.

De ahí la complejidad para lograr, aún en doctrina, una convergencia total en cuanto a su clasificación.

Paolo Biscaretti Di Ruffia, en su obra *“Derecho Constitucional”*, estima que existen tres tipos de normas constitucionales: las que prescriben estrictamente obligaciones o preceptos; las puramente institucionales u organizadoras; y las directivas o programáticas. Adicionalmente considera que existen, y no en poca cantidad, enunciaciones simplemente morales, racionales o descriptivas³⁰.

Jorge Reinaldo A. Vanossi, en su obra *“Teoría Constitucional, Tomo II, Supremacía y Control de Constitucionalidad”*, estima que la clasificación de las normas se puede dar a partir de su operatividad, y hace una clasificación en tres grandes grupos de

³⁰ El maestro Biscaretti estima que las normas obligatorias o preceptivas son aquellas de las que derivan inmediatamente derechos o deberes, son en suma, todas aquellas normas que enuncian, sin necesidad de ulterior desarrollo -pues su contenido no se encuentra mediatizado ni condicionado al acaecimiento de evento alguno que permita su ejercicio o reclamo- los derechos y deberes de los habitantes de un Estado. Por su parte, las normas institucionales u organizadoras, que para el maestro se constituyen en el grupo esencial de las Constituciones escritas, son aquellas que establecen la conformación estatal a partir de sus instituciones y órganos constitucionales, hasta su estructura y organización política. No estima que este tipo de normas prescriban conducta alguna a seguir o respetar o cuya inobservancia sea sancionable, sino solamente enuncian una estructura de gobierno y política del Estado. Las normas directivas o programáticas, las cuales para el maestro, aunque las considera intrascendentes por sus enunciados a futuro, imponen lo que él llama directrices de acción, de las que a su criterio no puede apartarse el legislador y que, de por sí, según su juicio, no podrán violarse por la autoridad administrativa en el ejercicio del poder discrecional. Curiosamente, de previo al nacimiento del Tribunal Constitucional Italiano en 1958, se hablaba por parte de la Magistratura de tres categorías distintas de normas constitucionales: Las obligatorias o programáticas, de inmediata aplicación, porque eran suficientemente completas en sus enunciados y, por tanto capaces de abrogar las normas precedentes de contenido contrario; las obligatorias o preceptivas, de no inmediata aplicación porque estaban subordinadas, en su validez, a la subsistencia de instituciones que todavía no funcionaban o de otras normas aún no emanadas; y, las normas directivas o programáticas encaminadas esencialmente, pero no únicamente, al futuro legislador. Biscaretti Di Ruffia, Paolo. *“Derecho Constitucional”*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1965. pp. 156-157.

normas constitucionales, a saber: a) por su inmediata aplicabilidad: normas operativas y normas no-operativas; b) por su inmediato o próximo destino: normas de conducta y normas de organización; y, c) por su disponibilidad: normas imperativas y normas facultativas o discrecionales. En ese sentido, comenta Vanossi: *“Por lo tanto, las cláusulas constitucionales pueden ser distinguidas a tenor de su operatividad, en: normas operativas o autoaplicativas, que son de aplicación inmediata e incondicionada (normas incondicionadas); y normas no operativas, que son de aplicación ‘diferida’ por los órganos estatales, dado que puede haber un retardo u omisión en su cumplimiento a causa de la necesidad de ser complementadas por otras normas inferiores. Es por ello que decimos que las normas ‘no operativas’ son de aplicación diferida por parte de los órganos estatales, hasta tanto el legislador ordinario –y el administrador, en su caso– sancione las normas de implementación que sean necesarias para que aquellas normas (constitucionales) adquieran la condición de aplicabilidad. Sólo entonces estarán en la situación de producir los mismos efectos o consecuencias que las normas de carácter autoaplicativo. Mientras tanto, tienen las características de normas condicionadas: esto significa que dependen de la ulterior actividad legislativa ordinaria (o reglamentaria, según los casos) a los fines de su efectividad. La no operatividad no afecta su validez, pero sí condiciona su vigencia”*³¹.

Resulta interesante, a este punto, llamar la atención en cuanto a la posición de Vanossi al estimar que una norma constitucional, si no tiene carácter autoaplicativo, se constituye meramente, en un enunciado que merece ulterior desarrollo por fuentes secundarias o terciarias del Derecho, como las Leyes y los Reglamentos, para su operatividad, dejando al arbitrio del juez si estima procedente el conceder un derecho contenido en esta variedad de normas o no, ya que de no ser así, ningún enunciado constitucional, que tenga el carácter operativo que alega debe existir para su implementación, deberá ser desarrollado, primero, por el legislador ordinario, para que luego pueda ser reclamado por el pueblo, situación que implicaría una negación total de la supremacía constitucional, y que dejaría a la libre del legislador ordinario y de las corrientes meramente políticas y económicas, cual patente de curso, –en demérito de las necesidades sociales-, el desarrollo de una norma constitucional.

³¹ Vanossi, Jorge Reinaldo A. *“Teoría Constitucional, Tomo II, Supremacía y Control de Constitucionalidad”* Editorial Depalma. Buenos Aires, 1976. pp. 2-3.

Siguiendo con la clasificación que hace Vanossi, se cita la separación de normas constitucionales en normas de conducta y normas de organización, a partir del destinatario de las prescripciones, o como normas de competencia, en el sentido de que establecen o limitan las atribuciones estatales. Considera que las normas de conducta están dirigidas a los particulares, y son, a la vez, de competencia negativa o prohibitiva, ya que fijan límites a la actividad estatal y, como efecto inverso, amparan los derechos fundamentales de los particulares; por su parte, estima que las normas de organización, que son creadas para los órganos estatales, son de competencia positiva o afirmativa, ya que regulan las atribuciones de los órganos estatales, sus procedimientos y relaciones, estableciendo de esta manera la actividad oficial y sus modalidades. Es dentro de esta última clasificación que incluye, como subgrupos, a las normas orgánicas y a las programáticas. Las primeras como normas constitutivas y funcionales, “*según que regulen la constitución o el funcionamiento de los órganos del Estado (elección, formación, competencias, procedimientos, etc.)*”³²; las segundas, que pueden, a su juicio, cumplir dos funciones: “*1) las que están dirigidas a los poderes ‘políticos’ del Estado, que son las normas directivas, porque establecen o indican los objetivos ‘inmediatos’ del accionar de esos poderes políticos; y 2) las que están dirigidas a intérpretes en general y al Poder Judicial en particular, que son las reglas de interpretación o verdaderas normas interpretativas, por cuanto prescriben los ‘fines’ mediatos que el Estado debe perseguir por medio de sus órganos*”³³. El enfoque de Vanossi pone sobre la mesa de discusión doctrinaria un problema que posteriormente retomaremos, que es precisamente la discusión entre como determinar la diferencia entre una norma programática y una norma no-operativa, ya que dentro de su esquema, y el de algunos otros autores como el Doctor Rubén Hernández Valle y Néstor Pedro Sagüés, las normas programáticas son normas no-operativas, y cuidado si no, meros enunciados sin vinculación ni normatividad algunas.

A partir de esta construcción en doctrina, y para el caso costarricense, podemos establecer una clasificación de las normas constitucionales que, sin pretender que sea la única, nos servirá a los objetivos de este trabajo.

³² Vanossi, Jorge Reinaldo A. “*Teoría Constitucional, Tomo II, Supremacía y Control de Constitucionalidad*” Op. cit. 4

³³ *Ibíd.*

Partiendo del contenido y sus alcances normativos, se puede establecer una clasificación de las normas constitucionales en: Normas constitucionales dogmáticas; Normas constitucionales orgánicas; Normas constitucionales reglamentarias o directivas; Normas constitucionales programáticas.

Esta clasificación no pretende ser sistemática, ya que al no ser el derecho una ciencia exacta, aunque sí ciencia en sentido etimológico, existen categorías que pueden diferenciarse por su contenido y otras que en definitiva no, y además, existen normas que por su contenido pueden encajar en más de una categoría.

El primer grupo engloba el espíritu de la Nación. No se limita únicamente a enunciar la forma del Estado (unitario, confederado, federal o regional) o de su sistema de gobierno (parlamentario, presidencialista o convencional o de asamblea), sino que también establece normas que enuncian la ideología de la nación, su división política y geográfica, y fundamentalmente, los derechos de sus habitantes expresados como derechos fundamentales y libertades públicas, así como las garantías constitucionales que permiten el acceso y la validación de tales declaraciones. Dentro de este último tipo de normas (enunciativas de derechos, libertades y garantías), encontramos enunciados que se erigen en el eje de todo el ordenamiento dogmático constitucional, generando un efecto centrífugo respecto de los demás enunciados que se catalogan como derechos y libertades. Los ejes establecidos en la Constitución costarricense son los mismos que han regido y rigen todas las constituciones del mundo, constituciones de por sí escritas (ya que las consuetudinarias y no escritas ya prácticamente han desaparecido en su totalidad), y que se derivan, básicamente, de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: la vida, la libertad y la igualdad. A partir de ahí se derivan, en un efecto centrífugo, los demás derechos y libertades públicas conocidas, tales como el derecho a la salud, a la educación, a la expresión, al libre tránsito, a la vida con dignidad, al trabajo, al comercio, a la seguridad social, etc. Estas son las que Biscaretti Di Ruffia clasifica como preceptivas u obligatorias, y Vanossi como normas autoaplicativas y de conducta.

Por su parte, las Normas constitucionales orgánicas, son aquellas que establecen enunciados típicamente estructurales del Estado. Son normas de carácter político y de organización que informan en su concepto básico la formación e infraestructura estatal, la columna vertebral del poder y de las instituciones del Estado. Así, este tipo de normas

obligan al legislador ordinario a desarrollar normativa secundaria, a través de la cual se pueda establecer la institucionalidad del poder político como una garantía de estabilidad y de seguridad jurídica para el administrado, en cuanto miembro y detentador de ese mismo poder, de a qué debe atenerse, qué debe respetar y a quién puede acudir en defensa de sus intereses. Dentro de este tipo podemos enumerar normativa constitucional que establece la estructura del gobierno, la creación de instituciones autónomas, la creación de Tribunales, etc., precisamente las que el maestro Biscaretti Di Ruffia enuncia como normas institucionales o de organización, y Vanossi, también, como normas organizativas.

Las normas constitucionales reglamentarias o directivas, son las que establecen, a mi juicio, una directriz constitucional que tiene como destinatario al legislador, al operador del derecho e incluso a los particulares, y que les impone el obligado acatamiento y respeto de ellas a fin de permitir el acceso, o impedirlo, al ejercicio de un derecho. Son las que Vanossi llama de conducta. Estas, evidentemente y en su contenido, concuerdan con la bipolaridad de que habla Vanossi, pero ya no sólo en el sentido de prohibir al legislador crear límites excesivos o irrazonables al acceso y ejercicio del derecho y, bipolarmente, permitir, por esa misma vía, el acceso a esa libertad o al derecho fundamental, sino también en las formas en que se puede reclamar el respeto a tales enunciados, convirtiéndose tales normas no solamente en un enunciado de reglas de conducta, sino en pretensiones materiales frente al Estado. Dentro de este tipo de normas podemos encontrar aquellas que prohíben la reelección presidencial, las que limitan el acceso al sufragio, las que limitan el acceso a los cargos públicos mediante la imposición de requisitos, etc. Evidentemente, este concepto dista muchísimo de las normas directivas que enuncia Biscaretti, ya que lejos de ser normas de acción e inmediatas, y que se bastan por sí mismas para enunciar el derecho, la categorización que se intenta aquí las enuncia como normas de dirección política y de respeto a los derechos a partir de límites y limitaciones razonables al ejercicio de los mismos por parte del poder legislativo y de los particulares.

Finalmente, las normas programáticas. Estas, por su contenido programador de la actividad legislativa, gubernamental, en suma, estatal, lejos de ser meros enunciados o normas no operativas, por su no-implementación inmediata, o lo que es lo mismo, por su contenido mediato o condicionado, no pierden –por ello- su capacidad normativa. Al igual que cualquier otra norma constitucional, y en general en Derecho de cualquier tipo o

jerarquía que sea, la coercitividad, vinculatoriedad y obligatoriedad, son intrínsecas a éstas. Sus enunciados, per se, son de obligatorio acatamiento para el gobierno y para el legislador, a quienes no les queda otro camino más que programarse a futuro para lograr su desarrollo a través del derecho positivo de segundo o tercer orden. Y es que es una cuestión de jerarquía y supremacía de la Constitución y de la norma constitucional.

Si partimos del criterio de que el Derecho Constitucional es un derecho de mínimos, no de máximos, es porque establece un derrotero político, jurídico, social y económico a seguir y a desarrollar por el legislador derivado u ordinario para asegurar un mínimo de seguridad jurídica dentro del cosmos político que implica un régimen constitucionalizado. De ahí que, lo que le resta al legislador ordinario sea el desarrollo de los enunciados programáticos, siempre dentro de un esquema de valoración de las condiciones para que dicho desarrollo se dé, pero no podemos hablar de sujeción de la norma programática constitucional al desarrollo legislativo de sus instituciones o enunciados -de segunda e inferior jerarquía que ésta- para asegurar su respeto.

A diferencia de Vanossi, Hernández Valle y Sagüés, entre otros, considero que el desarrollo de una norma programática no está sujeto a condición alguna, ya que ello vaciaría de contenido coercitivo, de primer fuente de Derecho, a la norma constitucional que contenga un enunciado programático.

Por el contrario, la norma programática, y aquí concuro con lo que estima Biscaretti al respecto, impone lo que él llama directrices de acción, de las que no puede apartarse el legislador y que, de por sí, tampoco podrá apartarse la autoridad administrativa en su respeto y cumplimiento. Para que se entienda lo anterior en relación con la Administración, debe quedar claro que no se puede pretender que ésta, al estar sujeta al principio de legalidad, legisle en campos donde el legislador ordinario no lo ha hecho, ya que ello iría en contra del principio de separación de poderes, sino que el mandato constitucional de una norma de este tipo vincula a toda la estructura del poder, y no obstante que el Ejecutivo no posee atribuciones legislativas, sí posee la posibilidad de presentar proyectos de ley en período de sesiones extraordinarias, proyectos que bien pueden ir dirigidos a cumplir el mandato programático de la Constitución. Esta función del Ejecutivo o de la Administración, es lo que no puede dejarse a la discrecionalidad administrativa, cual si fuese facultativo, ya que –como se dijo- el grado de vinculación de la

norma constitucional alcanza a toda la estructura del poder estatal, de la cual –obviamente– no está exenta la Administración.

A lo largo del desarrollo de este trabajo se ha podido demostrar, por simple enunciación de la normativa constitucional costarricense, que las diferentes normas en materia de derechos, libertades y garantías sociales, han sido desarrolladas oportunamente por normativa de segundo orden. Todo el sistema costarricense de desarrollo y protección social, así como el de seguridad social –aún en su fase programática–, a excepción del tema objeto de esta investigación, ha sido regulado, positivizado, puesto en práctica; pero, no solamente lo referente a este medular tema constitutivo del “espíritu” de los Estados Sociales de Derecho, sino también en lo relativo a los derechos y garantías individuales, así como la parte dogmática, orgánica y reglamentaria de la Constitución costarricense. De tal suerte que, siguiendo la “Teoría de la Constitución” de Karl Loewenstein, nos encontramos frente a una constitución normativa³⁴, no nominal o semántica³⁵, ya que los preceptos

³⁴ Desde el punto de vista ontológico, Karl Loewenstein establece una clasificación de las constituciones escritas en: normativas, nominales y semánticas. Las primeras, dentro de las que ubico a la costarricense, son aquellas que parten de la tesis de que una constitución escrita no funciona por sí misma una vez que haya sido adoptada por el pueblo, sino que una constitución es lo que los detentadores y destinatarios del poder hacen de ella en la práctica, *“para que una constitución sea viva, debe ser, por lo tanto, efectivamente ‘vívida’ por destinatarios y detentadores del poder, necesitando un ambiente nacional favorable para su realización. (...) Para que una constitución sea viva, no es suficiente que sea válida en sentido jurídico. Para ser real y efectiva, la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella. La constitución y la comunidad habrán tenido que pasar por una simbiosis. Solamente en este caso cabe hablar de una constitución normativa: sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas.”* Loewenstein, Karl. *“Teoría de la Constitución”*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España, 1986. Pp. 217.

³⁵ El mismo Loewenstein considera que aquellas constituciones que son jurídicamente válidas pero que carecen de realidad existencial, son categorizables como nominales. Son aquellas en *“que los presupuestos sociales y económicos existentes –por ejemplo, la ausencia de educación en general y, en particular, de educación política, la inexistencia de una clase media independiente y otros factores– en el momento actual operan contra una concordancia absoluta entre las normas constitucionales y las exigencias del proceso del poder”*. Es una constitución prematura para el nivel de realización social, económica y política del país que la promulga. Por su parte, las constituciones semánticas son propias de regímenes de facto. Según Loewenstein son aquellas en que *“si bien la constitución será plenamente aplicada, su realidad ontológica no es sino la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores del poder fácticos, que disponen del aparato coactivo del Estado. Mientras la tarea original de la constitución escrita fue limitar la concentración del poder, dando posibilidad a un libre juego de las fuerzas sociales de la comunidad dentro del cuadro constitucional, la dinámica social, bajo el tipo constitucional aquí analizado, tendrá restringida su libertad de acción y será encauzada en la forma deseada por los detentadores del poder. La conformación del poder está congelada en beneficio de los detentadores fácticos del poder, independientemente de que éstos sean una persona*

constitucionales responden a una simbiosis perfecta entre sociedad y constitución, y es más, entre ésta y el poder político.

individual (dictador), una junta, un comité, una asamblea o un partido.” Ibid. Pp. 218-219.

CAPITULO 2. Naturaleza y vinculatoriedad del seguro de desocupación como norma programática.

Dentro del desarrollo del capítulo anterior se esbozaron elementos importantes respecto de las normas programáticas que en este capítulo, y el siguiente, se concretizarán, ampliando y convergiendo el análisis a los derechos prestacionales, para poder demostrar la vinculatoriedad de las normas constitucionales costarricenses que enuncian el seguro de desocupación.

Para ello, partiremos de conclusiones alcanzadas en capítulos anteriores, pues ellas son la base de este análisis previo a la culminación del trabajo.

En primer lugar, y para los efectos de este capítulo, se debe recordar que Costa Rica, aunque no lo enuncie expresamente en su texto constitucional, se declara tácitamente Estado Social de Derecho. Ello en virtud de la inserción y consecuente elevación a rango constitucional de los derechos y garantías sociales.

Esta inclusión por parte del legislador constituyente, para nada irreflexiva, le da al derecho del trabajo (como derecho y garantía social) una prevalencia y relevancia suma, al constituirlo en base del sistema económico (parte importantísima de su engranaje y funcionamiento) y garantía de los particulares en relación con su calidad de vida y acceso a la riqueza que, de por sí –por mandato constitucional-, debe repartirse equitativamente por el Estado para garantizar el bienestar social y el principio de dignidad humana.

Por otra parte, dicha inserción de los derechos y garantías sociales al texto constitucional, esa socialización de una Constitución que previamente había sido liberal, coloca a esta normativa dentro de la discusión sobre la supremacía constitucional, máxime si dentro de la clasificación propuesta en este trabajo, las normas programáticas que se citan en el Título de Derechos y Garantías Sociales –que aunque no abundantes, hay bastantes- se establece su obligatoriedad y coercitividad como elementos propios de estas normas, precisamente por su ubicación en la jerarquización de las normas.

Consecuentemente, visto que nos encontramos frente a una Constitución normativa, no nominal ni semántica; y que su eficacia práctica en cuanto a la aplicación y respeto a sus preceptos en el ámbito social, político y económico son efecto de una simbiosis entre sociedad y constitución, no es posible apartarse del criterio de que existe un compromiso

real y cierto de los gobernantes de desarrollar las instituciones programadas por el constituyente y acatar en todos sus alcances la normativa constitucional. Nótese que en todo el texto constitucional costarricense no existe otra norma programática que no haya sido desarrollada por el legislador ordinario, indistintamente si ello ha sido por iniciativa legislativa o del Ejecutivo, cuestión que, ha quedado claro, para éste último no es un ejercicio discrecional sino un mandato constitucional que no está facultado a obviar.

A partir de estos elementos, se puede construir una teoría sobre la naturaleza y vinculatoriedad de las normas programáticas que enuncian el seguro de desocupación, pero previo a ello, resulta conveniente abordar el tema de los derechos prestacionales.

Para entender la naturaleza y vinculatoriedad del seguro de desocupación como norma programática, resulta indispensable abordar el tema de los derechos prestacionales, y para ello se debe partir del concepto clásico de derecho fundamental, el cual encuentra su sentido filosófico jurídico original en la concepción liberal.

Para la teoría liberal clásica, los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones del poder público. Bajo esa tesis, los derechos fundamentales se plantean, en un principio, como derechos de defensa frente al poderío del Estado.

Ahora bien, estos derechos de defensa no solamente son oponibles al poder público ante acciones del Estado o de sus funcionarios, sino que también lo son ante omisiones de éstos. Los primeros son concebidos como derechos a acciones positivas que son los que conocemos como prestaciones en sentido amplio; los segundos, derechos a acciones negativas, que bien pueden facultar al administrado a plantear la acción de inconstitucionalidad como medio de ejercer ese derecho de defensa en contra de la lesión que implica el omitir una conducta necesaria por parte del Estado para materializar un derecho fundamental consagrado en la Constitución, sean los que conocemos como prestaciones en sentido estricto.

Si partimos de una premisa en sentido amplio, podríamos concluir que todas las acciones estatales que respondan a derechos de acción presuponen, como contrapartida, una prestación en sentido amplio, ergo serían, derechos a prestaciones en sentido amplio. Por otra parte, si partimos de una premisa en sentido estricto, serían solamente aquellos

derechos fundamentales que contengan un enunciado subjetivo que pueda ser reclamado por inacción o por acción del Estado en detrimento del derecho prestacional.

La discusión más amplia, lógicamente, se ha dado en torno a los derechos a prestaciones en sentido amplio, categoría en la que se encuentran ubicados los derechos fundamentales sociales. En torno a este asunto, la doctrina se ha enfrascado en un paradigma jurídico de que si solo los derechos fundamentales sociales que enuncian subjetivamente una prestación o derecho de defensa, son oponibles al Estado, o si más bien, todos los derechos fundamentales sociales son derechos prestacionales y por ende oponibles al Estado.

A este punto deber es plantearse dos cuestiones: ¿en qué medida a las disposiciones de derechos fundamentales deben adscribirse normas que confieren derechos a prestaciones en sentido amplio?; y ¿qué sucede en el caso de los derechos fundamentales sociales?.

Esto es una cuestión de interpretación. Para mi gusto, en este tema en particular y para no generar desprotección y con ello lesionar derechos fundamentales, debe darse una interpretación de los derechos fundamentales como derechos a prestaciones cuya naturaleza se encuentre enraizada en el nivel constitucional de los derechos subjetivos a prestaciones, pero adscribiendo tales normas a disposiciones que no expresan normas que confieren derechos subjetivos a prestaciones.

En palabras simples: se debe partir del hecho de que existen en el texto constitucional disposiciones que enuncian derechos a prestaciones, así como otras que –en principio- no enuncian prestaciones, sin embargo, al momento de interpretar los derechos fundamentales sociales, por su contenido prestacional amplio, debe hacerse tomando en cuenta no solamente aquellas disposiciones que enuncien prestaciones subjetivas sino también todas aquellas normas que, vistas en su conjunto e integradas, dan contenido objetivo y vinculante a disposiciones sobre derechos fundamentales sociales como derechos a prestaciones.

De ahí que, no tiene nada que ver con el hecho de que el legislador haya renunciado deliberadamente a la formulación de normas que confieren derechos subjetivos a prestaciones, ya que ello es sólo un lado de la cuestión; sino que, existe otro prisma, el cual es que en la Constitución se encuentran una serie de puntos de apoyo objetivamente formulados para una interpretación que postula derechos a prestaciones.

Entonces, el hecho de que el legislador constituyente o, posteriormente, el ordinario, omita enunciar derechos prestacionales de carácter subjetivo, no impide que, a partir de la interpretación armónica de las normas o postulados fundamentales, se puedan derivar derechos a prestaciones en sentido amplio, igualmente vinculantes y exigibles de acciones positivas del Estado.

Así, todo derecho fundamental social, será prestacional en sentido amplio, y permite al individuo demandar del Estado una acción positiva, y por ende, como contrapartida, puede darse una acción negativa por parte del mismo Estado, que se constituiría en una omisión, susceptible de ser también demandada por tratarse de un derecho fundamental.

Ahora bien, los derechos a prestaciones se componen de tres fases perfectamente diferenciables entre sí, además del derecho de defensa. Según Robert Alexy, los derechos fundamentales sociales, son derechos que, aparte de ser derechos fundamentales de por sí, serán derechos de prestación por adscripción interpretativa a otras disposiciones iusfundamentales, derivándose, entonces, de dicho derecho otros que, en suma, constituyen el derecho a la prestación que se contiene en el derecho fundamental social. Estos otros serían, además del derecho de defensa, que de por sí es intrínseco a este tipo de derechos, el derecho a protección, el derecho al procedimiento y el derecho a una prestación fáctica. Este autor, en su obra *“Teoría de los Derechos Fundamentales”*, ejemplariza esta situación a partir del derecho fundamental ambiental, de la siguiente forma: quien propone un derecho fundamental ambiental puede *“incluir en este haz un derecho a que el Estado omita determinadas intervenciones en el medio ambiente (derecho de defensa), un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que dañan el ambiente (derecho a protección), un derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (derecho al procedimiento) y un derecho a que el propio Estado realice medidas fácticas tendientes a mejorar el ambiente (derecho a una prestación fáctica)”*³⁶.

De previo a explicar más ampliamente esta división y ejemplarizarla a partir de un derecho social aún más puro (a lo que se dedicará el próximo Título), resulta importante establecer algunas premisas. Los derechos fundamentales sociales son, en primer lugar derechos de libertad. Todos y cada uno de ellos, por aparte o en su conjunto, se constituyen

³⁶ Alexy, Robert. *“Teoría de los Derechos Fundamentales”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002. Pp. 429.

en manifestaciones del constituyente a favor de la autonomía de la voluntad y de la libertad como su expresión. Vienen planteados, en el texto constitucional, como enunciados que permiten al individuo escoger, elegir, e incluso así lo ha entendido la Sala Constitucional, al indicar en no pocas sentencias, por ejemplo, que el derecho al trabajo no enuncia solamente un derecho, sino que también enuncia una libertad a favor del individuo de elegir libremente la ocupación o la actividad que pretenda realizar, siempre dentro de los límites que establece la propia Constitución y las leyes. En esa misma línea se plantea la libertad de empresa y el derecho al comercio, entre otros.

Por otra parte, y dentro de este desarrollo, es importante traer a colación, también, el derecho a la igualdad, o más bien, el principio de igualdad. Este principio como eje rector del ordenamiento constitucional y positivo en general, se constituye en una garantía de defensa del individuo dentro del quehacer social, ya no sólo frente al Estado, sino también, frente a terceros, pudiendo demandarse al Estado una protección igual frente a éstos que la que se le podría proporcionar a cualquier otro individuo dentro del colectivo.

A partir de este principio de igualdad, se desarrolla toda una teoría de los derechos fundamentales como constitutivos de derechos de libertad e igualdad, que finalmente concluyen en enunciados o postulados que propugnan por la dignidad del individuo, ya no sólo como componente social, sino también como ser humano.

Se puede llegar entonces a una conclusión: que todo individuo tiene la posibilidad de ejercer sus derechos en libertad e igualdad, procurándose con ello la protección necesaria del Estado para desarrollarse dentro de la sociedad con dignidad. Pero esta dignidad es alcanzable no solamente mediante la defensa de la libertad y la igualdad, sino también, mediante el reclamo al Estado de derechos prestacionales o derechos de prestaciones que le concedan al individuo un mínimo existencial o un mínimo vital (como lo llama la doctrina alemana), que le permita vivir, con dignidad humana, circunstancias sociales adversas que, no en contadas ocasiones, son propiciadas por el propio Estado.

De ahí la importancia de la construcción de los derechos de prestaciones ya no sólo como derechos de defensa, sino también como derechos de protección, derechos de procedimiento y derechos a una prestación fáctica, ya que, si partimos de la premisa de que todo derecho fundamental social es un derecho prestacional, y que éstos se constituyen a su vez en derechos que se componen de postulados de igualdad, libertad y dignidad humana,

entonces son derechos iusfundamentales, no solamente por enunciado subjetivo sino también por integración de postulados fundamentales objetivos, que son oponibles y vinculantes para el Estado en las cuatro fases o pilares que sostienen el edificio de los derechos prestacionales.

Podemos concluir, entonces, que existe un derecho fundamental a un mínimo vital o mínimo existencial (derivación de los principios de libertad, igualdad y, especialmente, de dignidad humana), eso sí, como derecho fundamental tácito de carácter social, basado en normas adscritas interpretativamente a las disposiciones de derechos fundamentales, enunciado éste que resulta básico, no sólo para entender el concepto y la relevancia del seguro de desocupación como derecho de prestación en sentido amplio, y por ende como derecho fundamental social, sino también, para entender su vinculatoriedad, en ese carácter, para el Estado, y su exigibilidad en el plano positivo o negativo, dependiendo de la situación en que se encuentre tal derecho en el ordenamiento constitucional que se trate, aspecto que será analizado en el siguiente capítulo.

CAPITULO 3. El seguro de desocupación como norma programática.

La delimitación del tema que nos interesa impone el análisis de éste desde la perspectiva de los derechos prestacionales, según la teoría de Robert Alexy. Adicionalmente, implica el ubicar este tipo de derechos dentro de la clasificación que se hizo supra de las normas constitucionales, a fin de ubicar efectivamente al seguro de desocupación dentro de la clasificación de norma constitucional, iusfundamental, programática y por ende vinculante para el Estado.

Si partimos de la realidad irrefutable de que Costa Rica es un Estado Social y Constitucional de Derecho, y que la Constitución costarricense, en su Título de Derechos y Garantías Sociales, está plagada de normas que enuncian derechos de carácter iusfundamental, y de las cuales se pueden derivar principios de igual naturaleza que implican derechos de prestación por derivación o interpretación, y que la mayoría de éstas normas de carácter social no son del tipo que se pueden aplicar sin programación, podríamos afirmar que nos encontramos ante normas programáticas y vinculantes.

Para que ello quede aún más claro al lector, partamos del siguiente análisis.

El texto constitucional costarricense, como Constitución normativa, impone al Estado la creación de una serie de instituciones que propicien y faciliten a los habitantes de la República, el acceder a los derechos contenidos en el mismo texto constitucional. Por ejemplo, se habla del derecho y la libertad de asociación que le asiste a todo habitante como derecho individual de afiliarse para proteger fines comunes y lícitos (artículo 25 constitucional) como derecho básico que da contenido individual al derecho social de asociarse a movimientos cooperativos (artículo 64). Este derecho, no sólo es una declaración semántica, sino que impone una conducta al Estado en el sentido de establecer una protección especial a quienes lo quieran hacer, amén de obligar al Estado a fomentar este tipo de asociaciones, todo ello con el único fin de facilitar mejores condiciones de vida a los trabajadores. La norma contenida en el artículo 64 constitucional es programática, ya que obliga al Estado a programarse con miras a satisfacer el mandato constitucional contenido en ese mismo artículo y en el 25 constitucional, a favor de los habitantes de la República y de un grupo específico de la población nacional, los trabajadores. Para ello, el

Estado creó el Instituto de Fomento Cooperativo, el cual es el encargado de facilitar las condiciones y brindar la asesoría necesaria para el desarrollo de la actividad cooperativa.

Otro ejemplo de la situación es el supuesto del artículo 51 constitucional en relación con la protección especial a la familia, la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido, la cual obligó al Estado a programarse para poder hacer frente a este mandato constitucional, y por lo cual el Estado creó el Patronato Nacional de la Infancia, el Instituto Nacional de la Mujer, y otras instituciones estatales que hacen posible tal protección.

Igual situación ocurre con los derechos a la salud y a la atención médica, los cuales se ven colmados con la creación, programada por el Estado, de la Caja Costarricense de Seguro Social como institución autónoma que permite y facilita el acceso a los servicios de salud y de atención médica que requieren los habitantes de la República.

Así podríamos seguir con un sinnúmero de ejemplos, todos ellos a partir del Título de Derechos y Garantías Sociales, lo cual desde ya nos da un indicativo de que las situaciones, o más bien, los derechos contemplados en este Título, son de naturaleza programática. Pero para que nos resulte aún más clara tal concepción veamos lo siguiente.

Las normas programáticas, según viene dicho, son aquellas que, por su contenido programador de la actividad legislativa, gubernamental, en suma, estatal, lejos de ser meros enunciados o normas no operativas, por su no-implementación inmediata, o lo que es lo mismo, por su contenido mediato o condicionado, no pierden –por ello- su capacidad normativa. El desarrollo constitucional costarricense es claro en ello, ya que todas las normas programáticas contenidas en el texto constitucional han sido desarrolladas oportunamente, ya sea por iniciativa del Ejecutivo, o por determinación del Legislativo, mediante la emisión de normas de segundo o tercer orden. Lo curioso del caso es que el seguro de desocupación, siendo un derecho prestacional, programático, y fundamental, no ha sido desarrollado, y ni siquiera se han presentado iniciativas al Parlamento para ello.

Las normas relativas a derechos de carácter social, imponen una determinada acción al Estado, tanto aquellas que establecen el derecho, y más aún las que establecen la forma en que éste debe ser satisfecho. En primer lugar nos encontramos con normas que explícitamente establecen un derecho fundamental a favor del habitante, como el derecho al trabajo, a la protección Estatal, a la seguridad social, a la salud, a la libertad, a la igualdad, etcétera. Mientras que en las segundas, nos encontramos con enunciados constitucionales,

ergo vinculantes, que ordenan al Estado actuar de determinada forma, tal vez no inmediata, pero mediata o condicionadamente, como en el caso de la creación del Patronato Nacional de la Infancia, la Jurisdicción de Trabajo, la Caja Costarricense de Seguro Social, el Instituto Nacional de Seguros, el Instituto de Fomento Cooperativo, entre otros, instituciones que nacieron para responder a la necesidad estatal de desarrollar en forma controlada y eficiente los derechos del primer tipo citado. Desde luego, estas segundas normas, aunque nacieron históricamente en el mismo momento que las primeras, no se desarrollaron al mismo tiempo. Las primeras tienen un carácter de aplicación inmediata y de acatamiento inmediato por parte del Estado, y por ende, su obligatoriedad y vinculación es absoluta, no pudiendo obviarse su contenido y su mandato, lo que hace que se conviertan en verdaderos derechos de defensa por parte del conglomerado. En el caso de las segundas, al ser normas condicionadas, y con esto no nos referimos a la posibilidad o no de concretarse (económica o de voluntad política), sino al tiempo en que tienen que implementarse de acuerdo a las necesidades sociales para las que fueron previstas, no son de aplicación inmediata, y por ello dan al Estado un término razonable para adaptar el sistema económico, político y social a ellas, para posteriormente implementarlas, cerrando con ello el círculo de protección que ambos tipos de normas establecen a favor de los habitantes de la República. De lo contrario, si se pensara que estas normas no son vinculantes o de carácter coercitivo, estaríamos en presencia de meros enunciados propios de una Constitución semántica o nominal, que en nada encaja en nuestra historia constitucional. La identificación de normas programáticas, desde el punto de vista semántico, resulta muy sencilla, ya que la sola conjugación verbal dentro del enunciado de derecho permite establecer la obligada actuación a futuro del Estado en el campo específico. Veamos.

El artículo 50 constitucional en el primer párrafo, establece ***“El Estado procurará”***, y en el tercer párrafo establece ***“El estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho”***. Este enunciado de derecho es uno de los programáticos más claros que establece el texto constitucional costarricense. Todas las acciones que enuncia su texto se establecen a futuro, como una garantía perpetua, supuestamente sin sujeción a término. Por otra parte, aunque enuncia el derecho no establece el mecanismo por el cual el Estado debe procurar, garantizar, defender y preservar el derecho enunciado en ese numeral.

Otro ejemplo es el artículo 56 que establece “(...) *El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada (...)*”, y más adelante se puede leer “(...) *El Estado garantizará el derecho a la libre elección del trabajo.*”. Al igual que el ejemplo anterior, la semántica de las palabras inspira una programación por parte del Estado para que esto suceda, para que el acceso a medios de trabajo y de producción de la riqueza se dé, aunque no establece cómo, el mandato es vinculante y es obligación del Estado velar porque ello se cumpla.

En el supuesto que nos interesa, claramente podemos identificar este elemento gramatical dentro de la normativa referente al seguro de desocupación. El artículo 63 constitucional establece: “*Los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho a una indemnización cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación*”. En este caso, la programación no va tendente a la existencia del seguro de desocupación, propiamente, sino que busca la protección de los derechos de cesantía del trabajador desempleado involuntario. Nótese que establece la programación del Estado de una garantía de protección al trabajador, a través del pago de la cesantía, en caso de no encontrarse protegido o cubierto por un seguro de desocupación, situación que obliga al Estado a prever y velar por el pago de ese extremo laboral en el supuesto de inexistencia de un seguro del tipo que nos interesa.

Pero el enunciado no se queda ahí, sino que de su texto se puede extraer que se presupone por interpretación, la obligación del Estado de procurar la creación y existencia de un seguro de desocupación. La frase que indica “*cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación*”, no hace más que partir de la premisa de que en algún momento se instaurará un seguro de esta variedad. No es que la cesantía venga a sustituir al seguro de desocupación, sino que mientras no exista un seguro de desocupación (o lo que es lo mismo) mientras se establece o crea un seguro de desocupación, se garantiza el pago de la cesantía. Ahora, la discusión en este caso es inversa a lo que se había planteado en el Tribunal Constitucional costarricense (la cual se retomará en el siguiente Título), ya que de existir un seguro de desocupación, lo que estaría comprometido es el derecho a la cesantía, situación que bien podría dar pie a toda una nueva investigación, pero que ahora no viene al caso referirse, sino solamente citarlo.

El caso de la norma 72 constitucional es todavía más claro en cuanto a su semántica. Este artículo inicia indicando **“El Estado mantendrá, mientras no exista seguro de desocupación (...)”**. El sistema técnico y permanente de protección a los desocupados involuntarios –que dicho sea de paso no existe-, no es más que una medida paliativa del fenómeno de la desocupación que en realidad no es la solución o la garantía de fondo que se pretendió establecer por el legislador originario o constituyente. El enunciado, desde el punto de vista semántico, deja planteada la obligación a cargo del Estado, de crear un seguro de desocupación, y mientras tanto, mientras el Estado se programa para ello, deberá establecer un sistema técnico y permanente que garantice su protección y su reincorporación al trabajo, cuestión que tampoco se da.

De todo lo expuesto anteriormente, podemos llegar a una conclusión que toma matices de irrefutable. Tanto desde el punto de vista semántico, como por el contenido del enunciado –el cual es evidentemente iusfundamental-, los artículos 63 y 74 constitucionales son normas de carácter programático.

Ahora bien, agotado el análisis semántico de los artículos que interesan, resta solamente analizarlos a partir de la estructura jurídico-filosófica que plantea Alexy, a fin de determinar si dichos enunciados se constituyen derechos iusfundamentales, programáticos, y vinculantes para el Estado.

Los artículos 33, 50 y 56 de la Constitución Política costarricense, enuncian postulados objetivos sobre la dignidad. Si recordamos, Robert Alexy habla en primer lugar de que los derechos fundamentales han sido creados para asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones del poder público, lo que los convierte en derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. En otro contexto, habla sobre la construcción constitucional de derechos a prestaciones, ya no como derechos establecidos subjetivamente, sino como enunciados de carácter objetivo, a los cuales se puede arribar a través de la interpretación jurídica de otros derechos iusfundamentales, especialmente, de carácter social. Toma como fundamento de su teoría sobre los derechos a prestaciones, principios básicos como la igualdad y la dignidad humanas, parámetros objetivos que vienen a caracterizar a los derechos prestacionales no subjetivos.

De tal suerte que para este análisis inicial, debemos determinar si el seguro de desocupación se constituye en una pretensión material frente al Estado.

Recordemos aquí al profesor Rubén Hernández Valle, quien afirma que la etapa más avanzada de desarrollo o evolución de los derechos y libertades públicas, es precisamente ésta, cuando pasan de ser meros derechos o libertades a pretensiones materiales, sea que pueden ser oponibles al Estado, o susceptibles de reclamo a éste por su irrespeto o falta de acción para satisfacerlos³⁷. Como tales, se constituyen, entonces, en auténticos derechos de defensa, connotación que también le otorga Alexy a este tipo de derechos. Es más, en su concepción más pura, los derechos sociales, como auténticos derechos de prestación, son los más claros ejemplos de derechos de defensa. Procede, entonces, preguntarse: ¿defensa de qué?, y ¿a favor de quién o de qué?.

Evidentemente en defensa del derecho derivado de la Constitución que le permite al individuo acceder a mejores condiciones de vida dentro de la sociedad; también, a favor del individuo quien, frente al poder público, posee escasos medios de defensa, y menos en tratándose de derechos constitucionales, fundamentales y libertades públicas; finalmente, en procura de que la dignidad del ser humano, como principio fundamental de los Estados Sociales de Derecho, se respete y se proteja por éstos.

Surge la pregunta, entonces, del ¿por qué es necesario un mecanismo de defensa intrínseco a los derechos iusfundamentales?.

El ejercicio del poder público es, y ha sido tradicionalmente, reconocido como un medio para abusar del poder, situación que propicia la arbitrariedad, la ilegitimidad y hasta la inconstitucionalidad de actos e interpretaciones de la Ley que aplica la Administración, actuaciones todas que necesariamente deben ser sometidas a un control de constitucionalidad que garantice que tales conductas se ajusten en todo al Derecho de la Constitución, sean estos actos positivos o negativos (de omisión).

El ejercicio de los derechos fundamentales, ya no sólo como libertades sino como medios de defensa, se constituyen en una suerte de interdicción de la arbitrariedad del poder público, siempre en procura de resguardar aquellos mandatos constitucionales que se contienen en la Constitución a favor de los habitantes de la República.

A partir del principio de la dignidad humana, se construye el primer eslabón de la cadena de protección a favor de los derechos prestacionales. Existe una obligación intrínseca y explícita, a cargo del poder público, de velar o proteger la dignidad de la

³⁷ Hernández Valle, Rubén. *“Las Libertades Públicas en Costa Rica”*. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. 1980. pp. 31.

persona humana (artículos 20, 21, 33, 40, 50, 56, 57, 64, 68 de la Constitución Política costarricense), de los cuales se puede extraer en forma directa el derecho del individuo a reclamar su respeto. Por otra parte, existen normas constitucionales que, aunque no son explícitas, reconocen la existencia de un Derecho Fundamental a un mínimo existencial o vital, como derecho fundamental tácito de carácter social, basados en normas adscritas interpretativamente a las disposiciones de Derechos Fundamentales.

Conjuntamente con la dignidad, el derecho a la igualdad, cierra el círculo de protección que existe en los derechos prestacionales, sin que ello implique una imposibilidad de establecer situaciones de diferenciación o de trato diferenciado, ya que la misma Constitución lo prevé en caso de que no existan condiciones de igualdad en los sujetos que reclaman la lesión a tal principio.

La declaración del artículo 33 de la Constitución costarricense, amén de proteger desde un punto de vista filosófico jurídico la dignidad del ser humano al colocarlo en un plano de igualdad total ante la Ley, sin posibilidad de discriminación, también se constituye, en el plano material, en un medio de defensa del individuo frente a actuaciones abusivas y arbitrarias que comprometan ese principio y los de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad, que a su vez son constitutivos del primero, garantizándose de esa forma el respeto a la persona humana y a su ser etéreo, su dignidad.

En esa misma línea, la Sala Constitucional costarricense, ha hecho un uso adecuado de ambos términos, reconociéndolos como medios de defensa en materia de derechos sociales. Ejemplo de ello son las sentencias 1474-93 de las dieciséis horas del seis de agosto de 1991³⁸, en que se establece que todos los seres humanos (“hombres” en la sentencia), deben ser tratados igual en lo que es común a todos, sea en sus derechos fundamentales, los cuales son el corolario de la dignidad humana; número 0629-94 de las quince horas seis minutos del treinta y uno de enero de 1994³⁹, en la cual se sostiene que

³⁸ *"El principio de igualdad tal y como lo ha sido entendido por el Derecho Constitucional, hace que todos los hombres deban ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esencialmente igual en todos ellos, esto es, en los llamados derechos fundamentales que están contemplados en nuestra Constitución, que son el corolario de la dignidad humana. En cambio deben ser tratados desigualmente en todo aquello que se vea sustancialmente afectado por las diferencias que naturalmente median entre los ciudadanos."* Sentencia número 1474-93 de la Sala Constitucional de Costa Rica de las dieciséis horas del seis de agosto de mil novecientos noventa y uno.

³⁹ *"Hasta esa última reforma señalada -y como atinadamente lo señala la representante de la Caja Costarricense de Seguro Social, y el Procurador General de la República-, las normas en el*

con la aplicación de una norma de contenido irracional se puede violar, el principio de la igualdad jurídica y, desde el punto de vista filosófico jurídico, la dignidad de la persona humana, negando además igualdad en las oportunidades, en este caso, de ambos cónyuges a acceder al régimen de seguridad social, situación que se había venido sosteniendo por el Tribunal Constitucional en otros precedentes como en el voto 3435-92, de las dieciséis horas con veinte minutos del once de noviembre de 1992⁴⁰.

ordenamiento jurídico costarricense -hasta esa época y aún hoy día-, no tendían a dar igualdad de derechos a los cónyuges; ello, aunque explicable debido al hecho de que los derechos del hombre y de la mujer no han tenido el mismo desarrollo histórico, no es justificable. El presupuesto que da fundamento a la norma cuestionada no es más que una falacia, de conformidad con la cual y de acuerdo con el desarrollo socio-cultural de nuestro pueblo, presupone que el hombre es el único con capacidad laboral, estableciéndose una dependencia natural de la mujer hacia él y, en consecuencia, condicionando en forma indiscriminada, injusta e irracional al cónyuge que, a través de su esposa, desea ingresar al régimen de seguridad social, ya que su ingreso sólo puede darse con la comprobación de múltiples requisitos fijados unilateralmente hacia uno solo de los componentes del núcleo familiar. Se viola, en consecuencia, con los requisitos establecidos en la norma, en forma irracional, el principio de la igualdad jurídica y, desde el punto de vista filosófico jurídico, la dignidad de la persona humana, negando además igualdad en las oportunidades, en este caso, de ambos cónyuges a acceder al régimen de seguridad social. Ya esta Sala en el voto 3435-92, de las dieciséis horas con veinte minutos del once de noviembre de mil novecientos noventa y dos, sobre este mismo aspecto, dijo: "Adviértase que en la especie la desigualdad que hiere los intereses del recurrente no es una simple diferenciación "razonable y objetiva", sino un tratamiento evidentemente injustificado, infundado y desproporcionado, producto de condicionamientos sociales, culturales, económicos y políticos felizmente superados, tratamiento que actualmente resulta lesivo para la dignidad humana en lo particular, como derecho social objetivo, desde el momento en que establece una restricción odiosa que atenta, por discriminación, contra el equilibrio jurídico y espiritual de la familia, también tutelado por la Constitución y por el ordenamiento internacional y por ello patrimonio subjetivo del ofendido. La norma impugnada crea una especie de marginación que afecta al núcleo familiar y por ende a la sociedad en su conjunto desde el momento en que un integrante de esa comunidad es tratado de manera diferente, cercenando sus derechos igualitarios y colocándolo en situación social de desventaja, frente a su esposa, sus hijos y demás familiares; con ello se resiente el sentido de justicia." V.- Considera, además esta Sala, que la disposición dicha, así como sus antecesoras, atentan contra la igualdad y unidad matrimoniales, pues nuestra Constitución Política, en sus artículos 51 y 52 establece la protección especial a la familia, lo que también constituye un derecho fundamental tutelado por el ordenamiento interno e internacional a través de los diferentes Pactos. El principio de igualdad ante la Ley sugiere que los derechos o cargas que se imponen a los diferentes sujetos se establezcan con generalidad, sin acoger elementos discriminatorios en razón de circunstancias personales o sociales, ya que cualquier diferencia de trato que no aparezca justificada para proteger otros bienes o derechos constitucionales -como sucede en el caso en examen-, la hacen incurrir en un vicio de irrazonabilidad e inconstitucionalidad." Sentencia número 0629-94 de la Sala Constitucional de Costa Rica de las quince horas seis minutos del treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

⁴⁰ *"Adviértase que en la especie la desigualdad que hiere los intereses del recurrente no es una simple diferenciación "razonable y objetiva", sino un tratamiento evidentemente injustificado, infundado y desproporcionado, producto de condicionamientos sociales, culturales, económicos y*

Ahora bien, resulta importante, para los efectos de este trabajo, determinar qué derechos se conciben como componentes de la dignidad humana. El derecho a un mínimo vital, impone la posibilidad de acceder a un cierto nivel de vida que permita, precisamente “vivir con dignidad”. Esta frase hace referencia a la posibilidad de proveerse de alimento, vestido, vivienda, educación y salud. En Costa Rica, donde el acceso a los servicios de salud públicos está regidos por un sistema de cotización tripartito, se le impone al Estado una primera obligación: el generar fuentes de empleo para quienes no lo tienen. La omisión del Estado en esa función primordial, condiciona negativamente el acceso a los demás derechos fundamentales componentes de la dignidad humana. Sin estudio no hay acceso a trabajo, y sin trabajo no hay acceso a alimentos, vestido, vivienda y, ni siquiera, a los servicios de salud, para los cuales hay que cotizar, o al menos tener un ingreso para cotizar voluntariamente al régimen de seguridad social. Y es que es irrefutable que el trabajo es función básica para que el hombre pueda vivir con dignidad.

El tema de la dignidad humana y su composición, ha sido desarrollado también en sede jurisdiccional constitucional costarricense en las sentencias números 1684-91⁴¹ en la

políticos felizmente superados, tratamiento que actualmente resulta lesivo para la dignidad humana en lo particular, como derecho social objetivo, desde el momento en que establece una restricción odiosa que atenta, por discriminación, contra el equilibrio jurídico y espiritual de la familia, también tutelado por la Constitución y por el ordenamiento internacional y por ello patrimonio subjetivo del ofendido. La norma impugnada crea una especie de marginación que afecta al núcleo familiar y por ende a la sociedad en su conjunto desde el momento en que un integrante de esa comunidad es tratado de manera diferente, cercenando sus derechos igualitarios y colocándolo en situación social de desventaja, frente a su esposa, sus hijos y demás familiares; con ello se resiente el sentido de justicia." Sentencia número 3435-92 de la Sala Constitucional de Costa Rica de las dieciséis horas veinte minutos del once de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

⁴¹ "... se distinguen los llamados derechos fundamentales que son inherentes al hombre sin distinción de ninguna naturaleza, porque son parte de la dignidad humana y la base del orden jurídico político costarricense. Corresponden a esta esfera, entre otros, el ser reconocido como sujeto de derecho, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la salud, y en general, todos los que por su naturaleza no requieren para su ejercicio, de condiciones especiales de nacionalidad o ciudadanía del titular, por ser consustanciales a la esencia misma de los seres humanos; y a ello obedece que la regulación de los mismos, no soporta distinción alguna, sin incurrir en discriminaciones inadmisibles en el Derecho Constitucional. Existen otros derechos, que por voluntad del constituyente, son patrimonio exclusivo de los nacionales, y que en ninguna forma pueden pertenecer a los extranjeros, como por ejemplo, los que conforman los artículos 19 párrafo final, 22 línea final, 32, 60 párrafo último y 131 inciso 1.) de la Carta Política, y en el mismo sentido el artículo XXXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Finalmente, existen los derechos que por disposición del constituyente se le reconocen a los extranjeros, en la medida en que lo determinen los Tratados Internacionales y la ley interna costarricense. Todo ello de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales

cual se hace una integración de los derechos fundamentales como componentes de la dignidad del ser humano y base del orden jurídico político costarricense, sosteniendo categóricamente que tal esfera de derechos son, entre otros, el ser reconocido como sujeto de derecho, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la salud, y en general, todos los que por su naturaleza no requieren para su ejercicio, de condiciones especiales de nacionalidad o ciudadanía del titular, por ser consustanciales a la esencia misma de los seres humanos.

En suma, y como bien lo ha dicho la Sala Constitucional en sentencia número 2050-91 de las 9 horas del 11 de octubre de 1991 *“El principio de igualdad ante la ley no puede fundarse en el plano de los hechos puramente empíricos sino en el de la ética, la justicia, la solidaridad y la cooperación que sí tienen sustantividad y respaldo en principios constitucionales, ya que la igualdad se proyecta como condición jurídica requerida, por la misma idea del ideal humano. Igualdad quiere decir, ante todo y sobre todo, paridad en cuanto al tratamiento de la dignidad humana y por tanto equivalencia en cuanto a los derechos fundamentales se refiere.”*

Para terminar esta primera parte del análisis, resulta importante señalar lo que la Sala Constitucional ha manifestado en respaldo de la tesis de que el trabajo es indispensable para acceder a la dignidad como principio. En la sentencia 0782-95 de las diecisiete horas del ocho de febrero de 1995, la Sala Constitucional costarricense sostuvo que a partir del artículo 56 constitucional, se deriva a favor de los individuos, un derecho de libertad que busca garantizar su dignidad como ser humano y su subsistencia⁴².

normas de origen, de modo que la titularidad y el ejercicio de esos derechos, dependerá, por propia disposición del artículo 19 constitucional, de la regulación en el Tratado o la Ley interna, siendo así admisible un trato desigual entre costarricenses y extranjeros en la medida en que no se lesione un derecho fundamental. De manera que la facultad de reconocimiento queda autorizada en la Carta Política, pero el rango del acto expreso para el ejercicio del derecho, queda reservado a una norma de jerarquía inferior, sea el tratado o la ley común. Por ejemplo, los artículos 14 y 15 constitucionales en cuanto a la naturalización, artículo 19 párrafo primero en cuanto a las distinciones entre costarricenses y extranjeros, artículo 22 que regula el ingreso y la permanencia de extranjeros, artículo 68 en cuanto al derecho de preferencia del costarricense en materia laboral y también, en ese mismo sentido, los artículos XIX y XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.” Sentencia número 1684-91 de la Sala Constitucional de Costa Rica de las dieciséis horas del veintiocho de agosto de mil novecientos noventa y uno.

⁴² *“QUINTO. De igual forma, la sanción aquí cuestionada roza contra lo dispuesto en el artículo 56 constitucional, que en lo que interesa dice: “... 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...” La*

Queda claro entonces que dentro del derecho de protección a la dignidad humana del individuo en materia vital, sea para garantizarse un mínimo existencial, al individuo le asiste un derecho a que el Estado omita determinadas intervenciones en ese campo que le impida el acceso a éste, por lo que entendido a contrario sensu y ante la inexistencia de un seguro de desocupación, le asiste el derecho de defensa en el sentido de exigir al Estado su implementación para garantizar el acceso a ese mínimo existencial en caso de desocupación involuntaria. Por ende, el seguro de desocupación, como adscripción al derecho a la vida y a la salud y al principio de dignidad humana, encaja como derecho prestacional de carácter objetivo, y por ende objeto del derecho de defensa del que habla Alexy.

Por otra parte, como derecho a protección, en los términos del profesor Alexy, el seguro de desempleo, por su connotación social, por su carácter iusfundamental y por el contenido filosófico jurídico que le otorga el ser parte del principio de dignidad humana, confiere al individuo un derecho a que el Estado proteja al titular de ese derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que eventualmente lo puedan o traten de hacer nugatorio, obligándose al Estado a regular la prestación del mismo y garantizar su acceso en condiciones de igualdad.

De igual forma y como derecho prestacional que es, le asiste al individuo un derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relativos a éste, o sea, que se le permita participar de un procedimiento para acceder a él y otro que le permita conocer y defenderse de los motivos por los cuales se le deniega o revoca el ejercicio de ese derecho de carácter iusfundamental.

Finalmente, como mandato constitucional, por la supremacía de la Constitución, implica el derecho a que el propio Estado, mediata o inmediatamente (en nuestro caso programáticamente) tome las medidas pertinentes para su implementación, primero, y de mejora en su servicio, una vez instituido -lo que conocemos como derecho a una prestación fáctica-, sea, que el derecho contenido en la Constitución se haga efectivo o se materialice, logrando pasar de una mera enunciación semántica o nominal –como se ha mantenido a lo

aplicación de dicha sanción limita la libertad y dignidad de los funcionarios a quienes se les impone. Ya la Sala en la sentencia número 810-91 mencionó que: "...el trabajo debe responder siempre a la dignidad de la persona, la salud, la subsistencia, la seguridad - como principios derivados de la Supremacía constitucional y la vida, sea esta personal, familiar o social, aún en aquellos casos donde el trabajador haya consentido en su quebranto o lesión." Sentencia número 0782-95 de la Sala Constitucional de Costa Rica de las diecisiete horas del ocho de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

largo de más de cincuenta años-, a una enunciación de carácter normativo, como realmente lo es.

De todo lo expuesto, se puede concluir con claridad que, en el caso del seguro de desocupación no sólo nos encontramos ante un derecho de carácter social, del tipo objetivo prestacional por su derivación o adscripción a otros derechos y principios del mismo carácter, sino que además, ante un derecho que busca garantizar un mínimo existencial o vital, como un derecho subjetivo, definitivo y vinculante para el Estado, en razón del grado de protección que éste debe garantizar al individuo por situaciones involuntarias, propiciadas, en la mayoría de los casos, por su propia imposibilidad de garantizar la generación de empleo y, por ende, el acceso al mercado laboral nacional, situación que la propia Constitución prevé, y que por devenir de la norma de normas, por su supremacía sobre todo el resto del ordenamiento jurídico, resulta vinculante no sólo para el Ejecutivo, sino también para el Legislativo.

TITULO IV: INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN DEL SEGURO DE DESOCUPACIÓN

CAPITULO 1. Inconstitucionalidad por omisión: Tipos y características.

Habiéndose decantado los aspectos generales, y algunos específicos, en torno al tema de este trabajo, resta únicamente hacer una breve referencia doctrinaria en cuanto a las omisiones del poder público que, por lesionar derechos de raigambre constitucional, pueden constituirse en acciones que producen inconstitucionalidades susceptibles de ser reclamadas en vía jurisdiccional constitucional.

No obstante, y de previo a establecer el marco doctrinario citado, resulta indispensable aclarar algunos aspectos en relación con el tema de las omisiones.

Toda actuación de la Administración, positiva o negativa, produce, como hemos visto a lo largo de esta investigación, una descarga del poder o de la potestad de imperio del Estado sobre el administrado, siendo que tanto unas como otras son susceptibles de control constitucional cuando tales actos lesionen derechos de rango constitucional.

En torno al tema de las actuaciones de carácter positivo que lesionan derechos iusfundamentales, la discusión se torna bastante clara, excepto por la difusa línea que separa los ámbitos de legalidad y constitucionalidad, tema que bien podría ocupar todo un nuevo trabajo de investigación. Empero, el determinar si existe o no una violación (de carácter positivo) por parte de la Administración a los derechos fundamentales de los administrados, es una tarea tan sencilla como simplemente contraponer o confrontar la acción que se estima o acusa lesiva del derecho iusfundamental o constitucional, frente a la norma constitucional que declara el derecho o el principio que se considera lesionado (Vg. artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional)⁴³. Se puede afirmar que la doctrina es pacífica en torno a este tema, ya que resulta bastante simple la determinación y la comprobación de la existencia de una lesión cuando existe un acto administrativo que

⁴³ “Se tendrá por infringida la Constitución Política cuando ello resulte de la confrontación del texto de la norma o acto cuestionado, de sus efectos, o de su interpretación o aplicación por las autoridades públicas, con las normas y principios constitucionales.” Ley de la Jurisdicción Constitucional. Ley número 7135 de once de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

tangible a los sentidos con la sola lectura del contenido del acto, y cuyos efectos pueden palparse o al menos imaginarse desde el momento mismo de su dictado.

Ahora bien, el tema de las omisiones (acciones negativas) del Estado o del poder público, no es nada pacífico. El determinar la existencia de una acción negativa no es tan sencillo como demostrar la tesis anterior, ya que este tipo de situaciones normalmente no son perceptibles por el administrado, quien se acostumbra a vivir a expensas de lo que ya se ha establecido social y políticamente dentro del Estado, y no encuentra motivo alguno para reclamar a su favor un derecho que, aunque esté en la Constitución, no lo estima obligatorio para el Estado, y aunque se constituya en una obligación para éste, no lo considera una prestación digna de ser reclamada al poder público.

Existen distintas teorías sobre lo que es o no una omisión que pueda producir una inconstitucionalidad, y también, inconstitucionalidades que, no obstante fundarse en omisiones, pueden ser consideradas como actos sujetos a ulterior desarrollo legislativo que, al no positivizarse la norma constitucional por el legislador ordinario, se considera que no produce la lesión que eventualmente se podría reclamar en sede constitucional.

De igual forma, la determinación de cuándo existe una omisión y cuándo no, es un tema bastante escabroso y que muchas veces se pretende invisibilizar, o simplemente esquivar, por motivos políticos, económicos o de oportunidad del Estado.

Lo cierto del caso es que el tema de las omisiones es siempre de actualidad, y la discusión de una eventual inconstitucionalidad en la materia que nos interesa en este trabajo, no es más que una variación del enfoque general que le da la doctrina, con un simple interés: demostrar que en el caso concreto existe una inconstitucionalidad por omisión respecto de un derecho iusfundamental de carácter prestacional derivado, por adscripción, de la interpretación de distintas normas constitucionales de igual carácter.

De ahí que, de previo a entrar a ese análisis de fondo, resulte importante, al menos, citar los tipos de omisiones y las inconstitucionalidades que se derivan de ellas.

Se puede construir un concepto de “inconstitucionalidad por omisión” a partir de la semántica que envuelve la frase. Podríamos afirmar, entonces, que “inconstitucionalidad por omisión” es omitir hacer algo que como consecuencia ocasiona una lesión a un derecho constitucional, o lo que es lo mismo, que se produce una violación a la Constitución cuando el poder público, encargado por el propio texto fundamental de tomar acciones positivas

para desarrollar los mandatos de la Constitución, obvia tal mandato, produciéndose una omisión que lesiona el derecho que estaba obligado a desarrollar, por vaciamiento de contenido de la norma constitucional.

A partir de ese concepto jurídico-semántico, se puede construir uno meramente jurídico, que dejo planteado así: la inconstitucionalidad por omisión es la inercia prolongada en el tiempo, incurrida por el poder público, sea éste legislativo o administrativo, en relación con el deber de desarrollar legislación de segundo o tercer grado a partir de una norma constitucional que así lo ordene o programe, que impida hacer efectivo y práctico el derecho que constitucionalmente se declara, produciéndose, con dicha falta de acción, la ineficacia y desaplicación del Derecho de la Constitución.

Para entender mejor esta posición, se debe, en primer lugar, determinar los tipos de omisiones de acuerdo a la actividad involucrada, ya que la omisión puede ser legislativa o administrativa, y por violación a encargos expresos o tácitos.

Tanto el Poder Legislativo, como representante de la soberanía popular, como el Poder Ejecutivo, se encuentran sometidos al Derecho de la Constitución, y compelidos a actuar –por expreso mandato constitucional- en materia normativa cuando así lo disponga la Constitución. De ahí que como poderes sometidos a la Supremacía de la Norma Constitucional, deben (y no es que “pueden”, ya que no es facultativo), actuar en acatamiento del mandato constitucional.

Bajo esa tesitura, y desde el punto de vista del mandato constitucional, se puede decir que en el caso de normativa que impone un mandato expreso de ese mismo rango al legislador ordinario para que emita una norma, éste debe actuar buscando siempre desarrollar la materia que le ha sido encargada por la Constitución, con reserva excepcional a él, con estricto apego a la normativa y al bloque de constitucionalidad que integra la Norma Suprema del Estado, siendo que en caso de que obvie tal deber, se estaría omitiendo una actuación positiva a favor de los administrados que a la postre resultaría en una violación al texto constitucional. En este caso, cuando el mandato es expreso al legislador, no existe excusa alguna para que éste no desarrolle el mandato constitucional, y tampoco se puede esconder tras la discrecionalidad propia del Poder Legislativo en materia no dispuesta expresamente por el constituyente, situación que tampoco resultaría válida desde

el punto de vista de la omisión en relación con mandatos constitucionales tácitos, situación que veremos más adelante.

En todo caso, y según Ignacio Villaverde Menéndez, “(...) ningún poder constituido, por definición, puede ser libre y soberano, ni siquiera el legislador. La autonomía del legislador significa que la Constitución le atribuye un margen de discrecional decisión para crear normas y determinar su contenido, para disponer de sus propias normas y de las de rango inferior; pero siempre está presente el deber de respetar el marco constitucional”⁴⁴. De ahí que los poderes discrecionales dispuestos por el propio texto constitucional a favor del Legislativo, no puedan ser interpretados, en el caso de los mandatos expresos de la Constitución, como una excusa atendible para dejar de desarrollar y hacer eficaz el mandato plasmado en la Constitución por el poder constituyente, toda vez que el legislador ordinario se encuentra, también, sometido al Derecho de la Constitución.

En el caso de los encargos tácitos al legislador, también podemos encontrar omisiones que impliquen una violación al texto constitucional, no sólo por el encargo en sí, sino por las implicaciones de la omisión en perjuicio de derechos fundamentales de los administrados.

Este tipo de encargos, denominados por la doctrina “mandatos generales de legislar”, son más del tipo programático que del pragmático. Es el típico caso de las normas constitucionales que no contienen un texto claro en cuanto al deber de ser desarrolladas, por quién y en qué término, y que –en razón de ello- debe abstraerse de ellas tal mandato y encargo al legislador para positivizarlas y hacerlas eficaces.

Los mandatos contenidos en este tipo de normas normalmente obligan al Estado a desarrollar una actividad tendente a resguardar un derecho, pero no en forma inmediata, sino mediata. Obligan al Estado a programarse para cumplir el mandato constitucional y para ello le otorga un tiempo. Sin embargo, al no expresar un mandato expreso, tampoco se indica en la norma el plazo que tiene el legislador para materializar el contenido de la norma constitucional, lo cual implica un problema adicional para establecer una eventual inconstitucionalidad en relación con este tipo de normas.

Lo cierto del caso, es que estas normas que enuncian un mandato tácito, al igual que las cláusulas constitucionales de contenido expreso, son igualmente vinculantes para el

⁴⁴ Villaverde Menéndez, Ignacio. “*La inconstitucionalidad por omisión*”. Editorial Mc Graw Hill. Madrid, España, 1997. pp. 108.

legislador, debiendo cumplirlas si no inmediatamente, en un plazo razonable, para de esa forma lograr que el texto constitucional, lejos de ser simplemente un mero enunciado de principios y valores, se constituya en un verdadero acervo de derechos vivos y oponibles al poder público.

Es esta vinculatoriedad y coercitividad de la norma constitucional, lo que da sustento al reclamo en caso de omisiones legislativas en el desarrollo de normativa de segundo orden, que garantice el acceso a derechos expresa o tácitamente contenidos en la Norma Suprema.

La inercia del legislador puede ocasionar, a su vez, inconstitucionalidad por omisiones absolutas (formales) o relativas (materiales), dependiendo si la omisión es de una u otra variedad. Dentro de las omisiones absolutas encontramos aquellas que se derivan de la inexistencia de una norma que desarrolle el mandato constitucional, lo que en doctrina se denomina “silencio del legislador”⁴⁵, sea cuando éste no se pronuncia u omite su deber de hacer.

Este concepto, según Villaverde Menéndez no puede considerarse como una laguna jurídica, opinión con la que se concuerda, toda vez que las lagunas jurídicas, típicamente, reflejan situaciones que aunque han debido ser –desde el punto de vista jurídico– desarrolladas por normas específicas, no lo han sido por culpa o negligencia del legislador, situación que al ser valorada puede generar, perfectamente, una integración de otras normas para llenar la laguna y solventar la carencia, situación que no sucede en el caso del silencio de éste, el cual se atribuye a un actuar doloso del parlamentario, quien sabiéndose compelido a regular determinada situación por mandato expreso o tácito del constituyente, no lo hace, surgiendo más que una laguna jurídica, una imposibilidad total de integración del ordenamiento positivo, ocasionándose -como consecuencia- una omisión de carácter absoluto que vacía de contenido a la Constitución. Es por ello que se estima que las omisiones absolutas están a cargo del legislador, mientras que las relativas, son a cargo de la ley. Evidentemente éstas se refieren al desarrollo parcial de la norma de segundo orden por parte del legislador, lo que ocasiona lagunas que en el plano técnico de aplicación, al integrar otras normas para llenar tal omisión, puede ocasionar que se incurra en una violación al Derecho de la Constitución, aunque no resulta necesaria tal aplicación por el

⁴⁵ Villaverde Menéndez, Ignacio. “*La inconstitucionalidad por omisión*”. Op. Cit. Pp. 69-77.

operador judicial o administrativo para ello, siendo que tanto las omisiones absolutas como las relativas resultan en una omisión susceptible de ser revisada y corregida en sede jurisdiccional constitucional.

Néstor Pedro Sagüés, en su obra “La inconstitucionalidad por Omisión en la Producción de Normas Generales”⁴⁶, establece una clasificación o tipología de las omisiones inconstitucionales en dos que merecen mención: la inconstitucionalidad por mora y la inconstitucionalidad por negación. Estima que la primera se subdivide en omisión en la decisión de un hecho o acto de tipo individual, y la inconstitucionalidad por omisión en la ejecución. Este tipo de inconstitucionalidades están ligadas a las normas de carácter autoaplicativo, aquellas que deben ser completadas por el legislador sin perder tiempo a fin de que los derechos consagrados en la Ley Fundamental puedan ser ejercidos de manera inmediata, o sea, que puedan ser ejecutados.

Por otra parte, la inconstitucionalidad por negación está referida al caso de las omisiones materiales o parciales –del legislador-, que se producen como consecuencia del desarrollo parcial, y podemos agregar, de la falta de desarrollo de la norma constitucional diferida. Esta inconstitucionalidad es típica en las normas programáticas que establecen un mandato tácito que debe desarrollarse en el tiempo, razonablemente, y cuyo incumplimiento por parte del legislador lesiona específicamente el numeral 33 de la Constitución costarricense, en virtud de que la ausencia de normativa ocasiona una discriminación de grupos específicos dentro de la sociedad que bien podrían verse beneficiados por la cláusula constitucional que enuncia la garantía o el derecho.

⁴⁶ Sagüés, Néstor Pedro. “La inconstitucionalidad por Omisión en la Producción de Normas Generales” en “La inconstitucionalidad por Omisión”. Revista Costarricense de Derecho Constitucional. Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, Costa Rica. Tomo I, junio del 2000. pp. 252-256.

CAPITULO 2. Inconstitucionalidad por omisión del seguro de desocupación.

A lo largo de esta investigación se ha llegado a una serie de conclusiones que, en este capítulo final, resulta importante retomar.

En primer lugar, recalcar la preponderante condición de “Estado Social de Derecho” que ostenta el Estado costarricense. Ha quedado más que demostrado que Costa Rica, sin necesidad de expresar en su Constitución tal estatus, ha apuntado -como fin último de su ser estadual- a la protección de los derechos fundamentales de carácter social, haciendo sentir esa inclinación en las políticas de los gobiernos de turno, en la legislación emanada de la Asamblea Legislativa y, naturalmente, en los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional costarricense como intérprete supremo de la Constitución.

Esa característica innegable e irrefutable del Estado costarricense, plantea un nuevo cuestionamiento: ¿Es la Constitución costarricense de carácter semántico, nominal o normativa?. Esta pregunta, a mi juicio, quedó debidamente contestada al establecer en capítulos anteriores la existencia de normas programáticas y normativas que han sido debidamente implementadas por el Estado en su afán de cumplir con los mandatos de la Constitución. A diferencia de otros países como Honduras, Costa Rica ha desarrollado en torno al texto constitucional una gran cantidad de normativa de segundo orden que ha logrado el desarrollo de los mandatos contenidos en la Constitución, lo que la coloca en un plano totalmente normativo y no semántico ni nominal, desde el punto de vista de la Teoría de la Constitución de Karl Loewenstein.

A partir de este nuevo teorema, desarrollamos una nueva incógnita: ¿Si Costa Rica posee una Constitución totalmente normativa, entonces, por qué a más de cincuenta años de emitida, aún no se ha desarrollado ni discutido legislación alguna en torno a la única norma programática que existe en su texto: el seguro de desocupación? De previo a llegar a esta etapa, entonces, debimos tener por descontado que nos encontramos en presencia de una norma programática, ejercicio que se realizó desde el plano semántico y jurídico, logrando determinar a ciencia cierta que efectivamente, el postulado de los artículos 63, y más enfáticamente el 72 constitucionales, se constituyen en normas de programáticas que vinculan y obligan al Estado a programarse para hacer cumplir sus enunciados. Sin embargo, llama la atención que esta norma programática sea la única en su estilo que ha

dejado de ser desarrollada por el legislador ordinario, aún a pesar de su vinculatoriedad para éste, al punto de que ni siquiera se ha tocado sacado el tema a discusión en la Asamblea Legislativa. En este aparte se concluyó, en definitiva, que las normas que enuncian el seguro de desocupación son vinculantes y, por ende, de obligado desarrollo por el legislador dentro del contexto de un Estado Social de Derecho cuya Constitución es eminentemente normativa.

Esta nueva situación nos llevó a un nuevo cuestionamiento: ¿Es el seguro de desocupación una norma de carácter prestacional y programático? Evidentemente ello quedó demostrado a partir del análisis de estas normas y su contenido. El artículo 73 constitucional, es básicamente prestacional por integración interpretativa de otras normas de carácter social. Los principios de solidaridad y dignidad humanas y los derechos a la igualdad y a una existencia vital en condiciones mínimas (derecho a un mínimo existencial), amén de otros que integran el derecho al seguro de desocupación, lo convierten en un típico derecho prestacional que además, por su redacción -al ser insertado en el texto constitucional-, resulta por demás programático, ergo, vinculante para el legislador.

La coyuntura jurídico lógica que surge de seguido, y que se queda para este capítulo final, es básicamente la que desde ahora se plantea: Al ser el seguro de desocupación un derecho prestacional, contenido en una norma programática establecida dentro de una Constitución de carácter normativo con marcado contenido social, ¿existe, entonces, una inconstitucionalidad por omisión al no desarrollarse legislación alguna tendente a garantizar a la población desempleada involuntaria del país el acceso a este tipo de protección estatal?.

Pareciera suficiente todo lo desarrollado hasta aquí para obtener una respuesta positiva a este cuestionamiento, pero considero de especial importancia aportar al menos dos elementos más a esta discusión para lograr reconfirmar todo lo expuesto.

El primero de ellos está referido a las Actas de la Asamblea Constituyente de 1949.

En dichas Actas se discutió sobre la incorporación de un seguro de desocupación o desempleo involuntario. Aunque la discusión no fue muy extensa, del propio texto se desprende una preocupación, del legislador originario, por incluir en el texto constitucional un seguro de desempleo, y le dio ese rango, precisamente, por la importancia que revestía este tipo de protección, desde la perspectiva de la seguridad social.

Es importante desentrañar el espíritu del legislador originario en relación con el seguro de desocupación, para poder comprender la importancia que esta institución revestía y reviste en un Estado como el costarricense.

La discusión inicial en relación con el seguro de desocupación se dio a instancia de la fracción Social Demócrata, la cual propuso la creación de un nuevo artículo, con el número 67, en la Constitución costarricense, que literalmente dijera: *“Los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho a una indemnización, siempre y cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación”*, moción que el constituyente Monge Álvarez justificó en la importancia de elevar un principio, ya consagrado en la legislación laboral, a rango constitucional⁴⁷.

La discusión se inició y:

“El Representante Montealegre indicó que el principio cabía dentro del artículo que se refiere a seguros donde se le puede dar una redacción más amplia.

El señor Trejos consideró el artículo superfluo (sic.), ya que ese principio se consigna en el Código de Trabajo, sin necesidad de precepto constitucional. Los Diputados Leiva y Morúa indicaron la conveniencia de aceptar el artículo cuya redacción se propone.

*Sometida a votación la moción Social Demócrata, fue aprobada. En consecuencia, el artículo 67 se leerá en la forma indicada anteriormente.”*⁴⁸

Según se puede observar, esta primera discusión en torno al artículo 67 (hoy artículo 63) no implicó mayor complejidad, siendo rescatables algunos aspectos.

Al ser el artículo compuesto, en cuanto a su redacción, pareciera haber llamado a la confusión a los constituyentes. El Diputado Monge Álvarez no es claro al referirse al principio que se elevaría a rango constitucional: ¿la cesantía, que ya estaba incluida en el Código de Trabajo?, o ¿el seguro de desocupación?. Al parecer, tanto el Diputado Monge Álvarez como el Diputado Trejos se referían al derecho a la cesantía, y no al seguro de desocupación, mientras que los Diputados Leiva y Morúa apoyaron la moción sin discusión alguna.

⁴⁷ Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949. Tomo III, Número 123, Artículo 4, pp. 22-23.

⁴⁸ *Ibíd.*

Evidentemente, en este primer análisis, las Actas de la Constituyente no resultan de gran ayuda, y más bien llenan de dudas el ambiente en torno a la voluntad o espíritu original de la norma, ya que solamente el Diputado Montealegre parece haber entendido que la protección principal se refería a un seguro de desocupación y que en su ausencia y mientras no se desarrollara, existiría la cesantía (como protección subsidiaria), de ahí su interés de incluirlo dentro del artículo referente a los seguros a fin de ampliar un poco más sobre el tema, y no incluirlo en la parte correspondiente a los derechos laborales.

En todo caso, la iniciativa Social Demócrata fue aprobada como artículo 67 de la Constitución.

La siguiente oportunidad en que se discutió sobre este artículo fue en el Acta 171, artículo 2. En ella, simplemente, se aprueba la redacción anterior pero la numeración se corrige, asignándole el número 64⁴⁹.

Igual sucede en el caso del Acta 180, artículo 2, en la cual, simplemente se aprueba la misma redacción, pero nuevamente se corrige la numeración, asignándole el número 63, numeral que se mantiene a la fecha⁵⁰.

Por su parte, la discusión en relación con el artículo 72 de la Constitución, refleja un poco más lo que se pretendía con un seguro de desocupación.

En el Acta 124, artículo 2, nuevamente la fracción Social Demócrata presenta una moción para que un nuevo artículo de las Garantías Sociales se lea así: *“El Estado mantendrá un sistema técnico y permanente de asistencia a los desocupados y de reintegración de los mismos al trabajo”*⁵¹.

La redacción inicial de esta norma, a pesar de que no contenía ningún término relativo al fenómeno de la desocupación y su atención estatal, desató -tal vez- la discusión más importante en torno al seguro de desocupación.

La discusión se inició por una iniciativa del Diputado Zeledón quien sugirió que se dijera “desocupados involuntarios”, lo que aceptaron los proponentes. Sin embargo, ello no hizo otra cosa más que avivar la discusión, al punto que se dieron dos posiciones claramente marcadas entre los Diputados Monge Álvarez y Facio, que apoyaban la idea de

⁴⁹ Op. Cit. Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949. Tomo III, Número 171, Artículo 2, pp. 513.

⁵⁰ Ibídem. Número 180, Artículo 2, pp. 612.

⁵¹ Ibídem. Número 124, Artículo 2, pp. 28-30.

un seguro de desocupación, o al menos de la cesantía más un sistema técnico de atención y protección a los desocupados involuntarios mientras no se creara el seguro de desempleo, y los Diputados Chacón Jinesta y Arias Bonilla, quienes alegaban en contra del seguro de desocupación razones meramente económicas para su establecimiento, ya que lo consideraban una carga excesiva para el Estado, no obstante lo cual estimaban que era una forma adecuada para resolver el problema obrero patronal que importaba la cesantía⁵².

⁵² *“El señor Monge Álvarez se refirió a las consecuencias funestas del fenómeno de la desocupación, que no puede ser ignorado por el Estado. Es uno de los problemas más delicados del mundo contemporáneo. Es cierto que en nuestro país no se ha presentado el fenómeno de la desocupación con los caracteres con que se ha presentado en otras naciones, pero no por ello se puede afirmar que Costa Rica está al margen de este problema. De acuerdo con la situación imperante en el mundo actual, en el futuro se puede presentar la desocupación en nuestro país. Ante esa situación planteada, es necesario establecer desde ahora las medidas indispensables para tratar de aminorar los graves efectos, en la economía nacional y privada, del problema de la desocupación.*

El Diputado Chacón Jinesta indicó que le parecía inadecuado llevar a la Constitución el principio que se desea establecer, que viene a significar la ayuda obligatoria por parte del Estado a los desocupados. El fenómeno social de la desocupación –agregó– se presenta generalmente en las crisis (sic.) económicas. Es sabido que en épocas de crisis o depresión, el más afectado es el propio gobierno. De ahí que no podrá hacerse cargo de la asistencia de los desocupados. El Estado en casos de crisis económicas no podrá cumplir con esa obligación.

El Licenciado Facio explicó que en la fórmula general que han sometido al conocimiento de la Cámara no hace referencia al género de asistencia que proveerá el Estado a los desocupados, asunto que se resolverá de acuerdo con las circunstancias y condiciones económicas del Fisco, y especialmente de acuerdo con la naturaleza del fenómeno de desocupación que se presente. La asistencia puede ser mínima o llegar a ser lo suficientemente amplia para que el desocupado y su familia no sufran la falta del salario del primero. Añadió que el principio debe establecerse, ya que se trata de una de las pocas garantías sociales cuya naturaleza no es clasista. Todas las garantías sociales de nuestra Constitución son disposiciones relacionadas con los conflictos obrero-patronales. En cambio, el principio que se propone se sitúa al margen de estos conflictos clasistas, y contempla al obrero cuando precisamente necesita más la ayuda del Estado, cuando pierde el trabajo, al quedar cesante. El momento más trágico del trabajador es cuando se queda sin ocupación. La Constitución debe necesariamente prestar atención a ese problema. Es cierto que en casos de crisis económica sería muy difícil, tanto la asistencia como la reintegración del trabajador a sus labores, pero la dificultad no es óbice para no dejar en la Constitución una fórmula general que deje constancia del interés del Estado por el problema de la desocupación. Se refirió a los métodos empleados por el extinto Presidente Roosevelt para solucionar el grave problema de la desocupación que se le presentó a los Estados Unidos durante la crisis económica mundial iniciada en el año 29. Roosevelt resolvió el grave problema echando mano a una serie de recursos que muchas críticas levantaron, pero que sirvieron para comenzar a atacar el problema: inició obras públicas y una amplia política de subsidios, financiados con déficits presupuestarios.

El Diputado Chacón volvió sobre sus puntos de vista anteriores. Indicó que la manera de resolver el problema de la desocupación no es que el Estado asista al desocupado y a su familia, sino buscándole los medios de trabajo. La función del Estado, fundamentalmente, es de previsión. En algunos países europeos existe un fondo de previsión, que se acumula en las épocas de bonanza, fondo que luego sirve para remediar las necesidades del trabajador en épocas de depresión.

De las discusiones planteadas en el seno de la Constituyente, se pueden extraer varios puntos a favor de la tesis que aquí se plantea.

El primero de ellos es que queda más que claro que la cesantía se constituye en un problema que ha aquejado a diversos sectores de la sociedad costarricense por muchísimo tiempo. Aún hoy día se ha tratado de mejorar el sistema de asistencia por este medio a través de la promulgación de leyes como la Ley de Protección al Trabajador, pero ello no palia el problema que la cesantía envuelve. Los constituyentes tenían muy claro que para el

El Licenciado Arias Bonilla expresó que aún cuando ha sido partidario de evitar la desocupación, no acepta la fórmula propuesta que viene a constituir una carga exagerada para el Estado, aparte de que no es natural ni lógico que sea sólo este último el que asuma todas las responsabilidades. La discusión de este punto –añadió– nos llevará al problema de la cesantía, que tantos conflictos obrero-patronales ha provocado. A pesar de todos los esfuerzos realizados, el problema planteado por la cesantía no se ha podido resolver. No se ha acogido ninguna de las fórmulas propuestas. Ahora se pretende que sea el Estado el que asista a los trabajadores cesantes. Habrá ocasiones, sobre todo en las épocas de crisis, en que el Estado no podrá cumplir con esa obligación. Tal vez la mejor solución sea acudiendo al seguro. Por eso estima que el problema se enfocaría mejor – como en otra ocasión lo planteó el señor Montealegre– llevándolo al artículo 63 que se refiere a los seguros. Indudablemente que la mejor solución del problema de la desocupación es mediante el establecimiento del seguro de desocupación, que se forma por la contribución forzosa del Estado, de los patronos y de los propios trabajadores. Para evitar los conflictos entre patronos y trabajadores debidos a la cesantía, la única fórmula adecuada es mediante el seguro de desocupación.

De nuevo intervino en el debate el Representante Facio. Indicó que todos estaban de acuerdo en que el fenómeno de la desocupación es uno de los más graves y difíciles del mundo contemporáneo. No por el hecho de que nuestro país esté al margen de ese problema como problema normal del mundo industrial, debemos despreocuparnos del mismo. Agregó que estaba de acuerdo con el señor Arias en que la fórmula adecuada y razonable para solucionar el problema de la cesantía estaba en el seguro de desocupación. Por esta razón, su fracción presentó en una de las sesiones anteriores la fórmula –que se aprobó– de que el trabajador despedido injustamente de su trabajo recibirá una indemnización, siempre y cuando no estuviera establecido el seguro de desocupación. Sin embargo, entiendo que el seguro de desocupación es difícil de establecer, máxime en un medio como el nuestro, que no se puede crear de golpe. Por tanto, mientras no se llegue al establecimiento del mismo, el Estado, por los medios más adecuados, debe hacer frente al problema de la desocupación. Aun en los países más organizados y económicamente poderosos como los Estados Unidos, donde los seguros han alcanzado una gran extensión y una gran eficiencia, en el presupuesto cuando la desocupación crece, existe un renglón importante de muchos millones de dólares para hacer frente a la desocupación. ¿Por qué? Porque el Seguro no puede dar abasto por sí solo. En Costa Rica, país como organizado y débil económicamente, el establecimiento del seguro de desocupación sería difícil de alcanzar. La misma Caja de Seguro Social tropieza con una serie de dificultades con los seguros hasta ahora establecidos. Agregó que el problema del auxilio de cesantía es muy difícil. Prácticamente sólo existen dos soluciones para el mismo –como lo ha demostrado en varios artículos que recientemente publicara el Licenciado don Hernán Bejarano– que son: el auxilio de cesantía en la forma establecida y el seguro de desocupación. El ideal sería llegar al seguro de desocupación. Sin embargo, mientras no se logre ese desiderátum, debe establecerse una institución que se haga cargo de esos servicios de protección y reintegración del desocupado al trabajo.

patrono, la carga de la cesantía, se ha convertido, y aún lo es, en el principal generador de irregularidades en materia laboral, ya que no es lo mismo que solamente un actor de la cadena de producción se haga cargo de la obligación de mantener al trabajador cesante, a que sean tres partes las que aportan para ello. De ahí que la cesantía se plantee desde un inicio como una solución momentánea y pasajera, a la espera de establecer un mejor mecanismo de atención y protección al trabajador desocupado involuntario.

Segundo, queda claro que los constituyentes estimaron el alto costo que tendría para el Estado la inserción de un seguro de desocupación en forma inmediata o que operara a partir de su inclusión en el texto constitucional. De tal suerte que lo plantean como una solución a largo plazo y resuelven temporalmente el problema, manteniendo un derecho a la cesantía que se ha perpetuado en contra de la voluntad misma del legislador originario. Es conclusivo que el seguro de desocupación fue programado desde que se pensó su inclusión en el texto constitucional, a fin de que éste fuera desarrollado obligatoriamente por el Estado, en razón de la vinculatoriedad de esta norma constitucional programática.

Por otra parte y como tercer punto, de las discusiones de la constituyente se desprende que es deber del gobierno velar por el bienestar de la población, y es precisamente con fundamento en este deber que se introduce la institución del seguro de desocupación, basado en los principios de solidaridad y respeto a la dignidad humana, así como con base en el derecho a la igualdad. Ello queda de manifiesto cuando el constituyente Monge Álvarez manifiesta que el: *“fenómeno de la desocupación, que no puede ser ignorado por el Estado. Es uno de los problemas más delicados del mundo contemporáneo. Es cierto que en nuestro país no se ha presentado el fenómeno de la desocupación con los caracteres con que se ha presentado en otras naciones, pero no por ello se puede afirmar que Costa Rica está al margen de este problema. De acuerdo con la*

El Licenciado Arias Bonilla se refirió a algunos pasajes del discurso del Diputado Facio. Indicó que el establecimiento del seguro de desocupación no será cosa muy difícil en Costa Rica. En los campos no demandará muchos gastos, ya que el problema de la desocupación entre los trabajadores campesinos es muy reducido. En su mayoría se trata de magníficos trabajadores que fácilmente encuentran ocupación en cualquier parte. En la ciudad el problema es más difícil. Generalmente los malos trabajadores del campo se vienen para la ciudad, agravando así el problema de la desocupación en las ciudades, especialmente en la capital.

Los proponentes acordaron variar su moción en los términos siguientes: “El Estado mantendrá mientras no exista un seguro de desocupación, un sistema técnico permanente de protección a los desocupados involuntarios y procurará la reintegración de los mismos al trabajo.”

Sometida a votación, fue aprobada.” Op. cit. Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949. Tomo III, Número 124, Artículo 2, pp. 28-30.

situación imperante en el mundo actual, en el futuro se puede presentar la desocupación en nuestro país. Ante esa situación planteada, es necesario establecer desde ahora las medidas indispensables para tratar de aminorar los graves efectos, en la economía nacional y privada, del problema de la desocupación”; y más aún cuando el Diputado Facio manifiesta: “La asistencia puede ser mínima o llegar a ser lo suficientemente amplia para que el desocupado y su familia no sufran la falta del salario del primero. Añadió que el principio debe establecerse, ya que se trata de una de las pocas garantías sociales cuya naturaleza no es clasista. Todas las garantías sociales de nuestra Constitución son disposiciones relacionadas con los conflictos obrero-patronales. En cambio, el principio que se propone se sitúa al margen de estos conflictos clasistas, y contempla al obrero cuando precisamente necesita más la ayuda del Estado, cuando pierde el trabajo, al quedar cesante. El momento más trágico del trabajador es cuando se queda sin ocupación. La Constitución debe necesariamente prestar atención a ese problema”.

Queda totalmente claro, entonces, el espíritu del legislador originario. Comentario aparte se merece la relación entre éste y lo que de seguido se expone, cuestiones que se retomarán al final de este capítulo.

Según viene dicho, entonces, existe un deber constitucional a cargo del Estado de programarse para la creación de un seguro de desocupación que venga a paliar la situación angustiante de los trabajadores desempleados involuntarios y a resolver el álgido problema que implica la cesantía.

Sin embargo, dicha programación se ha visto empañada y abandonada por varios aspectos.

Primero, por un exiguo desarrollo legislativo; segundo, por una concepción doctrinaria –a mi juicio- equivocada; y tercero, por una jurisprudencia constitucional nacional que ha desconocido el espíritu de las normas constitucionales y las ha interpretado a contrario sensu. Amén de lo anterior, existe una reticencia en cuanto a tratar el tema pues, desde el punto de vista económico, resulta todo un reto que nadie quiere asumir, por lo que se han venido utilizando excusas que en otros casos –también relacionados con la seguridad social- la propia Sala ha indicado que no es óbice para otorgar el derecho. Me refiero a la reiterada excusa de la falta de recursos (humanos o económicos) para hacerle frente a la obligación de cumplir con el mandato de la seguridad social.

En relación con el primer aspecto, medular para este tema, tenemos la inactividad legislativa. La actitud del legislador ordinario en torno al seguro de desocupación y su regulación efectiva es, prácticamente, de total ignorancia. Y no es cuestión de educación o de conocimiento, sino de ignorar por la acción de omitir regular un derecho que está establecido en la Constitución. Como se había citado anteriormente, el derecho al seguro de desocupación es la única norma programática de la Constitución costarricense que a la fecha –más de cincuenta y cuatro años después de establecida- no ha sido desarrollada. Existe únicamente un artículo, en la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, que menciona dentro de la normativa relativa a los seguros que debe brindar esa Institución, al seguro de desocupación⁵³.

Pero esa simple mención no resulta suficiente regulación o legislación como para que la Administración, o en este caso, la propia Caja Costarricense de Seguro Social, pueda desarrollar vía Reglamentaria ese instituto, ya que no existen parámetros de rango legal que impongan los límites y alcances del desarrollo reglamentario.

De tal suerte que, aunque existe una norma que cita al seguro de desocupación, no se ha dado un desarrollo legislativo que permita su implementación en niveles inferiores de la jerarquía normativa.

A este punto es preciso indicar que la existencia de una única norma no implica un cumplimiento legislativo en cuanto a la obligación impuesta al legislador ordinario de desarrollar este precepto constitucional, por lo que, a pesar de la existencia de ese artículo 2 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, no se ha relevado de tal responsabilidad y las que puedan existir por la omisión de hacerlo.

Otro aspecto que ha cooperado con la no-implementación de un seguro de desempleo es, como se dijo, la concepción doctrinaria equivocada que se maneja en el ámbito nacional.

Uno de los máximos exponentes en Derecho Constitucional costarricense, el Dr. Rubén Hernández Valle, a pesar de concurrir en el criterio de que ésta es una de las normas

⁵³ “Artículo 2. - *El Seguro Social obligatorio comprende los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y **desempleo involuntario**; además, comporta una participación en las cargas de maternidad, familia, viudedad y orfandad y el suministro de una cuota para entierro de acuerdo con la escala que fije la Caja, siempre que la muerte no se deba al acaecimiento de un riesgo profesional.*” Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, número 17 de 22 de octubre de 1943. Fuente: “Master Lex.” M.I.S. Sistemas Maestros de Información, San José, Costa Rica. 2000.

que aún se encuentran sin actuar en nuestra Constitución –más de 50 años después de su inclusión en la Constitución, aún no se ha legislado al respecto- estima que: *“Se trata de un típico derecho prestacional, el cual sólo adquiere virtualidad jurídica y, por ende es exigible por los administrados frente al Estado, en el momento en que éste dicte la legislación correspondiente que lo cree y regule su funcionamiento. Por consiguiente, la falta de cumplimiento de este mandato al legislador no otorga ningún derecho subjetivo a los ciudadanos, los cuales no pueden solicitar su amparo ante la Sala Constitucional, pues mientras no sea creado ni regulado legislativamente, no pasa de ser una pretensión material frente al Estado, carente de tutela jurisdiccional”*⁵⁴.

Este comentario del Dr. Hernández Valle, merece varias consideraciones.

En primer término, el propio profesor Hernández Valle, en su obra ya citada “Las Libertades Públicas en Costa Rica”, indica, en relación con los aspectos fundamentales de la evolución de las libertades públicas, que la etapa más importante corresponde a la evolución de éstas, de libertades a pretensiones materiales frente al Estado, empero, mantiene la posición, desde entonces, de que *“en tratándose de las nuevas pretensiones materiales es necesario que el Estado cree servicios públicos o utilice otros medios para satisfacerlas”*, y propone dos categorías distintas en relación con las libertades públicas: *“las libertades públicas tradicionales, una vez reconocidas, pueden ser ejercitadas inmediatamente, mientras que tratándose de las pretensiones materiales es menester que el Estado establezca primero el servicio público o el medio idóneo para la satisfacción de la necesidad material en cuestión. En otros términos, el administrado no puede ejercitar sus pretensiones frente al Estado hasta tanto éste no cree el servicio público o el medio idóneo que pueda satisfacerlas”*⁵⁵.

Llama poderosamente la atención que este insigne doctrinario costarricense estime, inicialmente, la evolución citada de las libertades públicas como la más importante y relevante, y luego, a pesar de la vinculatoriedad de la norma constitucional, restrinja su ejercicio al desarrollo de segundo orden, e incluso a la disponibilidad y discrecionalidad en el campo económico del Estado. Resulta contradictorio que un precepto constitucional que obliga al Estado a actuar de determinada forma, a programarse para satisfacer determinadas

⁵⁴ Hernández Valle, Rubén. Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y Anotada. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. 1998. pp. 223.

⁵⁵ Hernández Valle, Rubén. “Las Libertades Públicas en Costa Rica”. Op cit. Pp. 31-32.

necesidades, se vea sometido a un desarrollo de inferior rango –sea legislativo- para tenerlo como un derecho exigible al Estado y presumir que éste no existe hasta tanto no se legisle. Es un contrasentido en el tanto y cuanto la norma programática exige precisamente eso, programación del Estado para cumplirla, y si se considera que debe existir un desarrollo legislativo para poder exigirla como pretensión material al Estado, la omisión legislativa en tal sentido implicaría, en el tiempo, un vaciamiento del derecho fundamental –o en este caso de la garantía social- establecido en el texto constitucional. Podrían pasar muchos años más de los que hasta la fecha han discurrido, sin que el legislador apruebe una normativa que lo desarrolle, situación que ya de por sí, y por el paso del tiempo, se erige como una lesión a las garantías sociales establecidas en protección de derechos fundamentales, por omisión legislativa.

Incluso, el propio Rubén Hernández Valle en su obra “El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica”, indica que *“el incumplimiento del Estado para satisfacer los intereses materiales que integran los derechos prestacionales, encuentra un posible remedio, desde el punto de vista jurídico, en el ámbito de las omisiones legislativas”*⁵⁶, y cita dos posiciones en relación con dicha solución jurídica.

La primera de ellas es la planteada por José Julio Fernández Rodríguez quien sostiene que *“la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”*⁵⁷. En relación con este planteamiento, el Dr. Hernández Valle se extiende en críticas, indicando que “Esta concepción restringida presenta varios defectos. Primero está elaborada en forma teórica, sin fundamento en un ordenamiento específico, pues en España no está prevista legislativamente la inconstitucionalidad por omisión. En segundo lugar, tiene dos elementos que, en nuestro criterio, no corresponden a la realidad del instituto, al menos como está prefigurado en el ordenamiento costarricense. El primero de ellos es la necesidad de que la omisión se haya producido, según el citado autor, ‘durante un tiempo excesivamente largo’. El tiempo de la inactividad legislativa no es realmente un criterio jurídico valedero para

⁵⁶ Hernández Valle, Rubén. “El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica”. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica, 2001. Pp. 496.

⁵⁷ Fernández Rodríguez, José Julio citado en Hernández Valle, Rubén. “El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica”. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica, 2001. Pp. 496-498

definir si una omisión es susceptible de ser impugnada por vicios de inconstitucionalidad. En realidad basta con la existencia de la omisión, sin que tenga ninguna trascendencia el tiempo transcurrido desde que se promulgó la Constitución y el momento en que se invoca jurisdiccionalmente aquella. En segundo lugar, restringir la omisión sólo a aquellas ‘normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo’ limita sin fundamento válido las posibilidades de aplicación de este instituto, pues en todo ordenamiento constitucional existen numerosos principios y disposiciones –sobre todo en materia cubierta por los mal llamados derechos prestacionales- que, sin estar concebidas como normas de concreto desarrollo, establecen directrices al Estado para satisfacer importantes pretensiones materiales de los ciudadanos. Además, la expresión ‘obligatorio desarrollo’ es, en el fondo tautológica, pues todos los principios y normas constitucionales son de ‘obligatorio desarrollo’. De lo contrario habría que admitir que algunas de ellas carecen de eficacia jurídica”⁵⁸.

Esta última y más reciente posición de Hernández Valle, resulta contradictoria con el discurso que desde sus inicios como doctrinario de los derechos fundamentales y del Derecho Constitucional, había venido sosteniendo. Da un vuelco total a su posición inicial, y se inscribe en la teoría de las violaciones constitucionales por omisión en el caso específico de los derechos prestacionales y de las normas programáticas.

Sin embargo, persiste una reticencia total en el ámbito legislativo para tratar el tema, amén de que en sede jurisdiccional constitucional, tampoco se ha tratado a profundidad, limitándose la Sala Constitucional a emitir criterios que resultan en contradicciones con la más calificada doctrina, e incluso, con el propio texto constitucional.

Por ejemplo, no obstante que líneas arriba se desentrañó la voluntad del legislador originario en el caso del seguro de desocupación, y que muy claramente se estableció en las Actas de la Asamblea Constituyente de 1949 que la cesantía era una solución pasajera mientras el Estado proveía a la clase trabajadora de un seguro de desocupación, la Sala Constitucional ha emitido sentencias en las que, de un plumazo, varía todo el marco histórico y jurídico de la Constitución, interpretándola al revés dando a entender que, lo que dice el articulado referido establece, en pocas palabras, que mientras exista la cesantía no hace falta un seguro de desocupación.

⁵⁸ Hernández Valle, Rubén. “*El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica*”. Op cit. Pp. 497.

Incluso, se ha permitido indicar que como no se ha desarrollado el seguro de desocupación, no existe derecho alguno para reclamar su obtención en esa vía, llegando incluso a la miopía de obviar la cita que se hace del seguro de desocupación en el artículo 2 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social⁵⁹.

En otras oportunidades ha respaldado la antigua y desacertada tesis del profesor Hernández Valle, en el sentido de que, al no existir legislación desarrollada, no existe la cobertura del seguro de desocupación; e incluso, se exime de responsabilidad al Poder Ejecutivo y a la Caja Costarricense de Seguro Social, a pesar de que el mismo artículo 73 párrafo segundo, confiere total autonomía de gobierno y administración a esa institución autónoma estatal, trasladando la lesión del derecho al legislador ordinario pero sin declarar tal responsabilidad⁶⁰. Importante en relación con esta resolución, es resaltar el hecho de que *ab initio* se reconoce la existencia del derecho del trabajador a obtener el seguro de desocupación de parte del Estado y la consecuente obligación constitucional de éste de proveerlo.

Como muestra de que el tema realmente no ha sido tan pacífico en el Tribunal Constitucional, eso sí, sin resolver el problema de la inconstitucionalidad por omisión del seguro de desocupación, en 1998 se emitió la sentencia número 6445-98 de las once horas nueve minutos del cuatro de setiembre de ese año, en la cual –al igual que se hizo en la número 1070-91- se reconoce la existencia del seguro de desocupación a favor de los desempleados involuntarios, y se declara, incluso, la existencia legislativa de dicho instituto

⁵⁹ “(...)III.- Por otra parte, en lo que se refiere al alegato del accionante respecto de la negativa de la Caja Costarricense del Seguro Social a pagarle un seguro de desempleo, estima la Sala que tal planteamiento es también improcedente por cuanto ese tipo de seguro no existe en nuestra legislación y menos a cargo de la institución recurrida la que, de acuerdo con la normativa existente, únicamente se encarga de lo relativo a los seguros de invalidez, vejez, muerte, maternidad y enfermedad. (...)” Sentencia número 6188-00 de la Sala Constitucional de Costa Rica de las dieciséis horas con treinta y seis minutos del dieciocho de julio del dos mil.

⁶⁰ “Si bien es cierto que la protección del trabajador contra la desocupación involuntaria, es un derecho que a su favor establece la Constitución Política irrenunciable conforme a los principios y las leyes laborales también lo es que su posible violación, por la omisión de creación de un seguro de desempleo y del establecimiento de un sistema técnico permanente de protección al desocupado involuntario, no es atribuible, como se pretende, al Poder Ejecutivo; toda vez que para su creación se requiere de la promulgación de normas de rango legal por la Asamblea Legislativa. La que no puede ser sustituida - en ningún caso - en esa función por el Ejecutivo.” Sentencia número 1070-91 de la Sala Constitucional de Costa Rica de las quince horas doce minutos del siete de junio de mil novecientos noventa y uno.

dentro de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social (artículo 2)⁶¹, restando, únicamente, su desarrollo a nivel reglamentario por parte de dicha Institución, amén de indicarle al Presidente Ejecutivo de esa autónoma, que no lleva razón *“en alegar que la misma no tiene la obligación de desarrollar este seguro de desempleo involuntario o que en última instancia no lo permiten sus recursos materiales y humanos, toda vez, que la ley siempre debe aplicarse y principalmente en este caso que deriva de una norma constitucional. Sin embargo, al no ser esto materia de amparo, lo procedente es únicamente declarar sin lugar el recurso”*.

En este caso particular, el recurso fue desestimado por la situación particular de la amparada, quien voluntariamente renunció a su trabajo, pero cabe cuestionarse ¿qué hubiese sucedido, si en su lugar quien recurre fuera una persona que quedó cesante

⁶¹ *“II.- De los autos en mención hay que determinar que efectivamente la Constitución Política en el artículo 63 establece que los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho a una indemnización cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación. Siendo el espíritu de los constituyentes en el acta No. 124 (visible en folios 30 y 31 del expediente), que el Estado brinde una asistencia a los desocupados de acuerdo a las circunstancias y condiciones económicas del Fisco y de acuerdo con la naturaleza del fenómeno de desocupación que se presente. Que el principio social que rige esta disposición es la ayuda que hay que brindarle al obrero cuando pierde el trabajo, o sea al quedar cesante. Seguro que se pretendió establecer como contribución forzosa del Estado, de los patronos y de los propios trabajadores. (Así consta en folio 30, en el acta No.124 de la Asamblea Legislativa). Que en busca de concretar materialmente dicho mandato constitucional, se dispuso en la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social en su artículo 2 lo siguiente: "El seguro social obligatorio comprende el riesgo de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y desempleo involuntario...", debiéndose por tanto desarrollar en forma reglamentaria las disposiciones que determinarían la aplicación de este seguro y sus efectos prácticos.*

III.- Asimismo hay que establecer que este seguro nace constitucionalmente de una razón primaria que es el hecho de que el trabajador haya sido despedido sin justa causa, razón lógica y delimitante para la aplicación de este tipo de seguro. En el caso que amerita, si bien es cierto este mandato constitucional no ha sido aplicado por el Estado, la legitimación para poder acceder a éste deriva del hecho de haber sido despedido sin justa causa, situación que no reúne la recurrente, razón por la cual pierde legitimación para su solicitud, ya que en ningún momento consta en autos que haya sido despedida, sino mas bien refiere que dejó de laborar voluntariamente. No siendo de recibo la referencia a su enfermedad, por cuanto para ese motivo existen otra serie de procedimientos que le permiten al trabajador dejar de laborar y percibir alguna remuneración, como el hecho de incapacitarse hasta lograr una pensión en los casos en que sea por problemas de salud. IV.- A criterio de esta Sala no lleva razón el recurrido, en alegar que la misma no tiene la obligación de desarrollar este seguro de desempleo involuntario o que en última instancia no lo permiten sus recursos materiales y humanos, toda vez, que la ley siempre debe aplicarse y principalmente en este caso que deriva de una norma constitucional. Sin embargo, al no ser esto materia de amparo, lo procedente es únicamente declarar sin lugar el recurso.” Sentencia número 6445-98 de la Sala Constitucional de Costa Rica de las once horas nueve minutos del cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

involuntariamente?; ¿se habría aplicado lo estipulado en los artículos 30 inciso a), 48, y 73 inciso f) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional en relación con la conversión del amparo?.

Lamentablemente no. Cinco años después de la sentencia supra citada, este mismo Tribunal, al conocer del recurso de amparo número 03-006150-0007-CO, emitió la sentencia número 7927-03 de las diez horas treinta minutos del primero de agosto del dos mil tres, en la cual, a pesar de que quienes recurrieron alegaron ser desempleados involuntarios (supuesto que ocasionó el rechazo del amparo 98-004302-0007-CO, sentencia 6445-98, con denegatoria del trámite de conversión), se rechazó el recurso de plano – conforme a lo establecido en el artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional-, indicando al efecto que los recurrentes no demostraron su condición de desempleados⁶². Incluso se menciona la necesidad de existencia de un acto administrativo eficaz que viole o amenace violar los derechos fundamentales de los amparados, justificación que, a la luz de todo lo que se ha venido exponiendo, resulta irrisoria, ya que como se ha visto las actuaciones administrativas pueden tener manifestaciones positivas o negativas, traduciéndose respectivamente en acciones u omisiones, que igualmente lesionan derechos fundamentales.

No obstante tan lamentables decisiones, es de rescatar que la Sala Constitucional en las sentencias citadas, ha reconocido aspectos importantes que perfilan el instituto del seguro de desocupación dentro del mismo esquema que se ha venido planteando en este documento.

Primero, desde 1991, el Tribunal Constitucional costarricense ha indicado, en reiteradas ocasiones, que sí existe un derecho del trabajador a un seguro de desocupación por mandato constitucional. De igual forma, ha sostenido que al trabajador desempleado

⁶² “Único . - Sobre la admisibilidad. Si bien en su libelo los recurrentes indican haber acudido a los Poderes Ejecutivo y Legislativo para que “efectivamente” se les otorgaran los derechos contenidos en el artículo 72 de la Constitución Política, lo cierto es que no aparece prueba de ello, de allí que, de conformidad con el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para la procedencia del amparo, y bajo las mismas argumentaciones de los recurrentes, se exige como requisito la existencia de un acto administrativo eficaz que viole o amenace violar los derechos constitucionales que se protegen a través del amparo. En el caso en estudio, no se ha probado la existencia de tal acto, y además, por la naturaleza de lo impugnado, no resulta el amparo la vía correspondiente para este tipo de alegatos. Así las cosas, procede rechazar de plano el recurso.” Sentencia número 6927-03 de la Sala Constitucional de Costa Rica de las diez horas treinta minutos del primero de agosto del dos mil tres.

involuntario, le asiste el derecho a reclamar tal derecho; y, finalmente, ha establecido que tal instituto debe desarrollarse por el Estado en protección del trabajador desempleado involuntario, trasladando la responsabilidad de su falta de implementación al Poder Legislativo, en una oportunidad, y a la propia Caja Costarricense del Seguro Social, en otra ocasión. Amén de lo anterior, ha situado a la figura del seguro de desocupación dentro del marco de los derechos prestacionales y de las normas programáticas.

Sin embargo, ha faltado el paso definitivo. La consideración del Tribunal Constitucional costarricense respecto a la omisión que ya, de por sí, ha reconocido en sus sentencias al indicar que no existe legislación o desarrollo alguno del instituto. Se ha excusado en todas y cada una de las posibilidades que la propia Ley le otorga para evadir discutir el tema, igual que el Legislativo y la propia Caja Costarricense de Seguro Social, en detrimento de los derechos fundamentales de quienes pueden, eventualmente, acceder a dicha garantía constitucional.

En suma, a lo largo del desarrollo de este capítulo final, hemos logrado evidenciar importantes cuestiones relacionadas con la inconstitucionalidad por omisión del seguro de desocupación que refuerzan la tesis inicial.

En un primer punto, situamos a la voluntad del legislador originario, el cual con claridad meridiana estimó la imposibilidad del Estado de negar a los trabajadores desocupados involuntarios tal garantía, elevándola incluso a rango constitucional, desprendiéndose de tales manifestaciones y contenido, la obligatoriedad -a cargo del Estado- de desarrollar dicho instituto.

Del propio contenido de las actas de la Constituyente de 1949, se desprende el carácter prestacional y programático de la normativa relativa al seguro de desocupación, lo cual, aunado a la obligatoriedad expuesta en el párrafo anterior, se constituyen en el marco típico de una Constitución normativa y no nominal o semántica.

El contenido de las discusiones que se plasmaron en las Actas de la Constituyente, deja claro el sentido social y de protección al principio de respeto a la dignidad humana y a la igualdad que son estandarte del Estado Social, Democrático, Constitucional y Ecológico de Derecho que existe en Costa Rica, pretendiendo hacer valer, como eje del sistema social, el derecho del trabajador a vivir con dignidad, así sea, a partir de garantizarle un mínimo existencial.

Si a tales elementos le agregamos otros tales como la actual posición doctrinaria de un calificado jurista nacional como Rubén Hernández Valle, quien estima que el tiempo de la inactividad legislativa no es realmente un criterio jurídico valedero para definir si una omisión es susceptible de ser impugnada por vicios de inconstitucionalidad; que en realidad basta con la existencia de la omisión, sin que tenga ninguna trascendencia el tiempo transcurrido desde que se promulgó la Constitución y el momento en que se invoca jurisdiccionalmente aquella; que, en todo ordenamiento constitucional existen numerosos principios y disposiciones –sobre todo en materia cubierta por los mal llamados derechos prestacionales- que, sin estar concebidas como normas de concreto desarrollo, establecen directrices al Estado para satisfacer importantes pretensiones materiales de los ciudadanos; y que, además, la expresión ‘obligatorio desarrollo’ es, en el fondo tautológica, pues todos los principios y normas constitucionales son de ‘obligatorio desarrollo’, porque de lo contrario habría que admitir que algunas de ellas carecen de eficacia jurídica, estamos ante un contenido que rotunda y definitivamente, obliga al Estado y sus instituciones a desarrollar la normativa relativa al seguro de desocupación. A contrario sensu, la falta de desarrollo de dicho instituto, o más claramente, la omisión en desarrollarlo, se constituye en una lesión a los derechos y garantías que dichas normas constitucionales enuncian a favor de ese sector de la población, ocasionando una inconstitucionalidad por omisión por vaciamiento de contenido de una norma constitucional, tornando –irremediablemente- en ineficaz el mandato de la Norma Suprema.

Sin embargo, y muy a pesar de tan contundentes argumentos, la Sala Constitucional costarricense, tutelar supremo de los Derechos y Garantías Fundamentales contenidos en el texto constitucional, ha omitido dar el paso que, como tal, debe, tratando el tema de forma velada e incierta, sujetando su proceder a meros e irrisorios criterios de legitimación para accionar –cabe decir que válidos en algunos casos, pero inaceptables en otros- buscando la forma de evadir su responsabilidad y mandato. En su jurisprudencia ha hecho aportes importantes para respaldar esta tesis, apuntándose a la actual doctrina nacional e incluso estableciendo responsabilidades legislativas o administrativas por la falta de desarrollo del instituto en cuestión, pero omitiendo inexplicablemente el mandato contenido en el artículo 10 y 48 constitucionales y en el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Como garante del Derecho de la Constitución, su función –por sobre todo otro criterio-

debe buscar velar por el cumplimiento de las normas contenidas en el texto constitucional, y si bien es cierto que para ello deben considerarse cuestiones de carácter político, social y económico, éstos criterios no pueden ser el eterno óbice para pronunciarse en relación con una garantía de rango constitucional, obligatorio y vinculante para el gobierno de la República, que a pesar de imponer a éste su desarrollo paulatino, por su carácter programático, a más de cincuenta y tres años de establecido, aún no se ha –tan siquiera– tocado el tema con el compromiso y disposición que amerita el respeto a una norma constitucional. Lamentablemente, parece que no existe voluntad alguna para ello, de parte del Poder Legislativo, del Ejecutivo y, aún peor, del propio Tribunal Constitucional.

De tal suerte que, a pesar de lo obvio que resulta la conclusión que sí existe una inconstitucionalidad por omisión en el caso del seguro de desocupación, en el horizonte no se vislumbra claridad en cuanto al futuro de este instituto en el plano legislativo, en el administrativo y tampoco en el jurisdiccional constitucional.

Si el temor primordial del Tribunal Constitucional es que con su decisión se obligue al Estado a hacer una erogación insoportable para las arcas gubernamentales, lo cierto del caso es que, a pesar de que dicha situación es de tomar en consideración, lo cierto del caso es que la Sala no estaría legislando, sino solamente encargando al Legislativo o al Ejecutivo –cuando pueda ponerse de acuerdo a quién le corresponde la responsabilidad del desarrollo de este instituto- que dentro de un término razonable aborde el tema y haga efectivo el mandato constitucional. El derecho político y la técnica legislativa, serán los encargados de crear el sistema de un seguro de desocupación, sea a la usanza Canadiense, con un sistema integrado o interinstitucional que funciona mediante tiquetes; como el suizo, que funciona mediante el sistema de subsidios hasta por un tiempo limitado; como el alemán, totalmente patriarcal, al punto de casi colapsar el sistema por falta de fondos; o bien, muy al estilo costarricense, totalmente sui generis y ajustado a la idiosincrasia y situación nacional.

Lo cierto del caso es que el tema debe abordarse, debe enfrentarse y resolverse, no solamente para saldar un problema jurídico-constitucional como el que se plantea en este trabajo, sino para garantizar el acceso, a los habitantes de la República que se han quedado sin trabajo de forma involuntaria y a quienes el Estado no les puede proveer de otras opciones, a niveles de vida que, aún en un mínimo vital, les permita vivir con dignidad.

TITULO V: ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE ALGUNOS MODELOS DE SEGURO DE DESOCUPACIÓN Y POSIBLE SOLUCIÓN PARA COSTA RICA.

CAPITULO 1. Análisis Comparativo entre algunos modelos de Seguro de Desocupación de América y Europa.

Saldado el problema jurídico, y por lo imperioso de su solución ante la evidente inconstitucionalidad por omisión, amén de que el tema abarca otras ramas del conocimiento humano como la economía y la política, se estimó necesario hacer un breve análisis de algunos modelos de seguro de desocupación, quizás los más significativos de Europa y América, a fin de vislumbrar una posible solución pacífica en esas esferas y para el caso costarricense⁶³.

Es evidente que, quizás, el mayor temor que aqueja a los principales actores inmersos en este tema (gobierno, patronos y Tribunal Constitucional), lo constituye el económico. La determinación del *quantum* y del cómo se puede establecer este sistema de seguridad social, debe reconocerse que es escabroso. Según vimos en las citas que se hicieron de las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, el problema del compromiso patronal respecto de las cargas sociales resultaba asfixiante, aún en aquella lejana época, y el problema de desocupación ya existía, tal vez no tan grave como actualmente, pero aún así era, de por sí, un flagelo social al que había que dar solución, si no inmediata, al menos a largo plazo, y por ello se insertó la disposición constitucional que garantiza el acceso a un seguro de desocupación. Empero, el fantasma de la economía decadente y de la falta de financiamiento de la Caja Costarricense de Seguro Social y sus seguros y pensiones, subsiste a la fecha, cual espada de Damocles que impide tomar una decisión definitiva en este campo.

Esta visión fatalista de la economía en un país en vías de desarrollo, resulta poco alentadora respecto, no sólo de la institución en estudio, sino también de todo el sistema de seguridad social. No obstante, la experiencia de otros países de este continente y del

⁶³ Véanse los cuadros comparativos que constan en los anexos 1 a 3, visibles de la página 132 a la 138 de este trabajo.

europeo, ha demostrado que sí es posible instaurar y mantener un sistema de protección al trabajador desempleado, aunque las circunstancias económicas y sociales sean difíciles, o simplemente cambien.

Para nadie es un secreto que un régimen social, como el que gozamos en Costa Rica, requiere de financiamiento para poder sostenerse. Cuestiones como el índice de inflación, la explosión demográfica, las inmigraciones, las devaluaciones monetarias frente al dólar y las tasas de desempleo, son temas que no dejan de preocupar a los Estados cuando se tiene el compromiso de mantener derechos o garantías sociales a favor de la población. A pesar de ello, Estados tradicionalmente Sociales como el Alemán, aún luego de la caída del muro de Berlín y la unificación de las Alemanias (con las consecuencias sociales propias de un fenómeno tal) ha logrado mantener y garantizar a sus habitantes el acceso a un seguro de desocupación.

El cómo lo han hecho otros Estados es lo que veremos a continuación.

Iniciemos con los países europeos. En **Alemania**, el seguro de desocupación o *Arbeitslosengeld*, se financia a través de cuotas de empleadores a razón de un 3.15% y de los asalariados en 3.15%, amén de un régimen de subvenciones públicas para cubrir el déficit. En **España** la Prestación por Desempleo, Nivel Contributivo, se financia mediante cuotas de empleadores de un 5.6 %, sea un 5.2% más un 0.4% destinado al Fondo de Garantía Social y cuotas de los asalariados en razón de un 1.1%. En el caso **Francés**, los fondos para el instituto de estudio, denominado en su idioma *Allocation de base (AB)* y *Allocation de fin de droits (AFD)*, se obtienen de un 4.51% de cuotas de empleadores y un 2.83% de los asalariados. **Holanda**, por su parte, financia el seguro de desempleo, (*Werkloosheids Uitkering (WW)*) en su idioma, mediante cuotas de empleadores en razón de un 1.44% y de los asalariados en un 1.04%, siendo que existe una variación según la industria y con un tope determinado. Finalmente, **Gran Bretaña**, financia su *Unemployment Benefit (UB)* a través de cuotas progresivas de empleadores y asalariados al Fondo de Seguro Nacional.

En Norteamérica, el sistema de financiamiento de la institución en estudio se maneja de la siguiente forma. En el caso de los **Estados Unidos de Norteamérica**, la fuente de financiamiento de este seguro es una combinación de impuestos estatales y federales, determinados por la Ley de Impuesto Federal para el Desempleo (*Federal*

Unemployment Tax Act o FUTA, por sus siglas en inglés). Por su parte, en **Canadá**, la prima del *Employment Insurance (EI)* es pagada por el empleado, a una tasa del 2,25% del ingreso, hasta un máximo de 39.000 dólares canadienses por año.

En los países del sur de América, como **Chile**, el Seguro de Desempleo se financia con el 2,4% de la remuneración del trabajador, aportado en un 1,6% por el empleador y en un 0,6% por el trabajador, aporte que está respaldado por un Fondo Solidario constituido por aportes fiscales del orden de 10 millones de dólares, aportados en cuotas mensuales, más el 0,8% aportado por los empleadores, lo que eleva la cotización, a cuenta de las empresas, al 2,4% del salario del trabajador.

En el caso **Colombiano**, el Seguro de Desempleo se constituyó como un seguro comercial, al estilo de un seguro de vida o de automóviles, pero con inclinación social. Aunque no es, técnicamente, un seguro de desempleo, de alguna forma palia la situación del trabajador frente al crédito hipotecario de vivienda de interés social, ante la eventualidad del desempleo involuntario. Valga anotar a este punto que algo similar es lo que se ofrece actualmente en el mercado de seguros costarricense, sin que por ello podamos decir que efectivamente existe un seguro de desocupación en los términos que lo establece la Constitución Política. Volviendo al caso colombiano, este seguro se financia a través de una póliza colectiva cuya prima cubre el trabajador al constituir el crédito.

Todos los países citados tienen condiciones de acceso al instituto, que lo que buscan es, de alguna manera, capitalizar los respectivos Fondos que administran los aportes, y contener (de alguna forma) el desempleo, especialmente en aquellos regímenes que no sólo cubren el involuntario, sino también la desocupación voluntaria. Así, en **Alemania**, el acceso a este seguro impone al menos 360 días de cotización durante los últimos tres años; en **España**, 6 meses de cotización en los últimos cuatro años; en **Francia**, según la edad y la duración del período cotizado, con un mínimo para el AFD de al menos 6 meses de cotización; en **Holanda**, se requieren al menos 26 semanas de empleo durante los 12 meses anteriores al desempleo; y en **Gran Bretaña**, haber cumplido, dentro de los dos últimos años con cuotas, al menos, 50 veces al tope mínimo de ingresos semanales.

Por su parte, en **Estados Unidos**, siempre pragmáticos, es el Estado el que determina la elegibilidad de los candidatos a beneficios; por ejemplo, empleados que hayan provocado su condición de desempleo, aunque de otra manera calificarían para los

beneficios de desempleo, no podrán recibirlos. Los beneficios de desempleo están determinados también de acuerdo a grupos, por ejemplo personal civil y militar, etc. La Oficina de Desempleo Estatal es la que procesa la solicitud del desempleado, pero a cambio, la persona debe informar los esfuerzos que esté realizando para obtener un nuevo trabajo. Los pagos y condiciones de búsqueda de reintegrar al empleado al mercado de trabajo está bajo la dirección y supervisión del Estado de residencia del empleado. Como regla general las solicitudes de desempleo deben presentarse en un período menor de 7 días de la fecha de despido, a menos que exista una buena causal del retraso. Luego, esta aplicación debe renovarse bisemanalmente, generalmente por correo. **Canadá**, en cambio, requiere haber trabajado un mínimo de 420 horas con anterioridad en regiones de más alto desempleo y 700 horas en las de más bajo desempleo. Aquellos que hacen uso del seguro por primera vez tienen que haber trabajado un mínimo de 910 horas, al igual que aquellos que estuvieron fuera de la fuerza laboral durante más de dos años.

En **Chile**, país en que el Seguro de Desempleo se trata como un seguro universal, se establece que el seguro comienza a funcionar cuando el trabajador queda cesante, ya sea por causa voluntaria (renuncia), o involuntaria (despido). En el caso que el trabajador renuncie, tendrá derecho a retirar giros mensuales de su cuenta individual de cesantía, siempre y cuando tenga acreditadas 12 o más cotizaciones en forma continua o discontinua. Los montos de los giros son variables y dependen de la remuneración y antigüedad de cada trabajador. Para poder acceder al Fondo Solidario, el trabajador tiene que haber sido despedido, contar con 12 cotizaciones continuas y encontrarse cesante. Si reúne estas condiciones, podrá cobrar el seguro por un máximo de 5 meses, recibiendo, el primer mes, una renta equivalente al 50% de su última remuneración; el segundo, tercer, cuarto y quinto mes, los porcentajes son 45%, 40%, 35% y 30%, respectivamente. Sin embargo, el Fondo Solidario establece límites mínimos y máximos de pago, así, ningún trabajador recibirá menos de 65.000 ni más de 125.000 el primer mes. Los trabajadores que son contratados por obra o faena están exceptuados de cotizar el 0,6% de su remuneración, ya que todos los aportes a sus cuentas serán de cargo exclusivo de su empleador (3% de su remuneración). Tendrán derecho a retirar todos los recursos acumulados en sus cuentas de una sola vez cuando concluya su contrato y hayan acumulado 6 cotizaciones continuas o discontinuas. En **Argentina**, el acceso al seguro se da al haber aportado al

Fondo Nacional de Empleo durante un período mínimo continuo o discontinuo, en el caso de los trabajadores permanentes, de 12 meses de los últimos tres años anteriores a la finalización del contrato de trabajo que dio lugar a la situación legal de desempleo; en el caso de trabajadores contratados a través de empresas de servicios eventuales, 90 días durante los 12 meses anteriores a la finalización del contrato de trabajo que dio lugar a la situación legal de desempleo; en el caso de los trabajadores eventuales, haber aportado mínimo 12 meses en los últimos tres años anteriores al cese, o acreditar 90 días de los últimos 12 meses anteriores a la finalización del contrato de trabajo que dio lugar a la situación legal de desempleo, y poseer el Código Único de Identificación Laboral (CUIL) definitivo.

El caso **Colombiano** no se continuará tomando como parámetro de comparación, pues según se dijo, técnicamente, no constituye en sí el instituto del seguro de desempleo.

Ahora bien, este seguro de desocupación está regido por niveles de prestación, sea qué porcentaje se le da al trabajador desocupado; y duración, sea el tiempo por el cual recibirá la prestación social. En **Alemania** el nivel de prestación es de un 68% del salario neto con un tope y la duración es de 156 a 831 días según el período cotizado y la edad; en **España**, el primero es de 80% del salario mínimo obligatorio, no sujeto a impuestos con un tope equivalente al 170%, y la duración es de 3 a 24 meses según el período cotizado, con una tasa decreciente del 20% para el segundo año. En **Francia** el AB es del 40% del salario más la suma global, y el AFD es un monto fijo, con sujeción a impuestos, y la duración de la prestación es, en el AB, 3 a 45 meses decreciente; y en el AFD, 6 a 27 meses, ambos según la edad y el periodo cotizado. Para los **Holandeses**, el seguro de desempleo cubre hasta el 70% del salario, sujeto a impuestos, y su duración va de 6 meses a 5 años según la antigüedad y la edad: 70% del salario mínimo durante otro año. Para el caso **Británico**, el nivel de prestación equivale a un monto fijo más un complemento por adultos dependientes, y está sujeto a impuestos; su duración es por un año.

En este continente, y en el caso de los Estados Unidos, la cantidad del pago por desempleo variará de Estado a Estado, ya que cada cual tiene su propia fórmula de cálculo y un tope del montante que cada candidato a este beneficio puede recibir. El promedio de los pagos máximos está entre 133 y 362 dólares semanales, dependiendo del sueldo antecedente del empleado, mientras que los pagos mínimos caen en el rango de 5 a 87

dólares semanales. En la mayoría de los Estados la base para calcular el monto del seguro de desempleo es el acumulado de los primeros cuatro trimestres aportados de impuestos (FUTA) al programa. Mientras que en casi la mitad de los estados de EE.UU. se requiere una base mínima para calcular los beneficios de 1.5% de los salarios más altos del trabajador. Los beneficios de desempleo pueden verse reducidos o limitados si el individuo recibe otro tipo de ingresos tales como compensación por incapacidad laboral, pensiones, etc., y todos los ingresos por desempleo son tasables por el impuesto federal sobre la renta (Federal Income Tax); su duración puede variar entre 1 y 39 semanas, pero el promedio es de 26 semanas. En momentos de altos niveles de desempleo nacional es posible que un desempleado califique al programa especial de extensión por 13 semanas adicionales. En el caso **canadiense**, el pago es del 55% del ingreso promedio anterior, con un tope de 413 dólares canadienses por semana, y se extiende de 14 a 45 semanas dependiendo de la tasa de desempleo en la región y de los aportes hechos en las 52 semanas anteriores.

En el cono sur, **Argentina** estableció como monto de la prestación una remuneración neta mensual, normal y habitual de los últimos 6 meses trabajados, y cuyo importe no puede superar los 300 pesos, ni ser inferior a 150. Si el beneficiario tiene cargas de familia, percibe además de la cuota básica, las Asignaciones Familiares Ordinarias y Extraordinarias que le correspondan durante la vigencia de la prestación, la cual se extiende en relación con el tiempo efectivamente trabajado y cotizado a la Seguridad Social - Fondo Nacional de Empleo - en los últimos tres años anteriores a la finalización de la relación laboral que dio origen a la situación legal de desempleo. **Chile**, por su parte, cancela por concepto de seguro de desempleo, sobre la base de su cuenta individual de capitalización y después de doce meses de cotización, y por el término de cinco meses en forma decreciente, una renta aportada por la Sociedad Administradora del Seguro equivalente al 50% del promedio de sus remuneraciones del último año.

Según se ha podido demostrar a partir de este breve estudio comparativo (esquemático en el aparte de anexos), todos los países analizados tienen sus sistemas basados en las condiciones propias de sus economías, con aportes distintos, condiciones de prestación y duración distintas, y remuneraciones distintas. Incluso, el nivel de prestación no es del 100%, siempre es inferior y calculado sobre la base de años laborados, años cotizados o últimos salarios devengados, lo cual hace más flexible el manejo y

administración de fondos y su reinversión en financiamiento de los sistemas de seguridad social de cada uno de esos Estados. Incluso, se puede observar que, salvo el caso chileno, los demás sistemas funcionan con cotizaciones patronales y del trabajador que en ningún caso superan el 3% de cotización de una parte y la otra; en un caso, el pago del seguro está a cargo, totalmente, del trabajador, y en otros casos el Estado hace un aporte similar al que hacen los patronos y trabajadores.

Evidentemente, tomar el caso chileno como parámetro o base para proponer un sistema de atención al trabajador desocupado sería insostenible en un país como Costa Rica, ya que resultaría imposible pensar en un subsidio estatal, y, cuestión importantísima, la Constitución costarricense solamente prevé el caso de los desocupados involuntarios, no de toda la población cesante, sin importar el motivo del cese.

En todo caso, ha quedado demostrado que la creación de un seguro de desocupación en Costa Rica es viable, solamente hay que idear cuál es el sistema propio de su economía y trabajar a partir de lo que ya se tiene, que es lo que se plantea en el siguiente y último capítulo.

CAPITULO 2. Posible solución para el caso de Costa Rica.

Resulta escalofriante el tema económico, pero más me resulta el de la lesión de los derechos fundamentales, especialmente cuando de derechos prestacionales y de seguridad social se trata. De ahí que, como un esfuerzo adicional y empírico en materia económica, visualizando el tema en forma integral, y analizando las posibilidades desde una perspectiva jurídica (lo que se puede hacer con lo que ya de por sí está hecho legislativamente), la solución que se propone puede no estar tan lejos, a menos que no la queramos ver.

En el capítulo anterior y en los anexos 1 y 2 a este Trabajo, se han analizado comparativamente los sistemas de protección al trabajador desempleado involuntario que rigen en varios países de Europa y América, su financiamiento, condiciones de acceso, cobertura y duración. A partir de ellos, y analizando una posible implementación del seguro de desocupación en Costa Rica, se puede proponer un modelo *sui generis* que pueda significar una solución al problema, no jurídica, ya que ha quedado sobradamente claro que, definitivamente, el problema, desde esta perspectiva, tiene una única solución, más sí económica y política.

La solución propuesta parte de la Ley de Protección al Trabajador número 7983 de 16 de febrero del 2000. Este cuerpo legal, concebido como un sistema innovador en el trato de los derechos laborales, dispuso algunos cambios en la forma en que éstos se venían resguardando. Se alegó para tranquilidad del sector laboral, el rompimiento de los topes de cesantía introduciendo una reforma al artículo 29 del Código de Trabajo -la cual implicó el establecimiento de una tabla para el cálculo del derecho a la cesantía- que, lejos de constituirse en un verdadero beneficio para los trabajadores, resultó en una desmejora del instituto laboral de la cesantía en beneficio del sector patronal, amén del establecimiento de un Fondo de Capitalización Laboral, dividido en dos: un ahorro del trabajador y un sistema de pensiones complementarias. El primero fortalecería la prestación de cesantía, y el segundo, complementaría la exigua (a futuro) pensión por vejez de la Caja Costarricense de Seguro Social.

Según viene dicho, la desmejora en el rubro de la cesantía se vio, de alguna manera, balanceada con la creación de ese “Fondo de Capitalización Laboral”, cuyo financiamiento está a cargo del patrono.

La normativa citada impone al sector patronal el depósito de un 3% del salario bruto del trabajador, en cuentas individuales administradas por Operadoras de Pensiones privadas. Dicho porcentaje se debe depositar mes a mes por el patrono al Sistema Centralizado de Recaudación (SICERE), durante el tiempo que dure la relación laboral y sin límite de años, para que éste, dentro del año siguiente a su recepción, lo traslade a la Operadora de Pensiones elegida por el trabajador.

La posibilidad de que el SICERE, como ente recaudador adscrito a la Caja Costarricense de Seguro Social (administradora de los seguros sociales en Costa Rica por mandato expreso de la Constitución), mantenga en administración los fondos provenientes del 3% de aporte patronal al Fondo de Capitalización Laboral, permite que esos fondos más la renta que produzcan puedan ser invertidos, aunque temporalmente, para el financiamiento del régimen de seguridad social de invalidez, vejez y muerte que administra la Caja Costarricense de Seguro Social, cuestión que resulta absolutamente justificable y que servirá de argumento para este planteamiento.

Ahora bien, el Fondo de Capitalización Laboral se divide en dos: un ahorro laboral y una pensión complementaria, absolutamente individualizada para cada trabajador y que se nutre por partes iguales del 3% aportado por el patrono. Sea, que un 1.5% se destina a ahorro laboral y el otro 1.5%, junto con el 1% del Banco Popular, se destina a una pensión complementaria para el trabajador.

El 1.5% acumulado durante la relación laboral más las rentas producidas en la cuenta individual de ahorro laboral de cada trabajador asalariado del país puede ser retirado cada cinco años, o al momento de su cese por cualquier causa. El otro porcentaje restante y sus rentas, que constituyen el acervo de pensión complementaria, únicamente podrá retirarse por el trabajador cuando cumpla los requisitos para la pensión.

Si partimos que ese 3%, que de por sí el patrono dispone mes a mes, gratuitamente y como contraparte a la desmejora de la cesantía del trabajador, fue aceptada por el sector patronal, nada impide que se modifique la legislación y se varíe el destino de dicho porcentaje para ser aplicados, ya no a una cuenta individual de ahorro del trabajador, sino a una cuenta individual por desocupación involuntaria. Evidentemente, y quizás, tal porcentaje no sea suficiente para cubrir las necesidades del trabajador en tiempos de desempleo, por lo que se puede ordenar –en su propio beneficio- que del salario se destine

un porcentaje del 1.5%, el cual, sumado al 1% que de por sí se retiene por el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, alcanzaría un 2.5% de aporte a la cuenta individual de cada trabajador. Empero, como nuestro sistema de seguridad social impone el aporte tripartito como medio de financiamiento del sistema de seguridad social, el Estado no estaría exento del aporte, y éste bien puede constituirse en un 1%, para alcanzar un aporte tripartito para el financiamiento de un seguro de desocupación involuntaria del 6.5%, nada despreciable para un país en vías de desarrollo, si tomamos en cuenta los porcentajes que se pueden observar como aportes en los cuadros anexos. Esto es simplemente un esbozo de lo que se podría hacer, tendente a lograr la efectiva prestación del único derecho prestacional programático no desarrollado en el país.

Con este planteamiento al menos saldaríamos la incesante justificación de la carencia económica para financiar el seguro de desocupación. Desde luego, quedaría pendiente el tema de la regulación: el nivel de prestación, las condiciones de acceso, su duración y dinámica; lo cual es un tema que se presta para múltiples soluciones que, para los efectos de este trabajo, no vienen al caso.

Evidentemente, ello implicaría, primero, educar a la población laboral en cuanto a la ventaja que este sistema resultaría en tiempos de desempleo para ellos y sus familias. También en cuanto a sus obligaciones y responsabilidades, las cuales deberán establecerse vía legal tanto para acceder al seguro como en cuanto al tiempo y monto de la cobertura, a fin de que no se sucedan desocupaciones involuntarias que conviertan al seguro de desocupación en un sistema de ahorro a la vista del trabajador. Segundo, la concientización en el sector patronal que esta nueva figura en nada aumentaría las cargas sociales que de por sí ahogan a ese sector. Y tercero, y tal vez lo más importante, impulsar la voluntad política en estrados legislativos para que este tema se aborde sin temores y se resuelva de una vez por todas, en beneficio de los derechos de la clase trabajadora, de la institucionalidad costarricense y del Estado Social de Derecho del que tanto nos ufamamos.

CONCLUSION

A partir de esta investigación, amén de haber logrado determinar los alcances de los derechos prestacionales, se nos ha abierto un horizonte inexplorado, un tema que a lo largo de más de cincuenta años se ha mantenido vedado a la discusión pública y que escasamente se ha tocado en estrados judiciales (constitucionales): el seguro de desocupación o de desempleo.

En Costa Rica resulta inverosímil la miopía con que el Estado, en todas sus esferas, ha asumido el tema, al punto de ignorarlo por completo, utilizando las más variadas excusas para no entrar a resolver, o al menos discutir, sobre una garantía constitucional.

Las autoridades de gobierno han utilizado figuras tales como el Fondo de Capitalización Laboral, contenido en la Ley de Protección al Trabajador, para crear una suerte de seguro de desocupación a partir del ahorro del trabajador y del derecho al pago de la cesantía que le asiste. La primer figura permite la implementación de un mecanismo de pago de un ahorro del trabajador (a cargo, en su totalidad, del patrono) en tractos a partir del cese, situación que lejos de constituirse en un seguro de desocupación, es la utilización del ahorro del trabajador como un mecanismo de “seguridad social”, lo que resulta una situación que, más que contraria a la ley, es contraria al mandato constitucional del propio artículo 63 como obligación encargada al Estado y realizable a través de los mecanismos establecidos en la Constitución para la seguridad social (sea la fórmula tripartita de financiamiento del fondo).

Por su parte, el pago del derecho a la cesantía es un derecho irrestricto del trabajador a recibirlo, sin sujeción a término y como una indemnización por haber quedado desempleado, motivo por el cual no puede aceptarse que éste funcione como un seguro de desocupación, ya que según lo ha indicado la propia doctrina constitucional, generada a partir de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, verbigracia la sentencia número 2001-06521, éste no puede cancelarse en tractos⁶⁴ porque iría en contra de la naturaleza y el

⁶⁴ “VI.- Sobre el artículo 37 inciso f) del Estatuto de Servicio Civil. Corresponde ahora analizar si la norma impugnada, en tanto establece el pago de la indemnización por supresión en el empleo en mensualidades consecutivas, es acorde con el Derecho de la Constitución. Para ello es preciso referirse los antecedentes legislativos, que se limitan a la propia promulgación del Estatuto de Servicio Civil, vigente a partir del 30 de mayo de 1953, y una reforma que data del año 1971. El

contenido de la norma constitucional que lo establece, al menos así se ha interpretado. Ello a pesar que estimo que la cita en dicho artículo, respecto de la cesantía, es una medida paliativa de la omisión legislativa de regular el instituto del seguro de desocupación, según ha quedado demostrado del propio texto de las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949. De ahí que, aunque su raigambre es constitucional (temporal o definitiva, según se quiera interpretar), la obligación de su cancelación en un solo tracto es, a la vez, y por esa misma circunstancia, constitucional y legal. Lo cierto del caso es que la

numeral 37 inciso f) originalmente disponía que no tendrían derecho a la indemnización los servidores que cesaren en su función por supresión del empleo, si podían acogerse a la jubilación que les correspondiere de acuerdo a la ley. La prohibición fue suprimida por la reforma de Ley N°4906 de 29 de noviembre de 1971, en cuya exposición de motivos se indicó que una excepción similar, establecida en el artículo 29 inciso f) del Código de Trabajo, había sido derogada por ley N°4797 del 12 de julio de 1971 -la versión original del artículo 29 inciso f) disponía que los trabajadores que al momento de ser destituidos se encontraran automáticamente cubiertos por un régimen de pensiones o siquiera existiera una expectativa de derecho a pensión, no tenían derecho a las prestaciones legales correspondientes-. Los proponentes de la reforma al artículo 37 adujeron que por una omisión del legislador no se realizaron las reformas correspondientes en el artículo 37 inciso f) del Estatuto de Servicio Civil y el numeral 33 de la Ley de Personal de la Asamblea Legislativa, por lo que de mantenerse la normativa en ese estado se produciría una discriminación en perjuicio de los servidores públicos que se rigen por esas leyes. Recalaron los legisladores la diferente naturaleza del auxilio de cesantía y el derecho a la jubilación por vejez o de retiro, señalando que el primer derecho nace en razón del despido del trabajador por una causa que no le es imputable, como sanción para el patrono que lo despide sin justificación legal. A su vez, se considera una indemnización o resarcimiento para el trabajador y una forma de evitar que éste y su familia pasen privaciones durante el tiempo necesario para hallar un nuevo empleo. En cambio, el derecho a la pensión por vejez y jubilación se concede generalmente en razón de las cuotas que el trabajador ha cotizado durante muchos años, para obtener una suma, por lo general módica, que les permita subsistir durante su vejez o retiro. Por todo lo anterior, los legisladores proponentes de la reforma al artículo 37 inciso f) del Estatuto de Servicio Civil, defendieron la derogatoria de la exclusión del pago de la indemnización a los trabajadores que tenían derecho a la jubilación al momento de ser cesados por reducción forzosa de servicios.

VII.- La indemnización en estudio, de un mes de salario -el último devengado- por cada año de servicio, resulta más favorable que la contemplada en el artículo 29 del Código de Trabajo, ya que toma en cuenta todos los años laborados. Tal diferencia se justifica, a juicio de la Sala, porque quienes se encuentran en una relación de empleo público, gozan de la garantía de estabilidad contemplada en el numeral 192 de la Constitución, a diferencia del resto de los trabajadores. Además, porque la supresión del cargo obedece a un supuesto de excepción, como la reducción forzosa de servicios. Ahora bien, se esgrimen a favor de la constitucionalidad del pago de la indemnización por mensualidades dos argumentos fundamentales: que el pago diferido establecido en el artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil resulta razonable porque la indemnización tiene una doble naturaleza, la de la típica indemnización por daños y la de seguro de desocupación. Sin embargo, los escasos antecedentes legislativos de la norma en estudio -expediente relativo a la promulgación del Estatuto de Servicio Civil, Ley número 1581 de 30 de mayo de 1953 y el expediente legislativo número 4722, de la Ley Número 4906 de 29 de noviembre de 1971-, que se comentaron en cuanto a la naturaleza de la indemnización contemplada en el artículo 37 inciso f) del Estatuto de Servicio Civil, no revelan que el legislador pretendiera que operase como seguro de desocupación. La Sala estima que la indemnización en estudio se inspira directamente en el

miopía en relación con el tema, ha llevado a todas las instituciones estatales a confundir los términos y a interpretar erróneamente el contenido del mandato constitucional establecido en los artículos 63 y 72 constitucionales.

Se ha querido, por ejemplo, justificar la inexistencia de un seguro de desocupación, en lo innecesario que resulta éste al encontrarse funcionando una institución del derecho laboral como es la cesantía. Esto implicaría, desde la perspectiva jurídica, negar el contenido de una garantía ante la existencia de otra que, incluso es preexistente a la reforma constitucional que incluyó el seguro de desocupación, toda vez que la cesantía existía en la legislación costarricense (Código Laboral) desde 1943, y si bien el texto constitucional de 1949 viene a confirmar y reafirmar la necesaria existencia de ese derecho del trabajador (a recibir la cesantía), ello no sustituye el mandato constitucional de crear el seguro de desocupación. De ahí que la equiparación que se pretende hacer entre una y otra institución resulta improcedente.

artículo 63 de la Constitución Política, que expresamente excluye del pago de la indemnización por despido incausado a los trabajadores que se encuentren cubiertos por el seguro de desocupación, sistema que no ha sido instaurado en Costa Rica. De ahí que esta Sala considere que, la naturaleza de la suma de dinero que se ordena pagar al servidor de acuerdo a las reglas del artículo 37 inciso f) del Estatuto de Servicio Civil, es de carácter resarcitorio por el daño que el Estado le causa al servidor por privarle de su medio de subsistencia.

VIII.- Descartada la hipótesis de que se pretendió que el sistema operara como un seguro de desocupación, cabe analizar el otro argumento a favor de la constitucionalidad de que se pague la indemnización en forma diferida: la carga económica que constituye para el Estado pagarla, dado que, por tomar en cuenta todos los años de servicio del trabajador para el cálculo de la indemnización, el Estado debe desembolsar grandes sumas de dinero, lo que resulta una carga pesada para el erario público. El hecho de que la indemnización contemplada en el artículo 37 inciso f) del Estatuto de Servicio Civil sea más favorable que la establecida en el Código de Trabajo, obedece, como ya se adelantó, a que sus destinatarios, que tienen derecho a la estabilidad en el empleo, son cesados por decisión unilateral de la administración, debido a la necesidad pública de reorganizar el servicio o por falta de fondos. A juicio de este Tribunal, atenuar la carga económica para la administración no es un motivo constitucionalmente legítimo para justificar que se pague a estos servidores la indemnización en forma diferida. El monto que le corresponde al servidor de acuerdo al Estatuto de Servicio Civil es un derecho suyo, parte de su patrimonio, cobijado constitucionalmente por el artículo 63 de la Constitución Política. Obedece a que es privado de su empleo por razones excepcionales que la ley autoriza, pese a que pertenece a un régimen que asegura la estabilidad en el empleo. Por ello, el Estado debe indemnizar la supresión del cargo a partir del momento en que el servidor debe dejarlo, por lo que a juicio de la Sala el hecho de que se le prive de su fuente de trabajo sin el pago completo de la indemnización, constituye una afectación a su patrimonio que lesiona el numeral 45 de la Constitución Política. Es intrascendente el destino que el servidor de a esos recursos, pues como parte de su peculio, puede disponer de ellos como a bien lo tenga.” Sentencia número 2001-06521 de la Sala Constitucional de Costa Rica de las catorce horas con treinta minutos del diez de julio del dos mil uno.

De ahí que ninguna de las dos opciones citadas se puede tener como una suerte de seguro de desocupación, y mucho menos sostener que su existencia obvia el mandato constitucional al legislador y al gobierno de crear el instituto de estudio.

Pareciera que el Derecho de la Constitución está muy por debajo de los lineamientos de partido o de las políticas sociales que persiguen los gobiernos de turno. Nótese que a lo largo de estos más de cincuenta años, en ningún programa de gobierno se ha incluido el tema del seguro de desocupación como parte de los puntos a desarrollar en el campo social, a pesar de que ambos partidos mayoritarios (Liberación Nacional y Unidad Social Cristiana –social demócrata el primero y social cristiano el segundo-) cuentan dentro de sus filosofías con arraigados conceptos de igualdad y solidaridad social. Sin embargo, a más de cincuenta años de haberse creado el instituto del seguro de desocupación, no se ha tomado la más mínima iniciativa tendente a lograr su implementación, siendo que actualmente el enunciado de los artículos 63 y 72 de la Constitución Política costarricense es la única norma programática que, no obstante su vinculatoriedad, actualmente se encuentra sin desarrollar, hecho que torna inexplicable tal situación.

De igual forma, y por parte de instituciones autónomas como el Instituto Nacional de Seguros, se ha dado el nombre de “seguro por desempleo” a un sistema de aseguramiento que, lejos de buscar la protección efectiva del trabajador como una forma de suministrarle el acceso a una vida digna ante el fenómeno del desempleo involuntario, es más una forma de proteger a las empresas dedicadas al giro comercial bancario o crediticio contra la eventualidad del desempleo del deudor, situación que también se da en Colombia desde 1998, al establecerse un seguro de desempleo a partir del Decreto 2331 del 16 de noviembre de 1998⁶⁵, lo cual desde ningún punto de vista se puede considerar que llena las

⁶⁵ DECRETO NUMERO 213 DE 1999 (Febrero 4) Por el cual se reglamenta el artículo 17 del Decreto 2331 del 16 de noviembre de 1998. El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales, en especial de las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo del artículo 17 del Decreto 2331 del 16 de noviembre de 1998, DECRETA: Artículo 1º. De conformidad con lo establecido por el artículo 17 del Decreto 2331 del 16 de noviembre de 1998, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras podrá contratar con una compañía aseguradora legalmente autorizada, una póliza colectiva de desempleo para los deudores de los créditos hipotecarios para financiación de vivienda de interés social que hayan sido otorgados u otorguen los establecimientos de crédito. El seguro de desempleo de que trata este artículo solo cubrirá una obligación hipotecaria para financiación de vivienda de interés social por deudor. Artículo 2º. El seguro de desempleo operará exclusivamente por la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos, con las limitaciones previstas en el artículo tercero: a. Despido del deudor sin justa causa. b. Liquidación o clausura definitiva de la empresa o de la entidad en la

expectativas del Constituyente en relación con los alcances y protección que implica un seguro de desocupación o desempleo.

Del desarrollo de este trabajo, desde el punto de vista jurídico, se ha logrado concluir que los artículos 63 y 72 establecen varios enunciados claros y puntuales: existe la obligación del Estado de programarse para la creación e implementación de un seguro de desocupación; que éste es totalmente independiente del derecho al pago de la cesantía; que se constituye en una garantía constitucional a favor del trabajador desempleado

cual labora el deudor. c. Terminación del contrato de trabajo por suspensión de actividades por parte del empleador del deudor durante más de ciento veinte (120) días. d. Supresión del cargo con motivo de reestructuración administrativa en entidad pública o privada. Parágrafo. El seguro de desempleo sólo operará cuando los deudores que soliciten este beneficio habiten de manera permanente el inmueble financiado por el crédito de vivienda de interés social, salvo que el mismo se encuentre en proceso de construcción. Artículo 3º. El amparo del seguro de desempleo no operará cuando los beneficiarios de que trata el artículo anterior, se encuentren en una de las siguientes circunstancias: a. Cuando el crédito hipotecario para la financiación de vivienda de interés social se encuentre en mora superior a treinta (30) días al momento de la ocurrencia de uno de los eventos enumerados en el artículo segundo del presente decreto. b. Cuando el deudor de crédito hipotecario mantenga vigente otro vínculo laboral. c. Cuando la situación de desempleo haya sido ocasionada por guerra interior, exterior, revolución, rebelión, sedición o asonada. Artículo 4º. El seguro de desempleo cubrirá el valor de la cuota mensual de amortización del crédito hipotecario, incluido el valor de las primas de seguro de vida, de incendio y de terremoto, hasta por un término de seis (6) meses. Artículo 5º. El deducible del seguro de desempleo será equivalente al valor de una cuota mensual del crédito hipotecario incluido el valor de las primas de seguro de vida, de incendio y de terremoto. Artículo 6º. El amparo del seguro de desempleo, tendrá un período de carencia inicial de tres (3) meses contados a partir de la fecha en que se incluya al deudor como asegurado en la póliza colectiva de desempleo. Así mismo, tendrá un período de carencia, entre cada reclamación, igual al período de cobertura efectivamente pagado por la compañía de seguros en la reclamación anterior, adicionado en seis (6) meses. Artículo 7º. El amparo del seguro de desempleo terminará por la ocurrencia de alguno de los siguientes eventos: a. Que el deudor fallezca. b. Que el deudor de un crédito hipotecario otorgado para la financiación de vivienda de interés social reciba, a cualquier título, pensión. c. Que se extinga la obligación hipotecaria para financiación de vivienda de interés social. Artículo 8º. El deudor que pretenda acceder al beneficio del seguro de desempleo, está obligado a poner en conocimiento de la entidad acreedora el acontecimiento de cualquiera de los eventos señalados en el artículo segundo de este decreto, dentro de los tres (3) días siguientes a su ocurrencia. A su vez, la entidad acreedora del crédito hipotecario para la financiación de vivienda de interés social, está obligada a dar noticia a la compañía aseguradora del acontecimiento de cualquiera de los eventos señalados en el artículo segundo de este decreto, dentro de los primeros diez (10) días corrientes del mes siguiente a aquel en el cual el deudor asegurado le informe sobre la ocurrencia del mismo. Artículo 9º. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras pagará a la compañía de seguros la prima correspondiente a la póliza colectiva de desempleo para los deudores de los créditos hipotecarios para financiación de vivienda de interés social, previa presentación de la cuenta de cobro debidamente soportada en una certificación que deberá expedir la entidad acreedora del crédito hipotecario para la financiación de vivienda de interés social, en la cual conste el número de deudores asegurados en el respectivo período y la manifestación expresa de que los mismos cumplen con las condiciones para tener el carácter de asegurados. Artículo 10. Las demás condiciones que regulen el seguro de desempleo para deudores de créditos hipotecarios para la financiación de vivienda de interés social serán

involuntario, y que debe regirse por los principios de solidaridad social, dignidad humana e igualdad, y por los derechos de acceso a la protección estatal en el campo de la seguridad social, especialmente en un Estado como el costarricense que se declara, en forma tácita, como Estado Social y Constitucional de Derecho.

También se ha logrado demostrar con el análisis hecho en el desarrollo de esta investigación que, por su carácter de norma programática que no necesita ulterior desarrollo normativo para su vinculatoriedad –sea al Poder Ejecutivo o al Legislativo- a fin de hacer valer su contenido, la omisión de los poderes públicos en implementarlo, resulta en una lesión de derechos y garantías fundamentales por omisión, situación que coloca al Tribunal Constitucional en un grave predicamento, toda vez que sería a éste al que le correspondería determinar la existencia de tal violación al texto constitucional.

Empero, de la investigación realizada también se ha podido concluir que el propio Tribunal Constitucional ha caído en el juego de la evasión del tema, utilizando todas y cada una de las posibilidades que la Ley que rige su jurisdicción le permite a fin de no conocer ni resolver sobre el fondo del tema, incluso cayendo en algunos casos en el absurdo de invertir la carga de la prueba dentro del proceso de amparo, en el cual debe operar siempre el principio de in dubio pro recurrente, siendo los Poderes Públicos los que deben justificar su actuación u omisión, y a partir de ahí definir la existencia o no de la lesión al derecho o garantía constitucional. En otros casos, ha obviado la teoría de los actos administrativos, los cuales también pueden generar una lesión por omisión sin que exista la necesidad de un acto de aplicación individual que justifique el acceso a la vía de amparo, estableciendo – además- un requisito que la Ley de la Jurisdicción Constitucional no prevé para este tipo de casos en que la lesión es producto de una omisión (actuación negativa), y no de un acto concreto o material (actuación positiva).

A estas alturas del trabajo, sobra indicar que todo lo descrito anteriormente en relación con el seguro de desocupación resulta absolutamente contrario a la naturaleza y constitución de un Estado como el costarricense.

señaladas en la póliza que para el efecto contrate el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, incluyendo las prácticas que usualmente apliquen las compañías aseguradoras que tengan autorizado este ramo de seguros. Artículo 11. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación. Publíquese y cúmplase. Dado en Santa Fe de Bogotá, D. C., a 4 de febrero de 1999. ANDRES PASTRANA ARANGO El Ministro de Trabajo y Seguridad Social, Hernando Yepes Arcila. El Ministro de Hacienda y Crédito Público, Juan Camilo Restrepo Salazar. Página de Hipertexto dirección: www.superbancaria.gov.co/normas/dec213-99.htm Fecha 03 marzo 2003.

Costa Rica, como Estado Social, Democrático y Constitucional de Derecho, no posee ninguna diferencia (en cuanto a su constitución) de otros Estados de Europa y Norteamérica que también son de la misma línea, por ejemplo, Alemania, España, Canadá y Estados Unidos, u otros países de este mismo continente como Argentina, Chile y Uruguay, por citar algunos de los estudiados. Nuestro país, al igual que los citados, posee una Carta Fundamental que enuncia claramente su tendencia y contenido social, de protección especial a los sectores más débiles de la población, con el agravante de que todas las Constituciones de los países citados analizadas en este trabajo, especialmente la costarricense, son de carácter normativo, nunca nominal ni semántico, situación que sí difiere respecto de Honduras, cuyo texto constitucional enuncia claramente la existencia del derecho a un seguro de desocupación, pero que no es más que eso, un simple enunciado o una carta de buenas intenciones, ya que muchas de sus instituciones (ya no sólo esa) se han quedado en el papel.

La propia doctrina nacional (esbozada por Rubén Hernández Valle), concluye fervorosamente que por su carácter de norma programática no se hace necesario su desarrollo normativo a fin de hacer valer su contenido, ya que sujetar su validez al tiempo o al desarrollo legislativo, equivaldría a condenar a una norma programática a la categoría de mero enunciado, con lo que se le restaría todo poder de vinculación u obligatoriedad ocasionando un vaciamiento del derecho o la garantía establecida en ésta. De tal suerte que resulta inconcebible que a estas alturas el tema aún no se haya discutido a fondo, no obstante la evidente lesión que con ello se provoca a los derechos de quienes se encuentran en los supuestos que estableció el legislador originario en el texto constitucional.

Y es que la responsabilidad Estatal es ineludible si atendemos a otros preceptos constitucionales que se relacionan. Citas obligatorias a este punto son los artículos 50 y 56 constitucionales, los cuales establecen a cargo del Estado procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza; y 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, respectivamente.

De tales enunciados podemos concluir que inicialmente el Estado debe velar por que todos los habitantes del país tengan ocupación, por lo que el primer deber del Estado es la

generación de fuentes de empleo. Esta situación, evidentemente redundará en una mejor condición de vida para éstos que dignificaría su condición humana, cumpliendo así con el precepto del 50 constitucional. Lamentablemente, y es vox populi, ello no sucede, o al menos no se da en el porcentaje requerido por la población.

Ahora bien, si además de no generar fuentes de empleo (como es el caso), el Estado, ante situaciones de desocupación involuntaria, no cumple con los preceptos del 63 y 72 constitucionales establecidos en ese mismo título de las Garantías Sociales, estaría evadiendo, por partida doble su obligación. ¿Qué nivel de dignidad y de vida podría tener un desocupado involuntario que, a pesar de querer encontrar un empleo para su sustento, no lo logra porque el Estado no genera fuentes de trabajo?, ¿No es esta situación completamente contraria a la vida y la dignidad humana?.

Y si, adicionalmente, le sumamos el hecho que el Estado tampoco está propiciando una política social de protección al desempleado involuntario, según lo prescriben los artículos 63 y 72 constitucionales, al omitir implementar un seguro de desocupación en los términos que lo creó el legislador originario, al punto de no garantizarle al administrado al menos un mínimo vital o mínimo existencial, lesionando su derecho al trabajo y violando los principios de igualdad, dignidad y vida, ¿no se constituiría ello en una justificación suficiente para determinar la existencia de una situación contraria al Derecho de la Constitución?. A mi juicio sí; sin embargo, a la fecha nada se ha dicho y mucho menos hecho.

Si bien no hablamos solamente de un problema jurídico, ya que este tema incluye matices de economía, política, y oportunidad y conveniencia de las políticas estatales, lo cierto del caso es que debe abordarse con responsabilidad por todos los sectores que están envueltos en la solución del problema, en cuenta, la propia Sala Constitucional costarricense.

Ha quedado en evidencia que en relación con este tema, el Tribunal Constitucional costarricense, no ha tenido el peso y la injerencia que por Constitución y Ley le ha sido encomendada. Es inobjetable que estamos en presencia de un problema de constitucionalidad, no de legalidad ordinaria. También lo es que, dentro del ordenamiento jurídico costarricense, como en los del resto del mundo, las normas constitucionales contienen un poder de vinculación que obliga, sin más, a acatarlas. Sea, son claros y

diáfanos mandatos a cargo de los poderes del Estado y de los administrados, que les impone el deber de cumplirlas, sin posibilidad alguna de eludirlas. Adicionalmente, son normas que no sólo norman o regulan, sino que programan al Estado –por mandato del pueblo soberano- en su desarrollo (económico, político y social), todo ello en beneficio del bien común y de la colectividad. Ahora bien, si estimamos que el paso del tiempo sin el desarrollo efectivo de una institución prevista en la Constitución a favor de la colectividad, es suficiente para determinar una lesión de un derecho fundamental de carácter prestacional cuyo contenido es objetivo y no subjetivo, y que no por ello resulta no judicialable, entonces estaremos frente a un problema de lesión a un derecho fundamental por omisión de los poderes estatales en la formación de la ley en cumplimiento de ese mandato constitucional. Es aquí donde la intervención de la Sala Constitucional costarricense se ha visto opacada, y no encuentro razón alguna del por qué.

Cierto es que modernamente se habla de una nueva ideología política, con tendencias neo liberales, que buscan debilitar la estructura solidaria y de justicia social que caracteriza a los Estados Sociales de Derecho. Esta nueva ideología esboza una teoría que habla sobre la no judicialidad de los derechos prestacionales por cuanto no están desarrollados por el legislador ordinario. Sin embargo, he sido extenso en el análisis del contenido de los derechos prestacionales como derechos compuestos, sea relacionados objetivamente con otros derechos subjetivos y principios constitucionales, con total capacidad de ser exigidos al poder público y con todas las características propias de una norma de índole social. De ahí que tal ideología política, lejos de ser un fundamento jurídico, resulte en un discurso ligado únicamente a los intereses políticos y económicos de un Estado que prefiere destinar fondos al desarrollo de áreas no sociales, sacrificando su deber de estado protector del interés y el bienestar social, para convertirse y transformarse, dentro del proceso cíclico de los Estados, en un nuevo experimento de Estado Liberal con tendencias capitalistas y de consumo que, la propia historia de la humanidad lo ha demostrado, desprotege a los sectores más débiles de la población.

Ahora bien, no se puede ser ortodoxo en Derecho y cegarse en la creencia de que un Estado Social no puede mutar, ya que la propia historia nacional ha demostrado que sí se puede, es más, el Estado debe mutar. Lo grave del caso es si la mutación que se produce va en contra de lo originariamente establecido por el constituyente. De ahí que el trabajo de la

Sala Constitucional, aunque no ha sido lo feliz que se podría pretender, haya sido importante y alentador, especialmente en la aplicación del *self-restraint* en la ponderación de sus fallos. Ejemplo de ello es la jurisprudencia constitucional sobre los derechos prestacionales relacionados con la salud, en donde ha defendido consistentemente que la justificación de la falta de fondos para financiar la prestación de un derecho de carácter fundamental no es suficiente para obviar su implementación o su cumplimiento. Bien lo ha dicho la Sala Constitucional reiteradamente en su jurisprudencia en relación con las prestaciones sociales o de seguridad social, específicamente en el caso del suministro de medicamentos y tratamientos especiales a personas que se encuentren adscritas al sistema de seguridad social⁶⁶ (además de la citada, ver sentencias números 2000-05371 de las 12:02

⁶⁶ “III.- Sobre el fondo. En reiteradas ocasiones esta Sala se ha pronunciado acerca del derecho a la vida y a la salud. La Constitución Política en el artículo 21 establece que la vida humana es inviolable, y es a partir de dicho enunciado que se ha derivado el derecho a la salud que tiene todo ciudadano, siendo en definitiva el Estado el encargado de velar por la salud pública. La preponderancia de la vida y de la salud, como valores supremos de las personas, está presente y señalada como de obligada tutela para el Estado, no sólo en la Constitución Política, sino también en diversos instrumentos internacionales suscritos por el país como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. IV.- Aunado a lo expuesto, las autoridades de la Caja Costarricense del Seguro Social, deben recordar que el régimen de seguridad social es también un pilar fundamental del sistema democrático nacional, al encontrar su sustento en el artículo 73 de la Constitución Política. De conformidad con dicho ordinal es la Caja Costarricense de Seguro Social la institución llamada a brindar tal servicio público, debiendo instrumentar planes de salud, crear centros asistenciales, suministrar medicamentos, dar atención a pacientes entre otras cosas, para lo cual cuenta no solo con el apoyo del Estado, sino además con el aporte económico que realiza una gran parte de la población. De conformidad con lo anterior resulta preciso señalar lo que este Tribunal en la sentencia número 5934-97, de las dieciocho horas treinta y nueve minutos del veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y siete, consideró: "III.-Misión y funciones de la CCSS (continúa). Cabe preguntar, puesto que ha sido planteado en el sub examine, si la mayor o menor capacidad financiera del Estado (concretamente, de la CCSS) puede ser argüida valederamente como un óbice que justifique que se desatienda, o se atienda insuficientemente, la cumplida observancia de aquello que constituye la razón misma de ser de la entidad. La respuesta es importante, porque la representante de la accionada ha informado a la Sala que a esa institución le resulta presupuestariamente imposible atender a lo que el actor le solicita, alegando en su favor la máxima de que nadie está obligado a lo imposible y advirtiendo que pretender lo contrario podría significar "el principio del fin del sistema de seguridad social" de que se precia nuestro país. Si regresamos al pluricitado fallo n° 5130-94, se ve que en él ya contestó este Tribunal a ese planteamiento, al indicar que "... si el derecho a la vida se encuentra especialmente protegido en todo Estado de Derecho Moderno y en consecuencia el derecho a la salud, cualquier criterio económico que pretendiera hacer nugatorio el ejercicio de tales derechos, debe ceder en importancia pues como ya se indicó sin el derecho a la vida los demás derechos resultarían inútiles." Y es que dicho aparte resume lo medular de la cuestión, al recalcar –y valga la pena reiterarla– una verdad fundamental: ¿De qué sirven todos los demás derechos y garantías, las instituciones y sus programas, las ventajas y beneficios de nuestro sistema de libertades, si una

del 30 de junio del 2000, 2000-06451 de las 10:31 del 21 de julio del 2000, 2000-06495 de las 11:15 del 21 de julio del 2000, 2001-927 de las 09:27 del 02 de febrero del 2001, 2001-3172 de las 9:50 del 25 de abril del 2001, 2002-05082 de las 11:35 del 24 de mayo del 2002, y 2002-11380 de las 16:59 del 27 de noviembre del 2002).

Empero, la ponderación de los intereses y consecuencias que envuelven un problema de constitucionalidad no ha sido la misma al tratarse el tema del seguro de desocupación, es más, tal ponderación ha sido inexistente, pues nunca se ha emitido una decisión en este campo que resuelva por el fondo la problemática. Más bien pareciera que el ejercicio del *self-restraint* o del auto control del Tribunal Constitucional en la emisión de sus fallos, raya límites de no-intervención en el tema por sus alcances económicos, políticos y sociales, situación que es comprensible, más no aceptable.

El Tribunal Constitucional de una Nación es el que debe velar por el cumplimiento del Derecho de la Constitución, lo que incluye, ineludiblemente, de todo el bloque de constitucionalidad vigente. En tal sentido, es el que debe interpretar la norma y determinar la existencia de una lesión a un derecho fundamental; y aunque tal ejercicio debe darse con límites, éstos deben ser básicamente los que, en forma ponderada y objetiva, resguarden los intereses de ambos sectores (el Gobierno y los administrados). No puede, de ninguna

sola persona no puede contar con que tiene asegurado el derecho a la vida y a la salud? De todos modos, si lo que precisa es poner el problema en la fría dimensión financiera, estima la Sala que no sería menos atinado preguntarnos por los muchos millones de colones que se pierden por el hecho de que los enfermos no puedan tener la posibilidad de reincorporarse a la fuerza laboral y producir su parte, por pequeña que sea, de la riqueza nacional. Si contabilizamos este extremo, y todos aquellos que se le asocian, resulta razonable postular que pierde más el país por los costos directos e indirectos del estado de incapacidad de quien yace postrado por una enfermedad, que lo que de otro modo se invertiría dándole el tratamiento que le permitiría regresar a la vida productiva. Desde luego, los beneficios intangibles, sociales y morales, son –incuestionablemente– de mucho mayor cuantía." V.- En este caso, las razones aducidas por los representantes de la entidad recurrida para motivar la tardanza que acusa el recurrente son que se están realizando las gestiones administrativas pertinentes para la compra de la prótesis requerida por el recurrente, sin embargo por circunstancias que escapan a su control, aún no se ha podido contar con la entrega de las referidas prótesis tramitadas mediante concurso público. A criterio de la Sala las anteriores justificaciones dadas por las autoridades recurridas meramente organizativas y de previsión no resultan de recibo por no ser, de manera alguna, justificantes para lesionar los derechos del amparado No obstante lo anterior y a pesar de que la Sala estima procedente este recurso por violentar el derecho a la salud del recurrente, no se ordena que se practique de inmediato la cirugía pretendida en razón de que podría producirse una discriminación irrazonable con respeto a los demás pacientes que se encuentran en lista de espera en igualdad de condiciones que el amparado, tal y como lo indicó esta Sala en la sentencia número 2002-03981." Sentencia número 2003-01289 de la Sala Constitucional de Costa Rica de las ocho horas con treinta y un minutos del veintiuno de febrero del dos mil tres.

forma, en ejercicio del auto control del Tribunal Constitucional, obviarse el cumplimiento de una garantía o derecho constitucional impuesto por el legislador originario, vaciándolo de contenido; y mucho menos, utilizar tal argumento jurídico (aún sin mencionarlo en los fallos) para omitir referirse al tema.

La importancia del control de constitucionalidad está, precisamente, en la valentía con que el Tribunal Constitucional intervenga en la defensa de la Constitución y sus instituciones, de tal suerte que el *self-restraint* debe ajustarse, en primera instancia a no intervenir en materias propias del poder legislativo, situación que en el caso del seguro de desocupación no ocurriría, toda vez que la Sala Constitucional se limitaría a determinar la existencia de la omisión que lesiona el derecho, y a ordenar al Parlamento legislar sobre el asunto, lo que de ninguna manera importaría una intromisión en las funciones constitucionales de éste y tampoco implicaría una función legislativa del Tribunal Constitucional.

Por otra parte, la ponderación del tema económico y político, prácticamente está superada con la posición de la Sala Constitucional en relación con las prestaciones sociales, la cual –a mi juicio- es totalmente aplicable al tema del seguro de desocupación. La determinación del contenido económico del instituto en cuestión; si realmente implicase una carga económica adicional a Gobierno, patronos y trabajadores, como un elemento a ponderar dentro de una economía nacional constantemente tildada de decadente, a fin de no ocasionar una fuga de inversiones o capitales, o como un medio de disparar el descontento del sector empresarial que pueda comprometer la paz social, son cuestiones que, aunque pueden valorarse dentro de un maremagno de nuevas tendencias e ideologías políticas, nunca deben ser utilizadas como excusa o justificación, expresa o tácita, para vaciar de contenido una norma constitucional. Bien puede pensarse, frívolamente, que tal preocupación debe pesar más en quienes rigen el destino de la Nación, que en el Tribunal Constitucional, el cual simplemente debe velar porque el contenido de la Carta Fundamental se respete y se desarrolle, acorde con sus postulados, por parte de los poderes públicos a quienes se les encarga tal mandato. Empero, la ponderación es exigible al Tribunal y éste debe avocarse a ella buscando la solución al problema que implique un menor sacrificio y la mayor justicia y equidad, siempre dentro de la aplicación del Derecho de la Constitución.

En suma, a lo largo del desarrollo de esta investigación, han quedado claros los dos puntos medulares que giran en torno al seguro de desocupación. Por una parte, la existencia de un problema jurídico constitucional, en donde una norma programática de carácter prestacional se encuentra sin desarrollo desde hace más de cincuenta años, incurriéndose indefectiblemente en una omisión que lesiona los derechos fundamentales y las garantías sociales de un sector de la población, a la cual el Estado no le da los medios para solucionar el problema mediante la generación de empleo, y a pesar de existir un instituto contenido en el texto constitucional que debe desarrollarse a fin de, por lo menos, paliar la situación injusta y denigrante que acarrea -para el trabajador y su familia- el fenómeno de la desocupación involuntaria.

Por otra parte, que el fantasma de la imposibilidad económica de financiamiento de este instituto, con un poco de voluntad política, imaginación y compromiso de todos los actores que tienen injerencia en el tema, bien puede desaparecer, para dar paso a una institución que enaltecería el ya de por sí consagrado abanico de derechos sociales que enarbola el Estado Social y Constitucional de Derecho costarricense.

BIBLIOGRAFÍA

Libros.

ACUÑA ORTEGA, Víctor H *et al.* “*El desarrollo económico y social de Costa Rica: de la colonia a la crisis de 1930*”. Editorial Alma Mater, San José, Costa Rica. 1986.

ALEXY, Robert. “*Teoría de los Derechos Fundamentales*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002.

BAZÁN, Víctor. “*Desafíos del Control de Constitucionalidad*”. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, Argentina. 1996.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. “*Derecho Constitucional*”. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1965.

ELEJALDE ARBELÁEZ, Ramón. “*Curso de Derecho Constitucional General*”. Medellín. Editorial Diké, 2002.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. “*La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español.*” Editorial Civitas, S.A., Madrid, España. 1998

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio citado en Hernández Valle, Rubén. “*El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica*”. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica, 2001.

HEILBRONER, Robert L. “*La formación de la sociedad económica*”. Fondo de Cultura Económica. México.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. “*Las Libertades Públicas en Costa Rica*”. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. 1980.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. “*El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica*”. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica, 2001.

HUMERES MAGNAN, Héctor, *et al.* “*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, XV Edición. 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. “*Teoría de la Constitución*”. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España, 1986.

MARTÍN, Alberto. “*La Alternativa Social: Garantías Económicas o Sangre*”. San José, Costa Rica. 1977.

PERALTA, Hernán G. *“Las Constituciones de Costa Rica”*. Instituto de Estudios Políticos. 1962.

POLOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos *et al.* *“Prácticas de Seguridad Social”*. Editorial Tecnos, S.A., Madrid, España. 1988.

SABORÍO, Sylvia. *“Elementos de Economía”*. Editorial UNED, San José, Costa Rica. 1980.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *“La inconstitucionalidad por Omisión en la Producción de Normas Generales”* en *“La inconstitucionalidad por Omisión”*.

SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio. *“Introducción al Estado Constitucional”*. Barcelona. Editorial Ariel, 1993, citado en Elejalde Arbeláez, Ramón. *“Curso de Derecho Constitucional General”*. Medellín. Editorial Diké, 2002.

VALLEJO MEJÍA, Jesús. *“Lecciones de Teoría Constitucional”*. Medellín. Editorial Diké, 2000, citado en Elejalde Arbeláez, Ramón. *“Curso de Derecho Constitucional General”*. Medellín. Editorial Diké, 2002. pp. 69.

VANOSI, Jorge Reinaldo A. *“Teoría Constitucional, Tomo II, Supremacía y Control de Constitucionalidad”* Editorial Depalma. Buenos Aires, 1976.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *“La inconstitucionalidad por omisión”*. Editorial Mc Graw Hill. Madrid, España, 1997.

Revistas.

BREWER-CARÍAS, Allan. *“El Futuro del Estado Democrático y Social de Derecho en América Latina”*. Revista Colombiana de Derecho Constitucional. Editorial y Fotomecánica Manuel Arroyave, Medellín, Colombia, Año 2, número 4. 1998.

MODERNE, Franck. *“La Dignidad de la Persona Humana en el Derecho Constitucional Francés y Español”*. Memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sala Constitucional de la República de Costa Rica e Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, San José, Costa Rica. 2003.

ROLLA, Giancarlo. *“Derechos Fundamentales y Estado Democrático: El papel de la Justicia Constitucional”*. Revista Costarricense de Derecho Constitucional. Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, Costa Rica. Tomo I, junio del 2000.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *“La Inconstitucionalidad por Omisión en la Producción de Normas Generales”*. Revista Costarricense de Derecho Constitucional. Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, Costa Rica. Tomo I, junio del 2000.

Páginas de Hipertexto.

Agency for Human Resources Development. Dirección de Hipervínculo www.hrdc-drhc.gc.ca/common/home.shtml .

“Conceptos Básicos de Seguro de Desempleo”. Documento de Hipervínculo www.fogafin.gov.co.

“Decreto número 213 de 4 de febrero de 1999”. Documento de Hipervínculo www.superbancaria.gov.co/normas/dec213-99.htm.

Documento de Hipervínculo www.terra.com/finanzas/articulo.

“Informe sobre el trabajo en el mundo 2000: La seguridad de los ingresos y la protección social en un mundo en plena transformación”. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, junio de 2000. Página de Hipertexto dirección: <http://www-ilo-mirror.cornell.edu/public/spanish/bureau/inf/pkits/index.htm>. Fecha 03 marzo 2003.

JIMÉNEZ MEZA, Manrique. **“Legalidad y Legitimidad del Estado Constitucional”**, en **“La Sala Constitucional -- Homenaje en su X Aniversario”**, Universidad Autónoma de Centro América, pp [153180], ISBN 997763, Febrero 2000. Documento de hipervínculo www.uaca.ac.cr/2000/salaiv/mjimenez.htm

SARMIENTO ANZOLA, Libardo. **“Seguro de desempleo e ingreso ciudadano. Inclusión para TODOS”**. Documento de hipervínculo www.desde-abajo.org/da49/seguro_de_desempleo_e_ingreso_ci.htm

YÁNEZ, César. **“Seguro De Desempleo Culmina Proceso Histórico En Chile”**. Documento de hipervínculo www.chile-hoy.de/econ_trab/260401_seguro.htm.

“¿Qué es el Seguro de Cesantía?”. Documento de hipervínculo www.mintrab.gob.cl/interiores/seguro_desempleo.htm.

“¿Qué es el Seguro de Desempleo?”. Documento de Hipervínculo www.twc.state.tx.us/ui/bnfts.

“Seguro de Desempleo en Canadá”. Documento de Hipervínculo www.inculturaargentina.com.ar

Legislación.

Ley Fundamental para la República Federal de Alemania. Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal, Bonn, Alemania. 1997.

Constitución Política del Estado de Bolivia. **Fuente:** “Master Lex.” M.I.S. Sistemas Maestros de Información, San José, Costa Rica. 2000.

Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y Anotada. Hernández Valle, Rubén. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. 1998.

Constitución Política de la República de Cuba. **Fuente:** “Master Lex.” M.I.S. Sistemas Maestros de Información, San José, Costa Rica. 2000.

Constitución Política de la República del Ecuador. **Fuente:** “Master Lex.” M.I.S. Sistemas Maestros de Información, San José, Costa Rica. 2000.

Constitución Española. Página de Hipertexto, dirección http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.html. Fecha 26 febrero 2003.

Constitución Francesa del veintisiete de octubre de 1946. **Fuente:** Asamblea Nacional Francesa. Dirección Hipervínculo: http://www.assemblee-nat.fr/8/8bb.htm#P2_370

Constitución de la República de Honduras. **Fuente:** “Master Lex.” M.I.S. Sistemas Maestros de Información, San José, Costa Rica. 2000.

Constitución de la República Oriental del Uruguay. **Fuente:** “Master Lex.” M.I.S. Sistemas Maestros de Información, San José, Costa Rica. 2000.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. **Fuente:** “Master Lex.” M.I.S. Sistemas Maestros de Información, San José, Costa Rica. 2000.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. **Fuente:** “Master Lex.” M.I.S. Sistemas Maestros de Información, San José, Costa Rica. 2000.

Declaración Universal de Derechos Humanos. **Fuente:** “Master Lex.” M.I.S. Sistemas Maestros de Información, San José, Costa Rica. 2000.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. **Fuente:** “Master Lex.” M.I.S. Sistemas Maestros de Información, San José, Costa Rica. 2000.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. **Fuente:** “Master Lex.” M.I.S. Sistemas Maestros de Información, San José, Costa Rica. 2000.

Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, número 17 de 22 de octubre de 1943. **Fuente:** “Master Lex.” M.I.S. Sistemas Maestros de Información, San José, Costa Rica. 2000.

Ley de la Jurisdicción Constitucional. Ley número 7135 de once de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

Jurisprudencia.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia número 1070-91 de las quince horas doce minutos del siete de junio de mil novecientos noventa y uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia número 1474-91 de las dieciséis horas del seis de agosto de mil novecientos noventa y uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia número 1684-91 de las dieciséis horas del veintiocho de agosto de mil novecientos noventa y uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia número 3435-92 de las dieciséis horas veinte minutos del once de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia número 1474-93 de las dieciséis horas del seis de agosto de mil novecientos noventa y uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia número 0629-94 de las quince horas seis minutos del treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia número 0782-95 de las diecisiete horas del ocho de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia número 6445-98 de las once horas nueve minutos del cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia número 2000-05371 de las doce horas con dos minutos del treinta de junio del dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia número 6188-00 de las dieciséis horas con treinta y seis minutos del dieciocho de julio del dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia número 2000-06451 de las diez horas con treinta y uno minutos del veintiuno de julio del dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia número 2000-06495 de las once horas con quince minutos del veintiuno de julio del dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia número 2001-927 de las nueve horas con veintisiete minutos del dos de febrero del dos mil uno

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia número 2001-3172 de las nueve horas con cincuenta minutos del veinticinco de abril del dos mil uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia número 2001-06521 de las catorce horas con treinta minutos del diez de julio del dos mil uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia número 2002-05082 de las once horas con treinta y cinco minutos del veinticuatro de mayo del dos mil dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia número 2002-11380 de las dieciséis horas con cincuenta y nueve minutos del veintisiete de noviembre del dos mil dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia número 6927-03 de las diez horas treinta minutos del primero de agosto del dos mil tres.

Otras Fuentes.

Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949. Tomo III.

Antología. Maestría en Derecho Constitucional. Universidad Estatal a Distancia. 2001.

ANEXOS

Anexo 1

	ALEMANIA	ESPAÑA	FRANCIA	HOLANDA	GRAN BRETAÑA
1. NOMBRE DE LA PRESTACIÓN	Arbeitslosengeld	Prestación por desempleo. nivel contributivo	Allocation de base (AB); allocation de fin de drois (AFD)	Werkloosheids Uitkering (WW)	Unemployment Benefit (UB)
2. FINANCIACIÓN	Cuotas de empleadores (3.15%) y asalariados (3.15%). subvenciones públicas para cubrir el déficit	Cuotas de empleadores (5.2% + 0.4% destinado al Fondo de Garantía Social) y asalariados (1.1%)	Cuotas de empleadores (4.51% y asalariados (2.33% + 0.5%)	Cuotas de empleadores (1.44%) y asalariados (1.04%): Variación según la industria con un tope.	Cuotas progresivas de empleadores y asalariados al Fondo de seguro nacional
3. CONDICIONES DE ACCESO	Al menos 360 días de cotización durante los últimos 3 años	6 meses de cotización en los últimos 4 años	Según la edad y la duración del periodo cotizado; mínimo para AFD al menos 6 meses de cotización	Al menos 26 semanas de empleo durante los 12 meses anteriores al desempleo.	Dentro de los 2 últimos años cuotas al menos 50 veces al tope mínimo de ingresos semanales
4. NIVEL DE LA PRESTACIÓN	68% del salario neto con un tope	80% de salario mínimo obligatorio. No sujeto a Impuestos con un tope equivalente al 170%	AB: 40% del salario + suma global. AFD: Cuantía fija. sujeto a impuestos	Hasta el 70% del salario sujeto a impuestos	Cuantía fija + complemento por adultos dependientes, sujeta a impuestos
5. DURACIÓN Y DINÁMICA DE	156 a 831 días según el periodo	3 a 24 meses según el	AB: 3 a 45 meses	6 meses a 5 años según la	1 año

LA PRESTACIÓN	(6 días a la semana)	período cotizado y la edad cotizado. (60% el segundo año)	decreciente. AFD: 6 a 27 meses. Ambos según la edad y el periodo cotizado	antigüedad y la edad: 70% del salario mínimo durante otro año	
---------------	----------------------	---	---	---	--

Fuente: SARMIENTO ANZOLA, Libardo. “Seguro de desempleo e ingreso ciudadano. Inclusión para TODOS”. Documento de hipervínculo www.desde-abajo.org/da49/seguro_de_desempleo_e_ingreso_ci.htm

Anexo 2

	ARGENTINA*	CHILE**	COLOMBIA***
1. NOMBRE DE LA PRESTACIÓN	Seguro de Desempleo	Seguro de Desempleo	Seguro de Desempleo
2. FINANCIACIÓN	No hay información	Cada trabajador contará con una cuenta personal gestionada por una administradora de seguros que recibirá mensualmente el 2,4% de la remuneración del trabajador, aportado en un 1,6% por el empleador y en un 0,6% por el trabajador, y una compañía aseguradora estará respaldado por un Fondo Solidario constituido por aportes fiscales del orden de 10 millones de dólares aportados en cuotas mensuales más el 0,8% aportado por los empleadores, lo que eleva la cotización a cuenta de las empresas al 2,4% del salario del trabajador	De conformidad con lo establecido por el artículo 17 del Decreto 2331 del 16 de noviembre de 1998, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras podrá contratar con una compañía aseguradora legalmente autorizada, una póliza colectiva de desempleo para los deudores de los créditos hipotecarios para la financiación de vivienda de interés social que hayan sido otorgados u otorguen los establecimientos de crédito.
3. CONDICIONES DE ACCESO	1- Haber aportado al Fondo Nacional de Empleo durante un período mínimo continuo o discontinuo de: Trabajadores Permanentes: Doce (12) meses de los	El seguro comienza a funcionar cuando el trabajador queda cesante ya sea por causa voluntaria (renuncia) o involuntaria (despido). En el caso que el trabajador	El seguro de desempleo operará exclusivamente por la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos, con las limitaciones previstas en el artículo tercero: Despido del

* Fuente: Página de Hipertexto dirección: www.buenosaires.gov.ar . Fecha 07 marzo 2003.

** Fuentes: YÁNEZ, César. “Seguro De Desempleo Culmina Proceso Histórico En Chile”. Página de Hipertexto dirección: www.chile-hoy.de/econ_trab/260401_seguro.htm. “Qué es el seguro de cesantía”. Página de Hipertexto dirección: www.mintrab.gob.cl/interiores/seguro_desempleo.htm. Fecha 07 marzo 2003.

*** Fuentes: “Conceptos Básicos de Seguro de Desempleo”. Página de Hipertexto dirección: www.fogafin.gov.co. “Decreto número 213 de 4 de febrero de 1999”. www.superbancaria.gov.co/normas/dec213-99.htm. Fecha 07 marzo 2003.

últimos 3 años anteriores a renuncie, tendrá derecho a deudor sin justa causa; la finalización del contrato retirar giros mensuales de su Liquidación o clausura de trabajo que dio lugar a la cuenta individual de cesantía, definitiva de la empresa o de la situación legal de siempre y cuando tenga entidad en la cual labora el desempleo. Trabajadores acreditadas doce o más deudor; Terminación del contratados a través de cotizaciones en forma contrato de trabajo por empresas de servicios continua o discontinua. Los suspensión de actividades por eventuales: 90 días durante montos de los giros son parte del empleador del deudor los 12 meses anteriores a la variables y dependen de la durante más de ciento veinte finalización del contrato de remuneración y antigüedad de (120) días; Supresión del cargo trabajo que dio lugar a la cada trabajador. Para poder con motivo de reestructuración situación legal de acceder al Fondo Solidario, el administrativa en entidad desempleo. trabajador tiene que haber sido pública o privada. El seguro de Trabajadores de Temporada: despedido, contar con 12 desempleo sólo operará cuando Mínimo 12 meses en los cotizaciones continuas y los deudores que soliciten este últimos 3 años anteriores al encontrarse cesante. Si reúne beneficio habiten de manera cese, o acreditar 90 días de éstas condiciones, podrá permanente el inmueble los últimos 12 meses cobrar el seguro por un financiado por el crédito de anteriores a la finalización máximo de cinco meses, vivienda de interés social, del contrato de trabajo que recibiendo, el primer mes, una salvo que el mismo se dio lugar a la situación legal renta equivalente al 50% de su encuentre en proceso de de desempleo. última remuneración. Para el construcción.

2- Poseer el Código Único segundo, tercer, cuarto y de Identificación Laboral quinto mes, los porcentajes (CUIL) definitivo. son 45%, 40%, 35% y 30%, respectivamente. Sin embargo, el Fondo Solidario establece límites mínimos y máximos de pago. Así, ningún trabajador recibirá menos de \$65.000 ni más de \$ 125.000 el primer mes. Los trabajadores que son contratados por obra o faena estarán exceptuados de cotizar el 0,6% de su remuneración, ya que todos los aportes a sus cuentas serán de cargo

		<p>exclusivo de su empleador (3% de su remuneración). Tendrán derecho a retirar todos los recursos acumulados en sus cuentas de una sola vez cuando concluya su contrato y hayan acumulado 6 cotizaciones continuas o discontinuas.</p>	
4. NIVEL DE LA PRESTACIÓN	<p>Remuneración neta mensual, normal y habitual de los últimos seis (6) meses trabajados y cuyo importe no puede superar los 300 pesos, ni ser inferior a 150. Si el beneficiario tiene cargas de familia, percibe además de la cuota básica, las Asignaciones Familiares Ordinarias y Extraordinarias que le correspondan durante la vigencia de la prestación.</p>	<p>Sobre la base de su cuenta individual de capitalización, trabajador que pierda su empleo después de doce meses de cotización podrá cobrar durante cinco meses en forma decreciente una renta aportada por la Sociedad Administradora del Seguro Familiar equivalente al 50% del promedio de sus remuneraciones del último año.</p>	<p>El seguro de desempleo cubrirá el valor de la cuota mensual de amortización del crédito hipotecario, incluido el valor de las primas de seguro de vida, de incendio y de terremoto, hasta por un término de seis (6) meses. El deducible del seguro de desempleo será equivalente al valor de una cuota mensual del crédito hipotecario incluido el valor de las primas de seguro de vida, de incendio y de terremoto. El amparo del seguro de desempleo, tendrá un período de carencia inicial de tres (3) meses contados a partir de la fecha en que se incluya al deudor como asegurado en la póliza colectiva de desempleo. Así mismo, tendrá un período de carencia, entre cada reclamación, igual al período de cobertura efectivamente pagado por la compañía de seguros en la reclamación anterior, adicionado en seis (6)</p>

			meses.
5. DURACIÓN Y DINÁMICA DE LA PRESTACIÓN	<p>Seguridad Social - Fondo Nacional de Empleo - en los últimos tres (3) años anteriores a la finalización de la relación laboral que dio origen a la situación legal de desempleo</p>	<p>Cinco meses en forma decreciente una renta aportada por la Sociedad Administradora del Seguro equivalente al 50% del promedio de sus remuneraciones del último año. En el caso que la capitalización del trabajador sea insuficiente para acceder a ese monto, podrá acceder al Fondo Solidario por un máximo de 125 mil pesos (125 dólares) el primer mes, hasta un mínimo de 75.000 pesos (125 dólares) el quinto mes. La ley, asimismo, limita el recurso al Fondo Solidario a dos veces cada cinco años, para evitar situaciones abusivas y garantizar su financiamiento.</p>	<p>El seguro de desempleo cubrirá el pago de hasta seis cuotas mensuales de los créditos de vivienda, en caso de que el deudor pierda su condición de empleado permanente y durante el tiempo en que permanezca cesante.</p>

Anexo 3

	EEUU*	CANADA**
1. NOMBRE DE LA PRESTACIÓN	Unemployment Insurance Program	Employment Insurance (EI)
2. FINANCIACIÓN	La fuente de financiamiento de este seguro es una combinación de impuestos estatales y federales, determinados por la Ley de Impuesto Federal para el Desempleo (Federal Unemployment Tax Act o FUTA por sus siglas en ingles). El pago de las compensaciones se realiza al nivel de cada Estado y está supervisado por la Secretaría del Trabajo (Department of Labor - DOL)	La prima en Canadá es pagada por el empleado. Es una tasa del 2,25% del ingreso, hasta un máximo de \$Can 39.000 por año
3. CONDICIONES DE ACCESO	El estado determina la elegibilidad de los candidatos a beneficios; por ejemplo, empleados que hayan provocado su condición de desempleo, aunque de otra manera calificarían para los beneficios de desempleo no podrán recibirlos. Los beneficios de desempleo están determinados también de acuerdo a grupos, por ejemplo personal civil y militar, etc. La Oficina de Desempleo Estatal es la que procesa la solicitud del desempleado. Pero a cambio, la persona debe informar los esfuerzos que esté realizando para obtener un nuevo trabajo. Los pagos y condiciones de búsqueda de reintegrar al empleado al mercado de trabajo esta bajo la dirección y supervisión del estado de residencia del empleado. Como regla general las solicitudes de desempleo deben presentarse en un periodo menor de 7 días de la fecha de despido a menos que exista una buna	El seguro requiere haber trabajado un mínimo de 420 horas con anterioridad en regiones de más alto desempleo y 700 horas en las de más bajo desempleo. Aquellos que hacen uso del seguro por primera vez tienen que haber trabajado un mínimo de 910 horas, al igual que aquellos que estuvieron fuera de la fuerza laboral durante mas de dos años.

* Fuentes: Página de Hipertexto dirección: www.terra.com/finanzas/articulo. “¿Qué es el Seguro de Desempleo?”. www.twc.state.tx.us/ui/bnfts. Fecha 07 marzo 2003.

** Fuentes: “Seguro de Desempleo en Canadá”. Página de Hipertexto dirección: www.inculturaargentina.com.ar y Agency for Human Resources Development. www.hrhc-drhc.gc.ca/common/home.shtml. Fecha 07 marzo 2003.

	causal del retraso. Luego, esta aplicación debe renovarse bisemanalmente, generalmente por correo.	
4. NIVEL DE LA PRESTACIÓN	<p>La cantidad del pago por desempleo variará de estado a estado ya que cada estado tiene su propia formula de calculo y tienen un tope del montante que un candidato a este beneficio puede recibir. El promedio de los pagos máximos está entre 133 y 362 dólares semanales, dependiendo del sueldo antecedente del empleado, mientras que los pagos mínimos caen en el rango de 5 a 87 dólares semanales. En la mayoría de los estados la base para calcular el monto de desempleo es el acumulado de los primeros cuatro trimestres aportados de impuestos (FUTA) al programa. Mientras que en casi la mitad de los estados de EE.UU. se requiere una base mínima para calcular los beneficios de 1 y ½ de los salarios más altos del trabajador. Los beneficios de desempleo pueden verse reducidos o limitados si el individuo recibe otro tipo de ingresos tales como compensación por incapacidad laboral, pensiones, etc. Y todos los ingresos por desempleo son tasables por el impuesto federal sobre la renta (Federal Income Tax).</p>	<p>El pago es del 55% del ingreso promedio anterior, con un tope de \$Can 413 por semana, y se extiende de 14 a 45 semanas dependiendo de la tasa de desempleo en la región y de los aportes hechos en las 52 semanas anteriores.</p>
5. DURACIÓN Y DINÁMICA DE LA PRESTACIÓN	<p>Pueden variar entre 1 y 39 semanas, pero el promedio es de 26 semanas. En momentos de altos niveles de desempleo nacional es posible que un desempleado califique al programa especial de extensión de estas 26 semanas, por 13 semanas adicionales</p>	<p>Los beneficios regulares se pagan de catorce a un máximo de cuarenta y cinco semanas. El número de semanas de beneficio que pueden ser pagadas, está determinado desde la fecha de inicio del período de beneficio, sobre la base de una tasa de desempleo de la región del reclamante y el monto de horas asegurables que haya acumulado en el período de calificación.</p>

INDICE

UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA.....	I
SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO.....	I
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL.....	I
JOSÉ JOAQUÍN ALVARADO ACUÑA.....	I
<i>Marzo, 2004.....</i>	<i>I</i>
AGRADECIMIENTOS.....	II
DEDICATORIA.....	III
INTRODUCCION.....	III
TITULO I: EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	1
CAPITULO 1. DESARROLLO HISTÓRICO DE LOS ESTADOS.....	1
CAPITULO 2. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO CONTEMPORÁNEO.....	7
CAPITULO 3. COSTA RICA COMO ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	14
TITULO II: EL SEGURO DE DESOCUPACIÓN COMO DERIVADO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	26
CAPITULO 1. ESTUDIO COMPARADO DE NORMATIVA CONSTITUCIONAL SOBRE LAS INSTITUCIONES SOCIALES.....	26
CAPITULO 2. DERIVACIÓN DE LAS INSTITUCIONES SOCIALES A PARTIR DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO... 37	37
TITULO III: NATURALEZA DE LAS NORMAS QUE ENUNCIAN EL SEGURO DE DESOCUPACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN COSTARRICENSE.....	45
CAPITULO 1. CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES.....	45
CAPITULO 2. NATURALEZA Y VINCULATORIEDAD DEL SEGURO DE DESOCUPACIÓN COMO NORMA PROGRAMÁTICA.....	54
CAPITULO 3. EL SEGURO DE DESOCUPACIÓN COMO NORMA PROGRAMÁTICA.....	60
TITULO IV: INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN DEL SEGURO DE DESOCUPACIÓN.....	72
CAPITULO 1. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN: TIPOS Y CARACTERÍSTICAS.....	72
CAPITULO 2. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN DEL SEGURO DE DESOCUPACIÓN.....	78
TITULO V: ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE ALGUNOS MODELOS DE SEGURO DE DESOCUPACIÓN Y POSIBLE SOLUCIÓN PARA COSTA RICA.....	96
CAPITULO 1. ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE ALGUNOS MODELOS DE SEGURO DE DESOCUPACIÓN DE AMÉRICA Y EUROPA.....	96
CAPITULO 2. POSIBLE SOLUCIÓN PARA EL CASO DE COSTA RICA.....	103
CONCLUSION.....	107
BIBLIOGRAFÍA.....	120
ANEXOS.....	126

ANEXO 1.....	127
ANEXO 2.....	129
ANEXO 3.....	133
INDICE.....	135