

IV

La Jurisprudencia como fuente del Derecho. Algunas particularidades en el Derecho del Trabajo

Dr. Bernardo Van Der Laat Echeverría*

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN

PARTE I

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO.

GENERALIDADES

REQUISITOS PARA QUE SURJA LA JURISPRUDENCIA.

PROBLEMAS EN TORNO A LA JURISPRUDENCIA.

FORTALEZAS DE LA JURISPRUDENCIA.

ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS QUE IMPACTAN LA JURISPRUDENCIA.

PARTE II

ALGUNAS PARTICULARIDADES DE LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL CAMPO LABORAL.

LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO.

PARTICULARIDADES DE LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO DEL TRABAJO.

IMPORTANCIA CRECIENTE DE LA JURISPRUDENCIA LABORAL.

ANÁLISIS DE TRES TEMAS ESPECÍFICOS:

EL CARÁCTER NORMATIVO DE LOS LAUDOS Y LA SENTENCIA COLECTIVA.

IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA LABORAL EN EL PLANO INTERNACIONAL.

LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE Y LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ.

* Magistrado de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Costa Rica, Miembro de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Ex –Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

INTRODUCCIÓN:

Con mucho agrado me uno al homenaje que mercedamente se tributa a Rafael Alburquerque. El conocerlo desde hace bastantes años me permite valorar sus múltiples méritos y facetas: académico distinguido, cuya opinión siempre se expresa con la autoridad del maestro; el experto que ha sido reconocido en su campo por el órgano especializado, la Organización Internacional de Trabajo; el hombre público que su pueblo lo ha elevado a las más altas responsabilidades políticas y, además un gran amigo personal y de Costa Rica.

Todo trabajo debe enfrentar diversas limitaciones derivadas, entre otras, del tema de que va a tratar, de la extensión que se le asigna al autor y del plazo concedido para su entrega.

El tema de las Fuentes del Derecho en general, es importante, amplio, y complejo del que, en principio, deberíamos ocuparnos como paso previo al análisis de la jurisprudencia como fuente del derecho. Pero, si a lo anterior unimos las particularidades que tienen las fuentes del Derecho del Trabajo, lo que resulta imprescindible hacer, por ser el destinatario de este homenaje el distinguido y reconocido especialista en la materia, Dr. Rafael Alburquerque, el reto aún es mayor.

Por ello, he optado por plantear solo algunos temas específicos y fundamentales en torno a la jurisprudencia como fuente del Derecho y darle más relevancia a algunos aspectos específicos que se presentan en el Derecho del Trabajo, como son la trascendencia de la sentencia colectiva, la jurisprudencia emanada de las decisiones de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo; y uno de especial relevancia: la jurisprudencia vinculante y la independencia del Juez.

Vale la observación de que cuando se hagan referencias al derecho positivo de algún país, usualmente introducidas por algún autor citado, se refieren a

ese momento histórico y no tiene la pretensión de actualidad, aunque sí la de poder ilustrar algún aspecto o ejemplo de interés para el tema tratado.

PARTE I

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO

1. GENERALIDADES:

Usualmente se reconoce al término “Jurisprudencia” dos acepciones. La primera como “ciencia del derecho” y, la segunda, como “el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales.”¹ Esta segunda acepción es a la que nos referiremos en el presente trabajo; y que, siguiendo a García Fernández, se ha entendido como “el conjunto de resoluciones dictadas por jueces y tribunales al enjuiciar las controversias que le son sometidas. Lo que complementa el ordenamiento jurídico no es, exactamente, la jurisprudencia sino en la doctrina que establece el Tribunal Supremo al resolver las controversias que le son sometidas, normalmente en recursos de casación.”²

Pero aquí debemos plantearnos la pregunta de si ¿realmente es la jurisprudencia una fuente de Derecho? Encontramos tanto en la ley como en la doctrina posiciones encontradas dependiendo de muchos factores como el sistema del “common law” o el derecho civil o romanístico, la determinación expresa de la ley en un determinado ordenamiento jurídico, las concepciones doctrinarias.

Una primera posición es considerar que la jurisprudencia no es norma, aunque la interpretación jurisprudencial se compara a la norma.

Es el caso de España. En efecto, se señala³ que los jueces y tribunales no tienen potestad normativa, solo de resolver conflictos concretos con arreglo a las fuentes objetivas, pero destacan que al establecer el

1 vid. García Maynes, Eduardo, “Introducción al estudio del Derecho”. México, Editorial Porrúa, Vigésima edición, 1972, pág. 68.

2 García Fernández, Manuel, “Manual de Derecho del Trabajo”, Editorial Ariel, Barcelona, 1990, pág. 57.

3 vid. Albiol Montesinos, Ignacio; Campos Ruiz, Luis Miguel; López Gandía, Juan; Sala Franco, Tomás. “Compendio de Derecho del Trabajo”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, Tomo I, pág. 63.

artículo 205 e) de la Ley de Procedimiento Laboral, como motivo de casación "...infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate" significa que la jurisprudencia se incorpora a la norma como un todo inseparable creando la expectativa de que los casos futuros serán resueltos por cada tribunal en el mismo sentido que los anteriores.⁴ Para Hernando Santiago la jurisprudencia no tiene carácter de fuente del Derecho; es más, afirma "...que la jurisprudencia continental ni es, ni debe ser fuente del derecho" y que "...la jurisprudencia será solo un mero recurso o procedimiento de filtrado, depurado –y sobre todo de navegación- dentro de esos mismos flujos ordinamentales que ya han introducido por la fuentes propiamente dichas."⁵

Para Herrera Carbuccia la jurisprudencia "no solo es fuente de derecho, es la expresión viva del pasado, del presente y de futuro posible del derecho."⁶

Por lo general, los ordenamientos jurídicos contemplan, formalmente, una enunciación de las fuentes. Nada más, a título de ejemplo, en Costa Rica se señalan en el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública, y se enumeran fuentes escritas y no escritas. Las primeras, son las siguientes: a) la Constitución Política; b) los tratados internacionales y las normas

de la comunidad centroamericana; c) las leyes y los demás actos con valor de ley; d) los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia. En tanto se reconocen como normas no escritas, en forma enunciativa y no preceptiva, a la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho. Hay pues un reconocimiento formal de la jurisprudencia como norma no escrita.

Pero sucede que los mismos ordenamientos suelen ser ambiguos, por un lado la reconocen como fuente, por el otro, le dan otro carácter. Para comprobar lo apuntado haré referencia al derecho costarricense. Así, según el artículo 9 del Código Civil, la jurisprudencia contribuirá a "...informar el ordenamiento jurídico."⁷

En tanto, la Ley General de la Administración Pública, artículo 7-1, expresamente la reconoce como fuente cuando se trate de suplir la ausencia de disposiciones para regular una materia.⁸

El artículo 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (Ley No. 6815 del 26 de setiembre de 1982) dispone: "Los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General constituyen jurisprudencia administrativa, y son de obligatorio acatamiento para la Administración Pública."⁹

4 Ibídem pág. 63.

5 Hernando Santiago, Francisco José, "Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho", discurso dado el 13 de setiembre de 2005. Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Año Judicial 2004-2005. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

6 Herrera Carbuccia, Manuel Ramón; "Importancia de la Unidad de la Jurisprudencia laboral, análisis y discusión". Revista Gaceta Laboral, volumen 12, No. 1, 2006. Universidad de Zulia, pág. 124.

7 El artículo 9 del Código Civil de Costa Rica dispone: "La Jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho", no se le reconoce expresamente el carácter de fuente formal.

8 El artículo 7 dispone: "1- Las normas no escritas – como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho –servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan" "2- Cuando se trata de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley." "3- Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de rango inferior". Gutiérrez (Gutiérrez Rodríguez, Marco de Jesús, "La jurisprudencia como fuente de derecho". San José, Editorial Juriscentro, 1982 págs. 195 y ss) destaca las siguientes características que deduce de la disposición citada: **a)** no puede contrariar normas escritas existentes, aunque éstas sean insuficientes, no puede resolver "contra legen"; **b)** la jurisprudencia en esta materia es mutable, no existe la regla del precedente obligatorio; **c)** no existe una jerarquía predeterminada por el legislador, entre jurisprudencia, costumbre y principios generales de derecho.

9 Gutiérrez Rodríguez, Marco de Jesús, op. cit. págs. 198 y 199. Señala las siguientes características: **a)** opera el precedente obligatorio; **b)** no se trata de decisiones judiciales sino de dictámenes profesionales.

El Reglamento del Registro Público, reconoce carácter normativo a la jurisprudencia registral.¹⁰ Y el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que la jurisprudencia de la jurisdicción constitucional es vinculante “erga omnes”, salvo para sí misma.¹¹

Sin embargo, independientemente del sistema, lo reconozca la ley expresamente o no, hay consenso sobre su importancia y de que en la realidad se comporta como una auténtica fuente de derecho. Por lo que adquiere plena validez lo señalado por Cabanellas al calificar esta discusión como “bizantina” al decir “Lo mismo supone prácticamente que la ley proclama que la jurisprudencia es fuente del derecho que el silencio guardado al respecto, y casi la prohibición que se osara establecer. La ley hay que aplicarla, incluso con amenaza penal para el juez que no falle escudándose en su oscuridad o inexistencia; y como no las hay en todos los casos, ni todos son de meridiana interpretación, pues, las partes disienten precisamente en cada litigio sobre ellas, esa decisión es el sentido de la ley. La jurisprudencia es en definitiva la ley que vive, désele el nombre técnico que se prefiere respecto de las fuentes jurídicas.”¹²

Si bien, tiene un comportamiento normativo, diferentes razones se apuntan para considerar que la jurisprudencia es más una expectativa que una certeza: a) la independencia y autonomía del juzgador

que puede válidamente discrepar del criterio del superior; b) la dificultad de prever cómo aplicarán la ley, tribunales que pertenezcan a jurisdicciones diferentes (como el orden contencioso administrativo y el orden social en España) c) el principio de igualdad en la aplicación de la ley respecto de la jurisprudencia lo que implica es que si ésta es modificada, tiene que ser debidamente justificada; d) la modificación de la jurisprudencia no implica revisar sentencias anteriores basada en igual criterio porque sería incompatible con la seguridad jurídica.¹³

La opción de considerar la jurisprudencia como una fuente del Derecho, implica determinar también varias cuestiones: los requisitos que se requieren para que se pueda considerar establecida una línea jurisprudencial; la necesidad de publicarla.

2. REQUISITOS PARA QUE SURJA LA JURISPRUDENCIA

Determinar cuándo se considera que “ha nacido” una jurisprudencia, es algo que se establecerá básicamente por una disposición normativa del respectivo ordenamiento jurídico. Generalmente se exige una reiteración de fallos sosteniendo una interpretación unitaria.¹⁴ Por otro lado, vale como jurisprudencia la doctrina que haya sido motivo decisorio del recurso.¹⁵

10 Dicho Reglamento dispone: “Artículo 45. -Acatamiento de la Jurisprudencia registral. El Registrador general comunicará mediante circular, aquellas calificaciones o resoluciones de recursos que considere de importancia para la solución de casos similares que se presenten en el futuro. El contenido de dicha circular será de obligado acatamiento para los registradores de partida en casos análogos a fin de garantizar un principio de unidad de criterio en la certificación registral” (Reglamento del Registro Público, No. 9885-J del 16 de abril de 1979, reformado por decreto ejecutivo No. 12247-J, de 24 de abril de 1981). Comprende la regla obligatoria las decisiones del Registrador general (vía administrativa) como las resoluciones de recursos (vía judicial).

11 Al desarrollar los alcances de dicha norma la Sala Constitucional estableció que tiene ese carácter tanto las sentencias que se dicten al resolver un recurso de inconstitucionalidad como los que se originen en un recurso de amparo. (En efecto en la sentencia No. 927-94 de las 15 horas del 15 de febrero de 1994 se estableció que “Se da, eso sí, la particularidad de que los precedentes cubren tanto aquéllos provenientes de la vía del amparo, primero en el tiempo, y que en realidad determinaron lo resuelto en la acción de inconstitucionalidad citada. De toda suerte, no importa diferenciar el tipo de precedente o la proveniencia de la Jurisprudencia constitucional. Sea, en uno u otro caso, se ha ido decantando una doctrina, y no obstante que los efectos de uno u otro difieren, desde que en la primera vía procesal (inconstitucional) la sentencia estimatoria es anulatoria y con carácter retroactivo a la fecha de vigencia de la norma impugnada, que en la segunda (amparo) lo resuelto implica una orden inmediata y directa a la autoridad autora del acto o de decisión concreta y particularizada). Y el remedio en caso de inobservancia del artículo 13, sería recurrir por la vía del recurso de amparo (Así, lo estableció en sentencia No. 115-92 de 17 de enero de 1992 al señalar: “De tal forma que quienes se encuentren en la misma situación que los que recurren en cualquier dependencia de la Administración Pública, deben ser beneficiados —en acatamiento del fallo y al artículo citado— con lo resuelto en la sentencia; pero si no pudieren obtener ese beneficio por negativa de la Administración a declararlo a su favor, pueden plantear acción de amparo citando como antecedente la resolución (previa) de esta Sala”.

12 Cabanellas, Guillermo, “Compendio de Derecho Laboral”; Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1968, Tomo I, pág. 189.

13 Albiol Montesinos, Ignacio; Campos Ruiz, Luis Miguel; López Gandía, Juan y Sala Franco, Tomás, op.cit, pág. 64.

14 Alonso Olea, Manuel; Casas Baamonte, María Emilia. Derecho del Trabajo, Madrid, Cívitas Ediciones, Salamanca, Vigésima edición, pág. 803.

15 *Ibidem*, pág. 804.

Además, debe emanar del tribunal de mayor rango. En el caso de España, el Tribunal Supremo.¹⁶

En el caso de México, según expone García Maynes,¹⁷ para que las decisiones de la Suprema Corte de Justicia obliguen a ésta y a los demás tribunales, se necesita que “lo resuelto en ellos se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario”. Además, se requiere de un voto calificado (14 ministros o integrantes de la Corte).

Citando el artículo 2 de la Ley 3726 de 29 de diciembre de 1953, ley sobre procedimiento de casación, Herrera Carbuccia señala que en la República Dominicana en unos supuestos basta una sola decisión para establecer el precedente; es el caso de las sentencias llamadas de “principio”. El otro supuesto al que hace referencia es el de la “jurisprudencia constante” que “es la línea definida judicialmente para determinados casos en una materia de derecho o procedimiento, jurisprudencia que es formada por los tribunales de primer, segundo, o de tribunales superiores...”¹⁸

Pero, en general, llama la atención que un concepto tan importante, sea que se le considere fuente normativa formal expresa, o con efectos similares, no esté bien regulado en los ordenamientos o lo esté en forma insuficiente, quizá con excepción del caso de México citado. Podríamos hacernos varias preguntas: ¿si los votos del Tribunal respectivo deben ser unánimes?, ¿bastaría un voto de mayoría?, ¿podrían los jueces integrantes del respectivo tribunal introducir notas aclaratorias que varíen el fundamento teórico de la sentencia, pero no el “por tanto” o resultado esencial del fallo?, y por supuesto, el número de sentencias, conformes de toda conformidad, para establecer la doctrina jurisprudencial.

Por lo dicho hasta ahora, sea cual sea la posición que adopte un ordenamiento jurídico respecto a la jurisprudencia es innegable que se le debe dar publicidad, más aún si expresamente está reconocida como ley formal. Por eso, son importantes en todos los países las recopilaciones jurisprudenciales. Continuando con ejemplos tomados de la experiencia costarricense la ley estableció la obligación de la publicación de las sentencias de las salas de casación, lo que se hizo adecuadamente durante muchos años hasta que la cantidad de fallos, problemas presupuestarios, entre otros, provocó que, de hecho, se descontinuara. En la actualidad, las nuevas tecnologías han propiciado reactivar y mejorar la publicidad de la jurisprudencia. Las diferentes Salas de Casación y la Sala Constitucional tienen sitios en la red, en la que es posible encontrar, debidamente sistematizados cronológicamente y por materia, las sentencias. Usualmente el fallo está incluido en la respectiva página a más tardar al mes de dictado.¹⁹

3. PROBLEMAS EN TORNO A LA JURISPRUDENCIA

A la jurisprudencia se le imputan diversos problemas y se le reconocen variadas virtudes.

Al extremo de las críticas podemos ubicar la hecha por un destacado jurista costarricense, don Ricardo Jiménez Oreamuno, que en diversos momentos fue Presidente de la República, en tres períodos constitucionales; Presidente del parlamento y presidió también la Corte Suprema de Justicia, respectivamente, quien preocupado por la aplicación mecánica, decía que “...la jurisprudencia es el trillo por donde pasan los jueces perezosos.”²⁰ Creo que es una forma muy gráfica de presentar lo que ha sido llamado por Herrera

16 *Ibidem*, pág. 804.

17 García Maynes, Eduardo, *op.cit* pág. 69.

18 Herrera Carbuccia, Manuel Ramón, *op. cit*, pág. 124.

19 Los sitios de las Salas de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica son:

Sala Primera: www.poder-judicial.go.cr/salaprimera

Sala Segunda: www.poder-judicial.go.cr/salasegunda

Sala Tercera: www.poder-judicial.go.cr/salatercera

Sala Constitucional: www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional

20 Citado por Gutiérrez Rodríguez, Marcos de Jesús, *op.cit*.pág. 178.

Carbuccia “seguidismo”, “falta de análisis” o “reflexión” por parte de los tribunales inferiores que no hacen un análisis adecuado de la situación anterior limitándose a buscar “semejanzas o igualdades.”²¹

Otro de los problemas que se señala es derivado del marco institucional de la justicia del Trabajo, que puede propiciar que los jueces no sean especializados. Por ejemplo, se señala respecto de Uruguay que el cambio en el proceso laboral marcha lento y que no puede hablarse de que exista una magistratura especializada.²² En Costa Rica la situación es parcialmente similar a la de Uruguay. Los jueces de primera instancia de la jurisdicción laboral, de hecho son especializados (no académicamente) por cuanto solo conocen materia laboral. En cuanto a los tribunales superiores se dan dos situaciones: el del Primer Circuito Judicial de San José, que es el más importante del país, es especializado. Sin embargo, en los demás circuitos judiciales, los tribunales son mixtos: conocen materia laboral y otras como civil, penal, familia. Si bien se procura que al menos uno de los tres jueces tenga formación en laboral se ha detectado una mala práctica y es que, cuando eso ocurre (y no es en todos los casos en que se logra designar un juez conocedor de la materia laboral, pues en un determinado concurso puede que no participen especialistas, etc.) el tribunal hace una división interna de trabajo así el que sabe laboral resuelve estos asuntos, el penalista los de esa materia, de tal manera que puede suceder que el tribunal se vuelva, de hecho, unipersonal.

La Sala de Casación laboral, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, que es en realidad una tercera instancia rogada; sí tiene una especialidad, pues aunque conoce adicionalmente otras materias (familia, juicios universales, responsabilidad civil de jueces superiores, entre otros) un 80% de los casos son laborales y de seguridad social y actualmente tres

de sus cinco integrantes son profesores universitarios de Derecho del Trabajo.

Plá señala como uno de los problemas más graves para la jurisprudencia, la falta de especialización de los jueces no tanto los de primera instancia, sino los del Tribunal Superior que le corresponde intervenir. Esta especialización debería existir en la formación, en la carrera y en el ejercicio de la magistratura.²³

Villasmil estima que aún la edad del juez es un factor que puede influir, pues podría determinar una ideología básicamente conservadora a la hora de interpretar la ley.²⁴

Otro problema que puede afectar a la jurisprudencia es la dispersión que señala Javillier, se da cuando en un determinado país la materia laboral la conoce la vía administrativa y la vía judicial, y distintas jurisdicciones como pueden ser la contencioso administrativa, la social y, en menor grado, agrego, la penal y constitucional.²⁵ Un problema importante que surge es el de las discrepancias entre diversas sentencias. Sobre el tema, Plá manifiesta su preocupación, al estimar que en la materia laboral tales discrepancias son más graves que en otras áreas, por su propia naturaleza, ya que afectan a un número muy elevado de personas, los fallos son frecuentes y numerosos y afectan intensamente al trabajador.²⁶ Considera que la solución adecuada, siguiendo a Deveali, es el mecanismo de unificación de la jurisprudencia.²⁷

Para evitar esa dispersión de los diversos tribunales superiores de justicia en España se prevé un “recurso de casación para la unificación de doctrina”, contra las sentencias dictadas en suplicación por las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas, cuando fueren contradictorias entre sí con la de otro u otras salas de

21 Herrera Carbuccia, Manuel Ramón, op.cit , pág. 126.

22 Font Bertinot, Bismark, “La jurisprudencia laboral como fuente del derecho” en “Treinta y seis estudios sobre las Fuentes de Derecho de Trabajo”, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1 edición, 1995, págs. 376 y 377.

23 Plá Rodríguez, Américo, “Algunas reflexiones sobre la jurisprudencia en materia laboral en estos últimos veinticinco años”, Derecho Laboral, Montevideo, Tomo XVI, No. 90, Junio de 1973, pág. 249.

24 Villasmil Prieto, Humberto, “Estudios de Derecho del Trabajo”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Segunda Edición, 2005, pág. 45.

25 Javillier, Jean Claude, Droit du Travail Librairie Generale de Droit et du Jurisprudence, 2da. Edición, 1981, págs. 49-51.

26 Plá Rodríguez, Américo, op. cit. págs. 244 y 245.

27 Op.cit. pág. 245.

los referidos tribunales superiores, siempre que sean firmes, o con sentencias del Tribunal Supremo²⁸. Según indican Alonso Olea y Casas Baamonte, además de los efectos jurisprudenciales, al restablecer, confirmar o fijar la doctrina unificada ajustada a derecho, producen efectos jurisdiccionales sobre “las situaciones jurídicas particulares creadas por las sentencias impugnadas.”²⁹

4. FORTALEZAS DE LA JURISPRUDENCIA

De otra parte, a la jurisprudencia se le reconocen diversas características positivas como las siguientes: Tiene una importancia trascendental supliendo las deficiencias de una determinada legislación, integrando, completando, esclareciendo “normas excesivamente pocas, insuficientes o notoriamente precarias”³⁰ y dando un sentido exacto a los textos, así como colmando lagunas.

Puede ser modificada por la dinámica judicial sin necesidad de reformas legislativas.³¹

Por su parte, Brun le reconoce a la jurisprudencia un espíritu innovador. Sostiene que le da autoridad a los principios en ausencia del texto legal, también indica que neutraliza textos legales peligrosos.³²

Villasmil manifiesta que el carácter creativo del juez, propio del sistema anglosajón, se expresa también en los sistemas continentales considerando que la existencia de cláusulas generales (como ejemplo señala la “buena fe”) y conceptos jurídicos indeterminados es una forma de delegación de poder al juez que gana así capacidad decisoria para llenar los vacíos de la propia legislación.³³

Inspira nuevas leyes o reformas de las existentes. En efecto, se destaca que es usual en muy diversos ordenamientos que la regulación de un tema concreto ya ha sido establecido en las decisiones de los

tribunales y que el Poder Legislativo se inspira en esta línea de pensamiento a la hora de promulgar leyes.³⁴

5. ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS QUE IMPACTAN LA JURISPRUDENCIA.

La permanencia de una determinada línea jurisprudencial se ve afectada por motivos internos o externos.

En efecto, la jurisprudencia no es inmutable. Por lo tanto, puede ocurrir un cambio que la modifique. Cuando esto se presenta se produce un fenómeno negativo porque va a ocurrir el equivalente a darle “efecto retroactivo a una ley” con el inconveniente de que no puede preverse en qué momento la variación va a producirse y por lo tanto se le aplicará la nueva jurisprudencia a casos presentados a los tribunales antes de la variación y en los que seguramente los abogados y las partes planearon su estrategia tomando en cuenta el criterio anterior.³⁵ Pero no se pueden afectar los casos ya fallados.

Otro supuesto es lo que ocurre cuando la norma que interpretala jurisprudencia es declarada inconstitucional. En este caso la jurisprudencia “decae”, pero los casos que ya habían sido fallados no se afectan. Como señala Alonso García, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma no crea derecho “pero si dice lo que no es derecho” y lo deduce del artículo 161.1 de la Constitución española que dice “la declaración de la inconstitucionalidad de una norma jurídica, con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perdieran el valor de cosa juzgada...”³⁶

Si la jurisprudencia es fuente de Derecho no podría tener carácter retroactivo al igual que ocurre con la ley. Esto quizás es uno de los temas más complicados que

28 vid. Albiol Montesinos, Ignacio y otros, op.cit. págs. 129 y 130.

29 Alonso Olea, Manuel, Casas Baamonte, María Emilia, “Derecho del Trabajo”, Civitas, Madrid, Vigésima Edición, pág. 810.

30 Plá Rodríguez, Américo op. cit, págs. 242.

31 vid. Baudrit Carrillo, Diego. “Sobre la función de la jurisprudencia”, en “El nuevo título preliminar del Código Civil de Costa Rica”, San José, Editorial Juriscentro, 2000, pág. 85.

32 Brun, Andre y Galland, Henry, “Droit du Travail, Paris,Sirei, 1958, pág 73.

33 Op. cit, pág. 33

34 Ghera, Eduardo, Diritto del Lavoro, Cacucci Editore, Bari, 2000, pág. 13.

35 vid. Gutiérrez Rodríguez, Marco de Jesús, op.cit. pág 171.

36 Alonso García, Manuel. “Curso de Derecho del Trabajo”, Barcelona. Editorial Ariel S.A., Novena Edición, 1985, págs. 268 y 269.

plantea la jurisprudencia como fuente del Derecho. Si la jurisprudencia tuviera efecto retroactivo perdería una de sus características como es la posibilidad de cambio y de adaptación a nuevas circunstancias.

La Sala Constitucional de Costa Rica estimó que la jurisprudencia tiene carácter de fuente material, no escrita “cuyo fin es auxiliar, secundaria –en principio- que orienta y ayuda a los operadores del derecho a entender, aplicar y darle subsistencia a la ley, pero no se considera fuente en sí misma creadora de derecho”.

PARTE II

ALGUNAS PARTICULARIDADES DE LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL CAMPO LABORAL

1. LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO

Las características particulares que ofrece el Derecho del Trabajo, hace que más allá de la clásica clasificación de las fuentes, en reales o materiales y formales, diversos autores intentaron clasificaciones de las fuentes específicas para esta disciplina.³⁷

Martín Valverde, Rodríguez- Sañudo Gutiérrez y García Murcia³⁸ distinguen entre fuentes estatales y fuentes extraestatales. Dentro de las extraestatales se encuentran las supranacionales e internacionales; y las fuentes profesionales. Tienen en común la necesidad de lo que los citados autores llaman “una norma de reconocimiento” en el ordenamiento estatal.³⁹

Barbagelata enuncia, dentro del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo los siguientes: los principios y disposiciones constitucionales; los convenios internacionales del trabajo; la legislación ordinaria; los convenios colectivos; los laudos y sentencias normativas; los reglamentos internos; las fuentes no escritas e informales.⁴⁰

Por su parte, Palomeque y Álvarez de la Rosa destacan que el Derecho del Trabajo participa, por supuesto, de las fuentes comunes propias del ordenamiento jurídico español como son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho pero además, cuenta con fuentes específicas y peculiares propias como el convenio colectivo, expresión de “la autonomía colectiva o poder compartido por los trabajadores y empresarios para que a través de sus respectivos representantes, autorregulan sus intereses y, en particular, establecen autónomamente las condiciones que han de ajustarse las relaciones de trabajo...”⁴¹

37 Deveali detalla las siguientes: **1-** clasificación de Paul Durand y R. Jaussaud: a) derecho interno de origen étático; b) derecho de origen profesional; c) derecho internacional del trabajo. **2-** Clasificación de Walter Kessel y Herman Dersch: a) relación de trabajo; b) derecho normativo colectivo; c) Organización profesional y social del trabajo; d) Protección del Trabajo; e) Procedimiento. **3-** Clasificación de Bajon Chacón y Pérez Botija: a) fuentes de producción, fuentes jurídicas positivas. **4-** Clasificación de Ludovico Barassi: a) por voluntad del Estado; b) por voluntad de los interesados, c) por voluntad del ambiente. **5-** Clasificación de Francisco De Ferrari: a) Fuente étática; b) fuente extraetática; c) fuentes internacionales. **6-** Clasificación de Guillermo Cabanellas: a) nacionales e internacionales; b) directas o indirectas; c) generales y específicas; d) legislativas y particulares; e) estatales, contractuales y extracontractuales; f) reales y formales; g) principales y supletorias; h) escritas y no escritas; i) normativas y colectivas. **7-** Clasificación de Ernesto Krotoschin: a) reales; b) formales. **8-** Clasificación de Jean D. Pozzo: a) fuentes formales de carácter general; b) fuentes formales particulares del Derecho de Trabajo, vid. Deveali, Mario, “Tratado de Derecho del Trabajo” La Ley, Segunda Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, págs. 465 a 474. En España, se señala que el artículo 3.1 del Estatuto de los Trabajadores, enumera como fuentes de la relación laboral las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, las convenciones colectivas, la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, los usos y costumbres locales y profesionales. Además, determinadas internacionales y comunitarias y, limitadamente normas enmarcadas de las comunidades autónomas. (Albiol Montesinos, Ignacio; Campos Ruiz, Luis Miguel; López Gandía, Juan; y Sala Franco, Tomás. “Compendio de Derecho del Trabajo. Tomo I. Fuentes y relaciones colectivas, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pág. 33.

38 vid. Martín Valverde, Antonio; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fermín y García Murcia, Joaquín, “Derecho del Trabajo” Tecno, Madrid, Decimotercera Edición, 2004, pág. 93).

39 Ibid. pág. 93.

40 Barbagelata, Héctor Hugo, “Derecho del Trabajo”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1978, Tomo I, págs. 84 a 100.

41 Palomeque López, Manuel Carkos; Álvarez de la Rosa, Manuel, “Derecho del Trabajo”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, Duodécima edición, 2004, pág. 93.

2. PARTICULARIDADES DE LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO DEL TRABAJO.

En el Derecho del Trabajo el sistema de fuentes del derecho, tiene una especial complejidad derivada de factores tales como su número, rapidez con que se suceden en el tiempo, distinta naturaleza y ámbitos de aplicación⁴², y se expresa además en relación con el principio de jerarquía normativa y el principio de orden normativo.⁴³

El principio general en materia de fuentes, es el de la jerarquía normativa en el sentido de que si sobre un mismo supuesto se aplican simultáneamente dos normas, se impondrá la de mayor rango.⁴⁴ Pero en materia laboral se aplicará la que sea más favorable para los trabajadores, aunque sea de menor rango. Es la regla que Barbagelata llama de la “conservación” de las condiciones más favorables.⁴⁵

Otra particularidad del Derecho Laboral en la materia es la que Barbagelata llama del “sobrepujamiento”⁴⁶ que corrige el criterio de la jerarquía normativa en cuanto una norma posterior, aún de jerarquía inferior, puede introducir mejoras sobre la anterior, de jerarquía superior, en tanto se conservan los mayores niveles de protección que puede contener la norma inferior⁴⁷, principio que consagra el inciso 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.⁴⁸

Señala Babace, citando a Barbagelata, que una de las formas en que se manifiesta el particularismo del Derecho del Trabajo es en materia de fuentes.⁴⁹

Babace destaca también como una de las manifestaciones de los particularismos del Derecho Laboral “el surgimiento de nuevas normas de derecho internacional de trabajo, derecho comunitario originario y derivado, cláusulas sociales en tratados comerciales y negociación colectiva regional”⁵⁰, lo que tiene impacto en el tema que luego veremos de la jurisprudencia en el plano internacional.

“En gran medida las fuentes del derecho del trabajo son compartidas por éste con las demás ramas o sectores del ordenamiento jurídico.”⁵¹

Pero el Derecho del Trabajo tiene fuentes propias y características como el convenio colectivo.⁵²

Pero las fuentes que el Derecho de Trabajo, comparte, se “modelizan” de forma muy singular en la materia laboral que proporciona una perspectiva privilegiada de contemplación del sistema global de fuentes del derecho.⁵³

Cabanellas destaca precisamente como uno de los “riesgos genéricos” de la jurisprudencia laboral el que la sentencia, en algunos casos, origina la creación de una norma general, refiriéndose al supuesto de la sentencia colectiva en los conflictos colectivos por el carácter “erga omnes” que tiene, toda vez que se aplica incluso a quienes no hayan sido parte del juicio al entender que están representados por la respectiva asociación.⁵⁴

Señala Font, refiriéndose al caso del Uruguay, que dada la importancia que tiene la formación de normas provenientes del poder autónomo y autorregulador de las partes sociales “resultaría virtualmente inextricable de no ser por la labor de interpretación,

42 vid. Albiol Montesinos, Ignacio; Campos Ruiz, Luis Miguel; López Gandía, Juan; Sala Franco, Tomas, “Compendio de Derecho del Trabajo”, Tirant Lo Blanch, Segunda Edición actualizada hasta setiembre de 2000, Valencia, 2000, pág. 123.

43 *Ibidem*, pág. 123.

44 *Ibid.* pág. 124.

45 vid. Barbagelata, Héctor Hugo, *op.cit.*, pág. 83.

46 *Ibid.*, pág. 83.

47 *Ibidem*, pág. 84.

48 “8. En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación”.

49 Babace, Héctor, “Particularismo de las fuentes del Derecho del Trabajo” en “Treinta y seis estudios sobre las fuentes del Derecho del Trabajo”, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995, pág. 50.

50 *Op. cit.* pág.61.

51 Alonso Olea, Manuel, “Las fuentes del derecho en especial del derecho del trabajo según la constitución” Editorial Cívitas, Madrid, 1982, pág. 14.

52 *Ibidem*, pág. 13.

53 *Ibidem*.

54 Cabanellas, Guillermo, *op. cit.* pág. 189.

integración y aplicación desarrollada por la jurisprudencia con el apoyo y la orientación de una profusa y rica doctrina.”⁵⁵

3. IMPORTANCIA CRECIENTE DE LA JURISPRUDENCIA LABORAL

Dentro de la relatividad y subjetividad que conlleva, pueden o suelen identificarse diversos factores que potencian el papel de la jurisprudencia en el campo laboral.

Por ejemplo, en Uruguay se señalan las siguientes: a) la pérdida de representatividad del movimiento sindical que lleva a los trabajadores al ámbito judicial para resolver sus problemas; b) derivado de lo anterior, también “el decidido ingreso del derecho colectivo en el campo judicial; c) los cambios en la economía uruguaya y los consecuentes reajustes estructurales en el plano laboral y; d) la importancia y variedad de los operadores jurídicos.”⁵⁶

4. ANÁLISIS DE TRES TEMAS ESPECÍFICOS

a) El carácter normativo de los laudos y la sentencia colectiva.

Entre las diversas particularidades que presenta la jurisprudencia como fuente del derecho en el Derecho del Trabajo están los laudos en los procesos colectivos y aún, como veremos, en el ámbito administrativo, en decisiones que producen efectos similares.

Es lo que se produce en los conflictos colectivos que “...afecta a una categoría profesional de trabajadores, considerados en abstracto, lo que hace que la solución del mismo alcance a todos los trabajadores de la categoría, aunque algunos de ellos no hubieren intervenido en el conflicto.”⁵⁷

Barbagelata⁵⁸ señala que las sentencias normativas tenían en su país un carácter absolutamente excepcional (1978). Igualmente, destaca que desde que entró en vigencia la ley No. 10.449 de 12 de noviembre de 1943 y hasta 1963 los laudos de los consejos de salarios eran fuente normativa para todos los empleadores y trabajadores de una actividad o región dentro del ámbito de su jurisdicción.

Según indicó respecto de los laudos, luego de amplias discusiones, la doctrina llegó a aceptar que tenían contenido material de ley “en cuanto establecían reglas generales y objetivas a aplicar en el futuro, dentro de la órbita del respectivo consejo de salarios.”⁵⁹

Deveali, por su parte,⁶⁰ indica que estas decisiones, según el organismo que las dicte pueden ser de naturaleza oficial, estatal o profesional. Destaca como ejemplo, la ley No. 14.250, relativa al régimen legal para los convenios colectivos de Trabajo que contempla la creación de unas comisiones paritarias que tienen la atribución de “interpretar con alcance general la convención colectiva” y “la resolución ejecutoriada tiene fuerza de obligatoriedad general, como el convenio colectivo, cumpliendo las formalidades legales que de tal efecto se establecen en la misma ley.”⁶¹

En Costa Rica, en los asuntos en que es ilegal la huelga de los trabajadores, y por lo tanto, es obligatorio el arbitraje, o cuando estos voluntariamente deciden someterse a un arbitraje, deben iniciarse unas diligencias que se tramitan en primera instancia, dentro de la jurisdicción laboral, ante un tribunal tripartito (el juez, como representante del Estado, y un representante de cada parte social), que tiene amplísimas atribuciones, pues su laudo, en lo correspondiente a las reivindicaciones de carácter económico-social, podrá “resolver con entera libertad

55 Font Bertinot, Bismark, op.cit. pág. 373.

56 Font Bertinot, Bismark, op..cit. págs. 380-382.

57 Montero Aroca, Juan, “El Proceso Laboral”, Librería Bosch, Barcelona, 1981, pág. 274.

58 Barbagelata, Héctor Hugo “Derecho del Trabajo”, Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, Vol. I, págs. 94 y 95.

59 Op. cit, pág. 95.

60 Deveali, Mario L. “Tratado de Derecho del Trabajo”, Buenos Aires, La Ley, Sociedad Anónima editora e Impresora, 2da. Edición 197, Tomo I, págs. 514 y 515.

61 Deveali, Mario L., op.cit, pág. 514.

y en conciencia, negando o accediendo, total o parcialmente, lo pedido y aún concediendo cosas distintas a las solicitadas.⁶²

Para poder llegar al arbitraje los trabajadores deben cumplir con ciertos requisitos que indica la ley y otros que ha consagrado la práctica forense, como firmar un pliego de peticiones. De ahí surgió la creencia que la sentencia solo beneficiaba a los firmantes a diferencia de, por ejemplo, una convención colectiva que se aplica a los afiliados al sindicato firmante, a todos los trabajadores presentes y futuros del respectivo centro de trabajo y, en el supuesto de extensión, a toda una región o actividad. Sin embargo, la jurisprudencia, primero del Tribunal Superior de Trabajo de San José, -a la época el único que conocía apelaciones en materia laboral en el país- luego de la casación laboral, indicó que el fallo comprendía a todos los trabajadores actuales de la empresa. Con una diferencia: la Sala distingue la fecha de vigencia de los derechos que emanan de la sentencia colectiva; para los firmantes de la demanda desde la presentación de ésta; para los demás trabajadores, a partir de la firmeza del fallo.

No se aplica a los que se contraten luego de la sentencia.

b- Importancia de la jurisprudencia laboral en el plan internacional.

La jurisprudencia tiene también una faceta que se manifiesta en el plano internacional.

En efecto, desde hace varios años, como consecuencia de la globalización de la economía, se ha venido estableciendo una estrecha relación entre el comercio internacional y los derechos laborales. Se busca evitar el “dumping social”. Así, desde muy diversos ámbitos, como el de los requisitos unilaterales que establecen los países para acceder a sus mercados, como es el

caso de los Estados Unidos y la Unión Europea, los tratados de libre comercio, las normas de responsabilidad social empresarial, las presiones de grupos de consumidores, etc., es frecuente que para acceder a un determinado mercado, obtener determinadas ventajas arancelarias, ser aceptado como proveedor de una empresa, mantener la imagen de una marca, sea necesario respetar los derechos fundamentales de los trabajadores internacionalmente reconocidos.⁶³

Aparece como un hecho innegable que la determinación de los alcances de esos derechos fundamentales de los trabajadores internacionalmente reconocidos debe ser hecho precisamente, aunque no necesariamente solo por ella, por la institución que en el sistema de Naciones Unidas es la especializada en la materia laboral y aquí adquieren especial relevancia las decisiones de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo: la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, la Comisión de aplicación de normas de la Conferencia, el Comité de Libertad Sindical, las comisiones de encuesta y los comités tripartitos Ad hoc. Las decisiones de estos órganos no pueden aplicarse coactivamente, pero su prestigio, seriedad y autoridad moral es tal que, sin duda, sus decisiones son temidas por los Estados y, de hecho establecen precedentes que en la práctica tienen los mismos efectos de la jurisprudencia a nivel nacional.

Hay que destacar que en Colombia, la Corte Constitucional ha establecido en su jurisprudencia que, como derivación de las obligaciones contraídas por el Estado al suscribir y ratificar el Tratado Constitutivo de la OIT, las recomendaciones de los órganos de control, como los emitidos por el Comité de Libertad Sindical, no son meras directrices, guías o lineamientos que debe seguir el Estado colombiano, sino que ellas constituyen un orden expreso vinculante para el Estado y cada uno de sus órganos.⁶⁴

62 Código de Trabajo, art. 532.

63 Estos derechos son, por ejemplo, en el tratado de libre comercio concertado entre los Estados Unidos de América, los países centroamericanos y la República Dominicana, conocido como CAFTA-RD, los siguientes: el derecho de asociación, el derecho a organizarse y negociar colectivamente; la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio, una edad mínima para el empleo de niños, y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil y condiciones aceptables de trabajo, respecto a salarios mínimos, horas de trabajo, seguridad y salud ocupacional.

64 Sentencia No. 603-03 del 23 de julio de 2003.

Además, si partimos del hecho de que la Organización Internacional del Trabajo, a través del Centro Internacional de Formación de la O.I.T con sede en Turín, realiza constantemente cursos de capacitación para jueces y magistrados en diversas partes del mundo en relación con los derechos fundamentales de los trabajadores y su incorporación al derecho nacional, así como sobre las decisiones de los órganos de control, es previsible que esa tendencia que se ha iniciado en Colombia se acentúe.

En efecto, en estos cursos se promueve el uso del derecho internacional (del trabajo) por parte de los tribunales internos desde cuatro perspectivas: la aplicación directa del derecho internacional para resolver el litigio, esto en dos sentidos, para apartar una norma interna cuyo contenido es menos favorable que la norma internacional, y para colmar una laguna del derecho interno; el derecho internacional como guía de interpretación del derecho interno; la creación de principios internacionales y la referencia del derecho internacional para reforzar una solución basada en el derecho nacional. Además, entre los instrumentos de derecho internacional a emplear por los tribunales internos se enuncia: a) los tratados, pactos y convenciones ratificadas; b) los tratados, pactos y convenciones aún sin ratificar; los instrumentos no sometidos a ratificación y d) la jurisprudencia internacional.

c. La jurisprudencia vinculante y la independencia del juez

No cabe la menor duda de que la independencia del juez es el elemento esencial para el buen funcionamiento de la administración de justicia y para que en definitiva cumpla su importante papel. Implica una independencia general del Poder Judicial frente a los demás poderes del Estado, especialmente dotándolo de los recursos necesarios para su adecuado funcionamiento; dándoles estabilidad a todos los jueces. El Juez debe ser independiente, no debe aceptarse como recomendable y exigible la fiscalización del superior

sobre la labor jurisdiccional (sí sería válido el control del rendimiento y otros aspectos administrativos), y por lo tanto, la fuerza vinculante de la jurisprudencia puede violar la independencia, pues le impone una manera de interpretar la norma.⁶⁵

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en una importante sentencia, redactada por el Magistrado Luis Paulino Mora Mora, manifestó lo siguiente: “Así las cosas, la jurisprudencia obligatoria es otra manifestación de ese irrespeto de la independencia del juez que campea en la región. Fácilmente se justifica como institución que propicia la seguridad jurídica, pues conociendo lo resuelto por los Tribunales Superiores podemos orientarnos en la interpretación de la ley y establecer con meridiana seguridad la forma en que todos los administradores de justicia la harán, pero en realidad reduce el ámbito de interpretación en que debe actuar el juez y en consecuencia le afecta en su independencia, pues se le impone una forma de interpretar la norma. En nuestro sistema, la Ley que rige la jurisdicción constitucional, en su artículo 13, dispone la vinculación de todos a la jurisprudencia y precedentes de esa jurisdicción, al señalar que: ‘La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.’ Desde luego que esa vinculatoriedad puede conllevar mayor seguridad y orden en la interpretación de las normas, pero esa buena intención -debe reconocerse- afecta sensiblemente la independencia del juzgador, que deberá atenerse a una interpretación que no le es propia. Estimo que sí es válida una salvedad en relación con la obligatoriedad de la jurisprudencia, propia de los tribunales constitucionales cuando utilizan la facultad de la interpretación conforme, a efecto de salvar la inconstitucionalidad de una norma, en los casos en que así se procede y se señala que la dada es la única interpretación conforme al marco constitucional, parece que los jueces deben atenerse a ella, no en respeto del antecedente sino del marco constitucional.”⁶⁶

65 van der Laet Echeverría, Bernardo, “La Jurisprudencia laboral y el futuro del Derecho del Trabajo”, I Congreso sobre Gerencia, Ley y Jurisprudencia Laboral, su impacto en el desarrollo socioeconómico, Caracas, 13 al 15 de noviembre 2005, págs. 305 y sgtes.

66 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia No. 5798 de las 16:21 horas del 11 de agosto de 1998. Acción de inconstitucionalidad, promovida por Saret de Costa Rica S.A.

Podemos cuestionarnos, con buen fundamento, si el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que consagra ese principio de la obligatoriedad de las sentencias de ese alto tribunal, puede resultar inconstitucional. El tema es más que polémico. En efecto, en Costa Rica, la Constitución Política tiene un principio similar al que consagra la constitución española y es el de que el Poder Judicial solo esta sometido a la Constitución y a la ley (artículo 154). Por ello, al no estar la jurisprudencia, salvo en el derecho administrativo, incluida como fuente formal, sino más bien como informadora del derecho, en una ocasión fue planteada una consulta judicial de constitucionalidad en la que expresamente el consultante consideraba que un juez ordinario no puede, ni debe desacatar una línea jurisprudencial dictada por la Sala Constitucional. La Sala denegó evacuar la consulta. Dos de sus siete integrantes salvaron el voto y evacuaron la consulta en el sentido que es inconstitucional que los jueces y tribunales del orden común desapliquen la jurisprudencia constitucional vinculante.⁶⁷

Podrían surgir cuestionamientos, y ya han ocurrido. En efecto, en una sentencia, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en forma expresa, desaplicó una jurisprudencia de la Sala Constitucional. El caso concreto trató de lo siguiente: la mencionada Sala ha establecido que para el despido de cualquier trabajador(a) público es necesario seguir el debido proceso que establece la Ley General de la Administración Pública, aún si se trataba de una trabajadora embarazada. Respecto de estas personas el Código de Trabajo establece que necesariamente de previo al despido, se debe pedir la autorización del Ministerio de Trabajo, pero la Sala Constitucional consideró que bastaba con el primer procedimiento. Aplicando la jurisprudencia constitucional se despidió a una trabajadora en estado de embarazo, se le respetó el debido proceso referido, pero no se pidió autorización al Ministerio de Trabajo. En forma expresa la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia se separó de la línea jurisprudencial del tribunal constitucional alegando que: "Por lo tanto, en el caso de doña, el despido fue ilegal por incumplir con el procedimiento

exigido por la norma legal que, como queda dicho, vino a establecer en forma genérica el fuero de maternidad (reforma al artículo 94 del Código de Trabajo), que no es excluyente del sistema general del debido proceso que rige para todos los trabajadores del sector público. De modo que si una trabajadora del sector público incurre en una falta que autorice el despido, este se podrá ejecutar hasta que se haya obtenido la autorización del órgano administrativo al que la ley le dio competencia para tutelar el cumplimiento del fuero por maternidad."

Consideró la Sala que además de no estar permitido distinguir donde la ley no lo hace, y que los juzgadores solo están sometidos a la Constitución y a las Leyes (artículo 154 constitucional), el artículo 94 no permite hacer la interpretación que hizo la Sala Constitucional para excluir a las servidoras públicas del fuero contra el despido discriminatorio por maternidad, el cual se presume salvo prueba idónea en contrario, mismo que por primera vez se creó con la reforma tantas veces citada, de manera que, acudiendo a la obligación emanada del artículo 154 en relación con los numerales 51 y 71 constitucionales y 94 del Código de Trabajo, desaplicó el precedente de la Sala Constitucional contenido en el voto 780-98, por estimar que éste no puede limitar la obligación constitucional que tiene esta Sala de resolver los casos aplicando las leyes especiales como la que aquí se analiza, que por su vocación tutelar de todas las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia, mal haríamos en desaplicarla para el caso concreto, pues nos transformaríamos tácitamente en legisladores dando una interpretación auténtica que es competencia del legislador ordinario, de modo que en criterio de esta juzgadora el precedente constitucional antes citado no tiene la virtud de legitimar a los juzgadores laborales para dejar de aplicar el artículo 94 a todas las servidoras del sector público que hayan sido objeto de despido sin contar con la autorización de la Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social..."⁶⁸

Pero, más aún, la polémica está más que planteada cuando la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia,

67 Sala Constitucional voto No. 15957-06.

68 Sentencia Sala Segunda No. 2005-0063, de la 14:45 horas del 20 de julio de 2005.

en forma expresa y convincentemente razonada, en el fallo 211 de las 11:15 horas del 18 de marzo de 2005, también sostuvo una tesis diferente a la de la Sala Constitucional. Así, la Sala Constitucional había establecido jurisprudencialmente que el requisito de que se necesita orden escrita del juez competente para realizar un allanamiento podría ser cambiado con la presencia del juez y la firma en el acta respectiva. Al respecto, la Sala Tercera dijo: “Ya el Constituyente previó los supuestos en que es posible allanar sin la existencia de una orden previa, entonces, ¿por qué extender más allá del marco constitucionalmente definido y autorizar a los jueces a allanar sin orden en otros casos no previstos, solo porque él estuvo presente, lo que de por sí es su obligación? La presencia del Juez es exigida por el espíritu mismo de la Constitución y además de forma expresa por la ley, de modo que no le suma ni le resta nada a la exigencia constitucional expresa de orden previa escrita y, en todo caso, aún cuando se acepte la orden “verbal”, no exime de la necesidad de exponer los fundamentos de la medida en forma previa al ingreso.”

Señala Herrera Carbuccia que en la República Dominicana las disposiciones que establecen y mantienen la unidad de la jurisprudencia que son las decisiones de la Suprema Corte de Justicia “no disminuye la independencia que son propias a sus funciones y que le han sido conferidas por el artículo 16 de la Ley de Organización Judicial.”⁶⁹

En España, según se ha destacado, con base en las disposiciones de la Constitución y de la jurisprudencia, que con fundamento en los principios de autonomía e independencia judicial, aunque exista una determinada línea jurisprudencial, los tribunales inferiores pueden lícitamente discrepar del criterio sostenido por el Tribunal Supremo.⁷⁰

En Venezuela, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, artículo 177, incorporó un elemento que Hernández

califica propio de un sistema de precedentes judiciales que dispone que los jueces deban acoger la doctrina de casación establecida en los casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.⁷¹

Hernández Álvarez, desde la perspectiva del derecho Venezolano, es muy crítico de ese carácter vinculante de la jurisprudencia. Ahí la Sala de Casación Social sostiene tal condición para su doctrina reiterada y al resolver los recursos de casación y de control de la legalidad deja sin efecto los fallos que se aparten de la misma.⁷²

Hernández, hace tres observaciones al respecto: 1) partiendo de las disposiciones constitucionales que consagran el principio de la independencia de los jueces en su doble dimensión como poder público y al resolver los juicios concluye que esa función no puede estar sujeta a subordinación. Destaca que la única excepción, al igual que ocurre en Costa Rica según vimos, son las decisiones de la Sala Constitucional y, por lo tanto, la disposición de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo no puede establecer otras excepciones al principio de la independencia de los jueces. 2) la segunda observación se refiere a que la fuerza vinculante de la casación limita el poder creador innovador de la jurisprudencia de instancia que conoce mejor la realidad de los hechos; 3) y una tercera observación, muy importante por cierto, es la dificultad en identificar cuál es la doctrina de casación, pues no hay elementos para determinar cuando nace esa doctrina; cuántos fallos en un mismo sentido se requieren. Reconoce que es evidente que no puede ser uno solo, pero no se sabe más de eso. Aparte que también, la doctrina de casación tiende a variar y es poco sistemática.⁷³

Lo polémico del tema ha quedado nuevamente de manifiesto en el discurso de inauguración del año judicial español del Presidente del Tribunal Supremo don José Hernando Santiago, dado el 13 de setiembre

69 Herrera Carbuccia, Manuel Ramón, op. cit. pág. 136.

70 Albiol Montesinos, Ignacio; Campos Ruiz, Miguel; López Gandía, Juan y Sala Franco, Tomás, op.cit. pág. 64.

71 Hernández Álvarez, Oscar, “Crítica al carácter vinculante de la doctrina de la Sala de Casación Social”, Derecho del Trabajo, Fundación “Universitas”, Barquisimeto, Número 1 (enero/ diciembre 2005, pág. 338.

72 *Ibidem*, pág. 340.

73 *Ibidem*; págs. 340-436.

de 2005, quien reconoce que en el tema las posiciones están polarizadas y con escasas posibilidades de concertación entre ellas.⁷⁴

El primer tema que le preocupa es la aparición de sentencias contradictorias respecto de hechos sustancialmente idénticos y para el que el derecho objetivo aplicable es el mismo, con la consecuencia de inseguridad jurídica y la ruptura en la práctica del principio de igualdad ante la ley. Y destaco un hecho de mucha validez: la jurisprudencia contradictoria deslegitima a los jueces ante los ciudadanos por la inseguridad que genera⁷⁵, quienes además, desconocen que las verdades procesales pueden ser diferentes que las verdades reales.

Pero en el planteamiento del ilustre magistrado hay un supuesto propio de la realidad española, y seguramente que no podemos generalizar para muchos países, "... que la independencia judicial o la falta de concepción no son cuestiones de las que debamos preocuparnos en exceso."⁷⁶ Y afirma en forma contundente, "... tampoco se afectará la independencia judicial. Como es sabido, esa independencia no es otra cosa que una garantía institucional encaminada a asegurar la sujeción exclusiva, sin injerencias o presiones de los jueces al imperio de la ley. Pero poco juego tiene dentro de esa independencia la libertad de criterio del Juez. La independencia es objetiva, funcionalmente afectado al imperio de la ley y previsible, pues su contenido es el contenido de la ley. El criterio resulta subjetivo, personal y por tanto imprescindible. Ningún problema existe, pues, en mi opinión, para unificar los criterios a través de la jurisprudencia, siempre y cuando nos mantengamos dentro de los confines de la ley, es decir, de la mejor interpretación y aplicación de la ley dichos por el tribunal supremo."⁷⁷

Además, a pesar de ser divergente, en lo esencial, con lo que hemos planteado y con el pensamiento citado de Hernández, reconoce lo positivo de la riqueza de

análisis sobre un determinado tema que surge del "diálogo" permanente entre los Jueces inferiores y el Tribunal Supremo que propicia las reflexiones, análisis y perspectivas, y produce mejores conclusiones finales y ayuda a que la jurisprudencia no se petrifique.⁷⁸ Aunque pienso que esos efectos favorables pueden lograrse por otras vías que no provoquen los problemas de las resoluciones contradictorias, a través de opciones de política legislativa, que no indica.⁷⁹

Nos enfrentamos a una opción entre seguridad jurídica o independencia judicial:

Lo primero: puede generar todos los vicios o debilidades que se apuntan atrás a la jurisprudencia.

Lo segundo: el juez independiente y, en general, el Poder Judicial son fundamentales para la democracia. Pero si se considera de más valor la independencia del juez que la seguridad deber ir acompañada de toda una gama de medidas: preparación en la formación universitaria y cursos de iniciación en la formación del juez; carrera judicial mediante concursos de oposición; formación permanente, entre otros, todo de modo tal que, al ser un juez bien formado y estudioso, que conozca ampliamente la doctrina jurisprudencial y científica, atenúe las posibles contradicciones y se afecte así la seguridad jurídica.

En lo personal, opto por la independencia del juez, sin la cual estimo no puede funcionar la administración de justicia y por lo tanto la democracia, seguridad que de todas formas va a sufrir por el carácter cambiante e innovador que aún en los supuestos de jurisprudencia obligatoria y unificación de ésta, se puede producir.

La jurisprudencia obligatoria y la independencia del juez podrán ser compatibles en el tanto la única consecuencia para el juzgador de irrespetar, sea la de que, al límite, sus fallos le sean revocados. Pero en el tanto la sentencia sea razonablemente bien fundada y

74 Hernando Santiago, Francisco José, op. cit. pág XIV.
75 Op.cit, pág.XV.
76 Ibídem, pág. XXIII.
77 Ibídem, pág. LXXXIII.
78 Ibídem pág. XXVII.
79 Ibídem pág.XXVII.

no incurra en negligencia manifiesta o dolo, esa sería la única consecuencia. Diferente sería la situación si el irrespeto o violación de la línea jurisprudencial que fija quien tiene autoridad para ello puede dar origen a una causa por desacato.

La independencia judicial llega al punto de que debe aceptar el que el Juez, en su sentencia, puede llegar a equivocarse sin que tal situación le genere responsabilidad, salvo en el caso de dolo en lo penal o culpa grave que le sea imputable⁸⁰.

San José, marzo de 2007



80 La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en reiterada jurisprudencia ha establecido: “que no es cualquier infracción la que hace surgir la responsabilidad civil del juzgador, pues ello atentaría contra la necesaria independencia y la indispensable tranquilidad, para el Juez, en el diario desempeño de sus funciones. De esa manera, se ha señalado que la responsabilidad civil no puede prosperar, sino en el caso de dolo, en lo penal, o de culpa grave, imputables al juez. Se hace necesario, entonces, que el funcionario haya actuado con malicia, con el fin de perjudicar a la parte perdedora; o bien, que haya procedido con ignorancia grande respecto de las normas legales aplicables al caso concreto; pero, también, la responsabilidad surge, si ha actuado con descuido evidente en el estudio de la litis, que haga imposible justificar su proceder”. Sentencia número 575 de las nueve horas treinta y cinco minutos del catorce de julio del 2004.